

TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA D. JOSÉ MARÍA MORENO-MONTERO
OLMO BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROF. DR. D. RICARDO ALONSO SOTO

**LOS MERCADOS DE LA TELEVISIÓN Y EL
DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL
CONTEXTO DE CONVERGENCIA
TECNOLÓGICA
TOMO I**

NOTA: LA PRESENTE TESIS DOCTORAL QUEDA CERRADA Y
ACTUALIZADA A FECHA 1 DE MAYO DE 2012

En recuerdo de mi madre

ÍNDICE DEL TOMO I

	<u>Págs.</u>
ABREVIATURAS/GLOSARIO.....	9

PARTE I: LOS MERCADOS EN GENERAL

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN, REFLEXIONES PREVIAS Y VISIÓN GENERAL DE LOS MERCADOS

1) INTRODUCCIÓN.....	17
2) REFLEXIONES PREVIAS	
a) Reflexiones previas de alcance comunitario europeo	
i) Liberalización: transmisión frente a contenidos.....	19
ii) Servicio de interés económico general, servicio público y servicio universal.....	20
iii) El contexto de convergencia tecnológica.....	26
iv) Derecho de la Competencia y pluralismo.....	32
v) Monopolio público televisivo y Derecho comunitario.....	37
vi) El servicio público de radiodifusión en Europa.....	39
vii) El régimen comunitario de las ayudas al servicio público de radiodifusión.....	41
b) Reflexiones previas de alcance nacional español	
i) El servicio público de radiodifusión en España.....	46
ii) El retroceso de la noción de servicio público: el ejemplo de la televisión por satélite.....	49
iii) La problemática de la financiación del servicio público de radiodifusión prestado por RTVE	
(1) La evolución de RTVE frente a las cadenas privadas.....	51
(2) La limitación de la financiación a las actividades de servicio público de RTVE.....	52
(3) El modelo normativo de financiación de RTVE.....	53

(4) La valoración por la Comisión Nacional de la Competencia del modelo de financiación.....	54
(5) La valoración por la Comisión Europea del modelo de financiación.....	57
c) Addenda: “Cierre de medios en Venezuela”.....	60
3) LA SITUACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA	
a) Aproximación.....	61
b) Contenidos	
i) Situación general europea en el sector de los contenidos audiovisuales y multimedia.....	61
ii) Contenidos para cine.....	64
iii) Contenidos para televisión.....	67
iv) Medidas de estímulo	
(1) Generalidades.....	68
(2) Los programas Media.....	69
(3) Los programas eContenidos.....	73
c) Transmisión: redes y servicios	
i) La interrelación entre contenidos y redes	
(1) Generalidades.....	74
(2) Net neutrality o la neutralidad de la red.....	76
(3) Digital Rights Management (DRM).....	81
(4) La lucha contra la piratería.....	84
(5) El canon digital.....	88
ii) El retraso de partida en la Unión Europea.....	90
iii) Repaso de la situación europea por sectores	
(1) Referencia general.....	92
(2) El segmento de las tecnologías de la información y de la comunicación	
(a) TIC y productividad.....	92
(b) Situación general.....	95
(3) El segmento de las comunicaciones electrónicas.....	98
(4) El segmento de la banda ancha	
(a) En el mundo.....	99
(b) En Europa.....	101

(c) En España.....	105
(5) El segmento de la telefonía fija	
(a) Situación general.....	106
(b) Liberalización de precios en telefonía fija.....	108
(6) El segmento de la telefonía móvil.....	109
iv) Factores determinantes de restricciones a la competencia en el ámbito de la transmisión	
(1) La concentración de las redes de telecomunicaciones y de televisión por cable en el operador histórico.....	112
(2) Las restricciones a la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes de cable.....	114
(3) Las dificultades de acceso al bucle local	
(a) Planteamiento del problema.....	115
(b) Desglose del bucle local	
(i) Clases de desglose.....	116
(ii) Desglose completo y desglose compartido.....	117
(iii) Acceso indirecto y reventa.....	119
(c) Alternativas en el bucle local al par de hilos de cobre	
(i) Aproximación.....	121
(ii) Alternativas inalámbricas.....	122
(iii) Alternativas alámbricas.....	124
(iv) Situación en España, Europa y el mundo de las redes de acceso de nueva generación.....	126
(v) La Recomendación de la Comisión sobre las redes de acceso de nueva generación.....	127
(d) Evolución del segmento del bucle local	
(i) En España.....	129
(ii) En el resto de Europa.....	133
(4) El retraso en el desarrollo de la Red Transeuropea de Telecomunicaciones	
(a) Aproximación.....	136
(b) Las Orientaciones de 1995	
(i) Referencia general.....	138
(ii) La evaluación de su cumplimiento por la Comisión.....	139

(c) Las Orientaciones de 1997.....	140
(d) El informe del Tribunal de Cuentas Europeo de 2000	
(i) Reflexiones críticas del Tribunal de Cuentas Europeo.....	143
(ii) Los argumentos de la Comisión.....	144
v) La implantación de la Sociedad de la Información: eEurope.....	145
d) Televisión (difusión televisiva)	
i) Visión general.....	148
ii) Evolución según el modo de difusión	
(1) Televisión en abierto	
(a) En Europa.....	151
(b) En España.....	153
(2) Televisión de pago.....	154
iii) Evolución según la plataforma de entrega	
(1) Televisión vía satélite.....	157
(2) Televisión por cable.....	158
(3) Televisión por ondas hertzianas (terrestre).....	159
(4) Televisión sobre protocolo Internet.....	160
(5) Televisión en movilidad	
(a) En el mundo y en Europa.....	161
(b) En España.....	164
iv) La implantación de la televisión digital	
(1) Generalidades y efectos asociados.....	167
(2) Su evolución en Europa y España.....	170
(3) La televisión de alta definición	
(a) Nociones generales.....	174
(b) Medidas adoptadas en el seno de la UE.....	177
(c) Medidas adoptadas en España.....	179

CAPÍTULO II: MARCO DE EVALUACIÓN DEL JUEGO DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

1) APROXIMACIÓN A LA VALORACIÓN DE DESENVOLVIMIENTO DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS MÁS CERCANOS A LA TELEVISIÓN	
a) Consideraciones introductorias sobre los mercados en general.....	185
b) La particularidad de la industria de las comunicaciones electrónicas en cuanto que industria red.....	190
c) Identificación de mercados de comunicaciones electrónicas relacionados con la televisión	
i) La incidencia de la particularidad de industria red del sector de las comunicaciones electrónicas en la identificación del mercado relevante.....	193
ii) La sistemática de la Directiva Marco (2002/21/CE): la definición de mercados de producto a escala nacional para la imposición de obligaciones <i>ex ante</i> a los operadores con poder significativo de mercado.....	195
iii) El desarrollo de la Directiva Marco (2002/21/CE) a través de la Recomendación de la Comisión (versiones de 11 de febrero de 2003 y de 17 de diciembre de 2007).....	196
iv) El desarrollo de la Directiva Marco (2002/21/CE) a través de las Directrices de la Comisión de 11 de julio de 2002.....	199
v) Las pautas para precisar los mercados de más estrecha vinculación a la actividad televisiva derivados de la Resolución de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 12 de diciembre de 2003 relativa a la oferta de servicios “Línea Imagenio”.....	204
vi) Los mercados identificados en el Anexo a la Recomendación de la Comisión	
(1) Versión de 2003.....	208
(2) Versión de 2007.....	223

d) Análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas relacionados con la televisión y evaluación del juego de la competencia en los mismos	
i) Consideraciones previas.....	237
ii) El planteamiento <i>a posteriori</i> de las Directrices de la Comisión de 1991	
(1) Prácticas restrictivas unilaterales o abusivas.....	240
(2) Prácticas restrictivas multilaterales o colusorias.....	245
iii) El presupuesto del Poder Significativo de Mercado.....	251
iv) Factores para determinar la existencia de Poder Significativo de Mercado.....	253
v) La extensión del Poder Significativo a mercados vinculados.....	258
vi) El Poder Significativo de Mercado colectivo.....	262
vii) Factores para determinar la existencia de Poder Significativo de Mercado colectivo.....	266
viii) La imposición de remedios u obligaciones específicas	
(1) Generalidades.....	270
(2) Obligaciones impuestas en el segmento mayorista conforme a la Directiva de Acceso.....	271
(3) Obligaciones impuestas en el segmento minorista conforme a la Directiva de Servicio universal.....	274
(4) Obligaciones impuestas a operadores sin poder significativo de mercado.....	276
e) Enumeración de los mercados objeto de estudio en la parte especial.....	278

PARTE II: LOS MERCADOS EN ESPECIAL

CAPÍTULO III: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LA DIFUSIÓN

1) EL MERCADO DE LA AUDIENCIA O DE LOS TELESPECTADORES

- a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios de difusión televisiva..... 285**
- b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios de difusión televisiva..... 289**
- c) Entorno normativo del mercado de los servicios de difusión televisiva**
 - i) Normativa europea..... 290**
 - ii) Normativa nacional**
 - (1) En general..... 294**
 - (2) En especial, los antecedentes de la Ley General de Comunicación audiovisual y su valoración por la CNC..... 296**
- d) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores en el caso de la creación de HMG por Verónica, Endemol y RTL (caso HMG)**
 - i) Identificación de las partes de la operación en el caso HMG..... 308**
 - ii) Reseña general del caso HMG 309**
 - iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la difusión de televisión, de la audiencia o de los telespectadores en el caso HMG..... 310**
 - iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión de televisión, de la audiencia o de los telespectadores en el caso HMG..... 312**
- e) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores en el caso del Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA (caso UEFA)**
 - i) Identificación de los agentes de la supuesta práctica restrictiva en el caso UEFA..... 313**
 - ii) Reseña general del caso UEFA..... 314**

iii)	Análisis estático de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores y evaluación dinámica del juego de la competencia en el mismo en el caso UEFA.....	314
f)	El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso de la toma de control por Sogecable de Audiovisual Sport (caso AVS III/Concentración)	
i)	Identificación de las partes de la operación en el caso AVS III/Concentración.....	316
ii)	Reseña general del caso AVS III/Concentración.....	319
iii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso AVS III/Concentración.....	326
iv)	Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso AVS III/Concentración.....	329
g)	El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso del abuso de posición dominante de Mediapro (caso Gol TV)	
i)	Identificación del agente de la práctica restrictiva en el caso Gol TV.....	332
ii)	Reseña general del caso Gol TV.....	334
iii)	Análisis estático de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Gol TV.....	335
iv)	Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Gol TV	
(1)	Configuración de paquetes para televisión en abierto.....	338
(2)	Entramado contractual para emisiones en abierto.....	340
(3)	Criterios de conformidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales con el derecho de la competencia.....	343
(4)	La valoración del acuerdo de puesta en común con Telemadrid...	345

(5) La valoración de los acuerdos de reventa a las cadenas en abierto en clave de colusión vertical y/o abuso.....	346
h) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso de la toma de control de Cuatro por Telecinco (caso Cuatro)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro.....	350
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Cuatro.....	353
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Cuatro.....	357
i) Barreras a la entrada en el mercado de la audiencia, de los telespectadores o de la difusión de televisión	
i) Consideraciones generales sobre las clases de barreras de entrada...	364
ii) Barreras normativas en el mercado de la difusión televisiva	
(1) La necesidad de disponer de título habilitante para las actividades de difusión televisiva por razón de servicio público	
(a) Consideraciones introductorias.....	377
(b) Concesión y servicio público: doctrina constitucional.....	379
(c) Título habilitante y libertad de expresión: doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	382
(d) La regulación de la concesión por razón de servicio público en el derecho positivo español y su final supresión	
(i) Televisión de ámbito estatal	
1. Televisión analógica.....	385
2. Televisión digital	
a. Antecedentes normativos.....	391
b. Situación actual.....	393
(ii) Televisión de ámbito autonómico	
1. Televisión analógica.....	402
2. Televisión digital.....	403
(iii) Televisión de ámbito local.....	404

(2) La prohibición de emisión en cadena y de participaciones cruzadas.....	408
(3) La obligación de emitir y financiar ciertos contenidos.....	412
(4) La disponibilidad de espectro radioeléctrico	
(a) El espectro como bien de dominio público.....	413
(b) El espectro radioeléctrico como barrera de entrada e instalación esencial.....	420
(c) Su ordenación en el plano internacional	
(i) La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).....	422
(ii) La Conferencia mundial de radiocomunicaciones de 2000 (CMR 2000).....	424
(iii) La Conferencia mundial de radiocomunicaciones de 2003 (CMR 2003).....	425
(iv) La Conferencia regional de radiocomunicaciones de 2006 (CRR 2006).....	426
(v) La Conferencia mundial de radiocomunicaciones de 2007 (CMR 2007).....	431
(d) Su tratamiento en el seno de la Unión Europea	
(i) Aspectos generales.....	431
(ii) Mención especial al “dividendo del espectro”.....	437
(e) Su regulación en el ordenamiento jurídico español	
(i) Nivel legal: la Ley General de telecomunicaciones y la Ley General de Comunicación audiovisual.....	439
(ii) La valoración por la CNC de la implementación de las Directivas de mejora de legislación.....	443
(iii) La reasignación del espectro en España y su valoración por la CNC.....	447
(iv) Nivel reglamentario: el Reglamento sobre el Uso del dominio público radioeléctrico y el cuadro nacional de atribución de frecuencias.....	456
iii) Barreras económicas en el mercado de la difusión televisiva	
(1) Consideraciones previas.....	459
(2) Inversión en infraestructuras.....	460
(3) Inversión en contenidos.....	463

iv) Barreras tecnológicas en el mercado de la difusión televisiva	
(1) Su atenuación: los principios de interoperabilidad y neutralidad tecnológica.....	465
(2) Entorno multiplataforma: los proyectos DVB y MHP.....	468
(3) Concreción normativa de los principios de interoperabilidad y neutralidad tecnológica.....	472
j) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores desde la óptica del derecho de la competencia	
i) Sobre la relación del mercado de los telespectadores con otros mercados.....	473
ii) Sobre la evolución del mercado de los telespectadores en Europa....	477
iii) Sobre la identificación del mercado de los telespectadores como mercado de referencia de producto y geográfico.....	479
iv) Sobre el entorno normativo del mercado de los telespectadores.....	484
v) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de los telespectadores (televisión en abierto).....	487
vi) Sobre la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de los telespectadores (televisión en abierto)	
(1) Ante concentraciones de empresas.....	491
(2) Ante abusos de posición dominante	
(a) Individual.....	499
(b) Colectiva.....	507
(3) Ante prácticas colusorias (cárteles).....	515
(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales).....	523
(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal.....	534
vii) Sobre el análisis de la estructura del mercado de los telespectadores y la evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos	
(1) En el caso HMG.....	542
(2) En el caso UEFA.....	546
(3) En el caso AVS III.....	552
(4) En el caso Gol TV.....	556
(5) En el caso Cuatro.....	560

viii)	Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado español de los telespectadores.....	564
2)	EL MERCADO DE LA TELEVISIÓN DE PAGO	
a)	Definición del mercado de producto pertinente de los servicios de televisión de pago.....	571
b)	Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios de televisión de pago.....	583
c)	Entorno normativo del mercado de los servicios de televisión de pago	
i)	Normativa europea.....	587
ii)	Normativa nacional.....	591
d)	El mercado de la televisión de pago en el caso de la creación de Cablevisión por Telefónica y Canal Plus (caso Cablevisión)	
i)	Identificación de las partes de la operación en el caso Cablevisión...	593
ii)	Reseña general del caso Cablevisión.....	594
iii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Cablevisión	594
e)	El mercado de la televisión de pago en el caso de la creación de BiB por BSkyB, BT, Midland Bank y Matshusita (caso BiB)	
i)	Identificación de las partes de la operación en el caso BiB.....	594
ii)	Reseña general del caso BiB.....	595
iii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso BiB.....	595
iv)	Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago (y en el superpuesto de la televisión digital interactiva) en el caso BiB.....	597
f)	El mercado de la televisión de pago en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)	
i)	Identificación de las partes de la operación en el caso Vía Digital.....	599
ii)	Reseña general del caso Vía Digital.....	600
iii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso Vía Digital.....	601
iv)	Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso Vía Digital	

(1) Consideraciones generales sobre juego de la competencia.....	603
(2) Las eficiencias asociadas a la operación.....	605
(3) Condiciones impuestas por el TDC para preservar el juego de la competencia.....	606
(4) Reflexiones críticas sobre la evaluación del juego de la competencia contenidas en votos particulares.....	608
g) El mercado de la televisión de pago en el caso de la integración de Stream en Telepiù (caso Stream)	
i) Identificación de las partes de la operación en el caso Stream.....	612
ii) Reseña general del caso Stream.....	613
iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso Stream.....	614
iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso Stream	
(1) Argumentación de las partes y de los terceros sobre el juego de la competencia.....	617
(2) Valoración de la AGCM sobre el juego de la competencia	
(a) La doctrina de la firma desfalleciente.....	618
(b) La aplicación de la doctrina de la firma desfalleciente en el caso Stream.....	624
(3) Medidas adoptadas por la AGCM para salvaguardar el juego de la competencia	
(a) Introducción.....	626
(b) Los compromisos propuestos por las partes y las condiciones impuestas por la AGCM en difusión digital terrestre.....	627
(c) Los compromisos propuestos por las partes y las condiciones impuestas por la AGCM en el acceso de los terceros a la plataforma satelital.....	628
h) El mercado de la televisión de pago en el caso de la adquisición por Sogecable de Audiovisual Sport (caso AVS III/concentración)	
i) Identificación de las partes de la operación en el caso AVS III/concentración (remisión).....	629
ii) Reseña general del caso AVS III/concentración (remisión).....	629

iii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso AVS III/concentración.....	630
iv)	Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso AVS III/concentración...	635
i)	El mercado de la televisión de pago en el caso del abuso de posición dominante de Mediapro (caso Gol TV)	
i)	Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Gol TV (remisión).....	642
ii)	Reseña general del caso Gol TV (remisión).....	635
iii)	Análisis estático de la estructura del mercado de la TV de pago en el caso Gol TV.....	644
iv)	Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso Gol TV	
(1)	Configuración de paquetes para televisión de pago.....	648
(2)	Entramado contractual para emisiones de pago.....	650
(3)	Criterios de conformidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales con el derecho de la competencia.....	659
(4)	La valoración del acuerdo de puesta en común con Sogecable.....	660
(5)	La valoración de los acuerdos de reventa a las cadenas de pago en clave de colusión vertical y/o abuso.....	660
j)	Barreras a la entrada en el mercado de la televisión de pago	
i)	Barreras normativas	
(1)	La necesidad de título habilitante y su supresión	
(a)	Consideraciones introductorias.....	676
(b)	Televisión por satélite	
(i)	Difusión televisiva por satélite.....	677
(ii)	Transmisión de señal de televisión por satélite.....	679
(c)	Televisión por cable (incluido ADSL)	
(i)	Difusión televisiva por cable.....	681
(ii)	Transmisión de señal de televisión por cable.....	683
(iii)	Mención a la imposibilidad de prestar servicio de televisión por cable de ámbito local.....	687
(2)	La prohibición de emisión en cadena.....	688
(3)	La obligación de difundir ciertos contenidos.....	690

(4) Los derechos de propiedad intelectual	
(a) Los derechos de propiedad intelectual como mercado.....	690
(b) Los derechos de propiedad intelectual como barrera de entrada.....	694
(c) La difusión de televisión y los derechos de propiedad intelectual en la normativa europea.....	698
(d) La difusión de televisión y los derechos de propiedad intelectual en la normativa española.....	701
(e) Los derechos de reproducción y comunicación pública en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas	
(i) Reseña de los asuntos acumulados.....	707
(ii) El derecho de reproducción en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas.....	708
(iii) El derecho de comunicación pública en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas.....	712
(iv) Los derechos de propiedad intelectual como justificación de la restricción de las libertades fundamentales en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas.....	715
(f) Referencia a la situación en el mercado español de la gestión de los derechos de propiedad intelectual.....	722
ii) Barreras económicas	
(1) Consideración introductoria.....	728
(2) Modos de difusión inalámbricos: satélite.....	729
(3) Modos de difusión alámbricos: cable y ADSL.....	731
iii) Barreras tecnológicas.....	733
k) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la televisión de pago desde la óptica del derecho de la competencia	
i) Sobre la relación del mercado de la televisión de pago con otros mercados.....	735
ii) Sobre la evolución del mercado de la televisión de pago en Europa...	740
iii) Sobre la identificación del mercado de la televisión de pago como mercado de referencia de producto y geográfico.....	741
iv) Sobre el entorno normativo del mercado de la televisión de pago.....	746

v) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de la televisión de pago.....	747
vi) Sobre la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de la televisión de pago	
(1) Ante concentraciones de empresas	
(a) Aspectos generales.....	754
(b) Concentraciones horizontales.....	756
(c) Concentraciones verticales.....	764
(d) Concentraciones conglomerales.....	771
(2) Ante abusos de posición dominante	
(a) Aspectos generales.....	778
(b) Abuso explotativo.....	792
(c) Abuso anticompetitivo.....	803
(3) Ante prácticas colusorias (cárteles).....	805
(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)	
(a) Aspectos generales.....	812
(b) Acuerdos de suministro exclusivo.....	835
(c) Mantenimiento del precio de reventa.....	838
(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal	
(a) Aspectos generales.....	844
(b) Acuerdos de producción.....	852
(c) Acuerdos de compra.....	860
(d) Acuerdos de comercialización.....	867
vii) Sobre el análisis del mercado de la televisión de pago y la evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos	
(1) En el caso Cablevision.....	874
(2) En el caso BiB.....	876
(3) En el caso Vía Digital.....	878
(4) En el caso Stream.....	883
(5) En el caso AVS III	
(a) En clave de concentración vertical.....	885
(b) En clave de abuso anticompetitivo.....	891
(6) En el caso Gol TV.....	897

viii) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de la televisión de pago.....	907
---	-----

CAPÍTULO IV: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LA PUBLICIDAD

1) EL MERCADO DE LA PUBLICIDAD TELEVISADA

a) Definición del mercado de producto pertinente de la publicidad televisada.....	915
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la publicidad televisada.....	922
c) Entorno normativo del mercado de la publicidad televisada	
i) Europeo.....	924
ii) Nacional	
(1) Normativa reguladora de la publicidad en general.....	932
(2) Normativa reguladora de la publicidad televisada.....	941
(3) Referencia a la regulación de la publicidad en Internet.....	948
d) El mercado de la publicidad televisada en el caso de la creación de HMG por Verónica, Endemol y RTL (caso HMG)	
i) Identificación de las partes de la operación en el caso HMG (remisión).....	949
ii) Reseña general del caso HMG (remisión).....	950
iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso HMG.....	950
iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el caso HMG.....	950
e) El mercado de la publicidad televisada en el caso de Antena 3 y otros frente a las cadenas autonómicas (caso Antena 3)	
i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el asunto Antena 3.....	951
ii) Reseña general del caso Antena 3.....	952
iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso Antena 3.....	952
iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el asunto Antena 3.....	953

f) El mercado de la publicidad televisada en el caso de la toma de control de Cuatro por Telecinco (caso Cuatro)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión).....	954
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso Cuatro	
(1) Estructura de la oferta.....	955
(2) Estructura de la demanda.....	961
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Cuatro.....	965
g) El mercado de la publicidad televisada en el caso de los acuerdos de Atres con Veo TV y Disney (caso Atres)	
i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Atres.....	974
ii) Reseña general del caso Atres.....	975
iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso Atres (remisión al caso Cuatro).....	975
iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el caso Atres.....	976
h) Barreras a la entrada en el mercado de la publicidad televisada.....	978
i) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la publicidad televisada	
i) Sobre la relación del mercado de la publicidad televisada con otros mercados.....	981
ii) Sobre la evolución del mercado de la publicidad televisada en Europa.....	982
iii) Sobre la identificación del mercado de la publicidad televisada como mercado de referencia de producto y geográfico.....	980
iv) Sobre el entorno normativo del mercado de la publicidad televisada.....	984
v) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de la publicidad televisada.....	987

vi) Sobre la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de la publicidad televisada	
(1) Ante concentraciones de empresas.....	989
(2) Ante abusos de posición dominante	
(a) Aspectos generales.....	994
(b) Abuso explotativo.....	1001
(c) Abuso anticompetitivo.....	1006
(3) Ante prácticas colusorias (cártel)	
(a) Aspectos generales.....	1008
(b) Acuerdos horizontales de fijación de precios.....	1015
(c) Acuerdos horizontales de fijación de otras condiciones de la transacción.....	1016
(d) Acuerdos horizontales de reparto de mercados.....	1018
(e) Acuerdos horizontales de limitación de la producción.....	1020
(f) Acuerdos horizontales de intercambio de información.....	1022
(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales).....	1023
(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal.....	1034
vii) Sobre el análisis de la estructura del mercado de la publicidad televisada y la evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos	
(1) En el caso HMG.....	1040
(2) En el caso Antena 3.....	1044
(3) En el caso Cuatro.....	1045
(4) En el caso Atres.....	1051
j) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado español de la publicidad televisada.....	1053
2) EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE AUDIMETRÍA O DE MEDICIÓN DE LOS ÍNDICES DE AUDIENCIA	
a) Definición del mercado de producto pertinente de la audimetría.....	1055
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la audimetría....	1057
c) Entorno normativo del mercado de la audimetría.....	1058
d) El mercado de la audimetría en el caso de la negativa al suministro por parte de Sofres a Canal 7 (caso Sofres)	

i) Identificación del agente de la práctica restrictiva en el caso Sofres.....	1058
ii) Reseña general del caso Sofres.....	1059
iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la audimetría en el caso Sofres.....	1059
iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la audimetría en el caso Sofres.....	1060
e) Barreras a la entrada en el mercado de la audimetría.....	1061
f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la audimetría.....	1062

ABREVIATURAS.....GLOSARIO

ADSL	= <i>Assymetric Digital Subscriber Line</i> ; Línea Digital Asimétrica de Abonado (tecnología que convierte el cable de teléfono normal de pares de cobre trenzado en una línea digital de alta velocidad a velocidades de hasta 8 Mbit/s en sentido descendente y 1 Mbit/s en sentido ascendente)
AGCM	= <i>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato</i> , Autoridad de la competencia italiana
AGCOM	= <i>Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni</i> ; ANR italiana
ANC	= Autoridad Nacional de la Competencia
ANR	= Autoridad Nacional de Reglamentación
API	= <i>Application Programming Interface</i> ; Interfaz del Programa de aplicación (el método específico que prescribe un sistema operativo o un programa de aplicación mediante el cual el programador de la aplicación puede solicitar al sistema operativo o a la aplicación que realice ciertas funciones; desde el punto de vista del usuario es pantalla en la que se han de dar las órdenes para poner en marcha una aplicación; ésta - la aplicación – es el programa que resuelve un determinado proceso para el cliente final)
BT	= British Telecommunications; operador histórico de telecomunicaciones en RU
CE	= Constitución Española
CIBA	= Comunicaciones Integradas de Banda Ancha (se trata de un estadio posterior al de la RDSI donde quedarán integradas en una sola red todas las plataformas aptas para el suministro de servicios de banda ancha; de la RDSI se diferencian en que siempre proporcionan <i>broadband access</i>)
CMR	= Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones
CMT	= Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; ANR española
CNAF	= Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias
CNC	= Comisión Nacional de la Competencia
CRR	= Conferencia Regional de Radiocomunicaciones
DG IV	= Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea
DRM	= <i>Digital Rights Management</i> ; Gestión de los Derechos Digitales; tecnologías que permiten a los titulares de derechos sobre contenidos (propiedad intelectual) controlar el acceso a los mismos por parte de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas
DSL	= <i>Digital Subscriber Line</i> ; Línea de Abonado Digital
DT	= Deutsche Telekom; operador histórico de telecomunicaciones alemán
DTH	= <i>Direct to Home</i> ; Directa al Hogar (TV por satélite de recepción directa en el domicilio del abonado mediante antena parabólica individual)
DVB	= Proyecto <i>Digital Video Broadcasting</i> ; y sus diferentes sistemas; Estándar Europeo de Difusión de Video Digital.
DVB-H	= <i>Digital Video Broadcasting for Handhelds</i> (estándar de difusión de señal audiovisual digital a terminales móviles)
DVD	= <i>Digital Versatile Disk</i> ; Disco Digital Universal; sistema de almacenamiento digital multimedia
EPG	= <i>Electronic Programme Guide</i> ; Guía Electrónica de Programación; visualización interactiva de información sobre los servicios disponibles (servicio básico de la oferta de televisión; mediante la EPG, el usuario puede consultar la programación diaria del operador de televisión digital mostrada en

	pantalla e interactuando con el mando a distancia para realizar consultas según criterios como, por ejemplo, horarios o canales)
ETSI	= <i>European Telecommunications Standards Institute</i> ; Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación
FCC	= <i>Federal Communications Commission</i> ; ANR de los EE.UU.
FT	= France Télécom; operador histórico de telecomunicaciones francés
FTC	= <i>Federal Trade Commission</i> ; ANC de los EE.UU.
FTTH	= <i>Fiber to the Home</i> ; Fibra al hogar (alternativa al bucle local de par de cobre consistente en llevar fibra óptica hasta el domicilio del abonado)
FTTN/FTTC	= <i>Fiber to the Node/Fiber to the Cabinet</i> ; Fibra al nodo (el tendido de fibra óptica finaliza en un bastidor intermedio en la calle)
FTTP/FTTB	= <i>Fiber to the Premises/Fiber to the Build</i> ; Fibra al edificio (alternativa consistente en llevar fibra óptica hasta la entrada del edificio)
FTTx:	= Conjunto de tecnologías consistentes en el tendido de fibra óptica
GAPTEL	= Grupo de Análisis y Prospectiva del Sector de las Telecomunicaciones
GSM	= <i>Global System for Mobile Communications</i> ; Sistema Global para Comunicaciones móviles; sistema europeo de telefonía móvil digital que permite a los operadores garantizar la movilidad internacional (se trata de un estándar europeo definido por el ETSI para telefonía celular digital; su implementación no está limitada a Europa y, prácticamente, se ha generalizado a escala mundial)
HDTV	= <i>High Definition Television</i> ; TV de alta definición (acrónimo en español: TVAD)
IHH	= Índice <i>Herfindhal-Hirschman</i>
IP	= <i>Internet Protocol</i> ; Protocolo internet
IRSNTIP	= Incremento Reducido pero Significativo y No Transitorio de Precios (las siglas en inglés son SSNTIP)
IT	= Internet
LGCA	= Ley General de Comunicación Audiovisual
LGT	= Ley General de Telecomunicaciones
LLU	= <i>Local Loop Unbundled</i> ; Bucle Local Desglosado
MHP	= <i>Multimedia Home Platform</i> ; Plataforma Doméstica Multimedia
MITYC	= Ministerio de Industria, Turismo y Comercio
NGA	= <i>Next Generation Access networks</i> ; Redes de Acceso de Próxima Generación; redes que implican un desarrollo o mejora del último tramo de red mediante el acercamiento de la fibra a los hogares
NOS	= <i>Nederland se Omroepprogramma Stichting</i> ; organismo de gestión del sector público de radiodifusión holandés
NVOD	= <i>Near Video on Demand</i> ; Video casi bajo demanda o cuasi video a la carta
Ofcom	= <i>Office of Communications</i> ; ANR del RU
OFT	= <i>Office of Fair Trading</i> ; ANC del Reino Unido
PPV	= <i>Pay per View</i> ; servicio de pago por visión o pago por sesión
PSI	= Proveedor de Servicios de Internet; en inglés: ISP
PSM	= Peso Significativo en el Mercado o Poder Significativo de Mercado
RDSI	= Red Digital de Servicios Integrados (resulta de la evolución de la RTPC para la prestación de enlaces digitales a los usuarios – no necesariamente de banda ancha - y conectividad digital de extremo a extremo entre ellos; constituye un estadio anterior al de las redes CIBA)
RTE	= Red Transeuropea
RTE-RDSI	= Red Transeuropea Digital de Servicios Integrados; también Euro-RDSI

RTE-Telecom	= Red Transeuropea de telecomunicaciones
RTPC	= Red Telefónica Pública Conmutada
SBS	= <i>Scandinavian Broadcasting System</i>
SETSI	= Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información
SI	= Sociedad de la Información
SIG	= Servicio de Interés General
SIEG	= Servicio de Interés Económico General
SMATV	= <i>Small Master Antenna TV</i> ; Pequeñas Antenas Colectivas de TV (alternativa al sistema DTH donde la señal del satélite es recibida por una parabólica colectiva para después ser distribuida hasta cada hogar a través de una red de cable)
SPR	= Servicio Público de Radiodifusión
SSNIP	= <i>Small but Significant Non transitory Increase in Price</i> , Pequeño pero Significativo Aumento Duradero de los Precios (las siglas en español son IRSNTP)
TC	= Tribunal Constitucional
TCE	= Tribunal de Cuentas Europeo
TCEE	= Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TDC	= Tribunal de Defensa de la Competencia
TDT	= Televisión Digital Terrestre
TEDH	= Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TESAU	= Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal
TFUE	= Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	= Tecnologías de la Información y de la Comunicación
TJCE	= Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPIUE	= Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea
TS	= Tribunal Supremo
TV	= Televisión
TVAD	= Televisión de Alta Definición
TVIP	= TV sobre protocolo Internet; en inglés: IPTV
UE	= Unión Europea
UER	= Unión Europea de Radiodifusión
UIT	= Unión Internacional de Telecomunicaciones
UMTS	= <i>Universal Mobile Telecommunications System</i> ; Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles (tercera generación de telefonía móvil digital que incluye funciones de internet; transmisión basada en conmutación de paquetes; nuevo sistema de acceso inalámbrico a redes telefónicas que permite obtener velocidades de transmisión de datos de hasta 2 Mbps; esto permitirá que en un teléfono móvil aparezcan nuevos servicios como video conferencia o juegos en línea; es el estándar de telefonía móvil celular de banda ancha y alta velocidad desarrollado por el ETSI – <i>European Telecommunications Standard Institute</i>)
VOD	= <i>Video on Demand</i> ; Video bajo demanda o video a la carta
Wi-Fi	= <i>Wireless Fidelity</i> ; Tecnología inalámbrica de corta distancia
WiMax	= <i>Worldwide Interoperability for Microwave Access</i> ; Interoperabilidad Mundial de Acceso a través de Microondas
xDSL	= Término empleado para englobar el conjunto de técnicas DSL
3G	= Tercera generación móvil basada en tecnología UMTS, posterior a la 1ª G (analógica) y la 2ª G (GSM)

PARTE I

LOS MERCADOS EN GENERAL

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN, REFLEXIONES PREVIAS Y VISIÓN GENERAL DE LOS MERCADOS

1) INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral tiene su núcleo en el contenido del trabajo de investigación que la precedió (Moreno-Montero Olmo, J. M.: “*Los Mercados de la Televisión desde la Óptica del Derecho de la Competencia*”; Universidad Autónoma de Madrid, 2004). Aspira tan sólo a complementar lo que no es posible completar por la propia materia de estudio, envolviéndolo y añadiendo capas y acomodándolo a los acontecimientos más recientes. Aquel trabajo de investigación se centraba en el examen de supuestos, principalmente de fusión y concentración de empresas, en el ámbito de los mercados de la TV. Suponía lo anterior acotar el objeto de estudio prescindiendo del análisis de otros modos de suministrar contenidos audiovisuales e informativos distintos de la radiodifusión, así como de las redes mediante las que todos esos contenidos se transmiten.

Ahora, el presente trabajo aspira a ir más lejos, extendiéndose más allá de lo que serían los estrictos límites de la difusión, incidiendo sobre los de la comunicación audiovisual y las comunicaciones electrónicas y también dejando expuesta, y en la medida de lo posible sistematizada, la problemática que, desde la singular perspectiva del Derecho de la Competencia, suscitan, sobre todo, las concentraciones y las prácticas restrictivas de la competencia en los mercados relacionados con la TV y el mundo audiovisual. Partiendo de lo anterior, se intentará extraer los ejes de esa problemática, a fin de darles forma de conclusión.

Lo anterior pasará por los siguientes pasos:

1. Hacer unas reflexiones previas y más o menos generales sobre el desenvolvimiento del principio de libre competencia en los ámbitos considerados. En particular, se hará una referencia general al diferente grado de liberalización alcanzado en los ámbitos de las telecomunicaciones y de los contenidos audiovisuales, a los conceptos de servicio público, universal y de interés general, al contexto de convergencia tecnológica, a la compatibilidad del monopolio público televisivo con las libertades fundamentales del TFUE, a las relaciones entre el Derecho de la Competencia y el pluralismo informativo y, en fin, a la noción de servicio público y a su financiación dentro de la actividad televisada tanto en España como en Europa.
2. Realizar un análisis de los sectores de los contenidos audiovisuales, de la transmisión y de la difusión televisiva en el entorno de la UE. Dentro de los contenidos, buscaremos exponer la situación del segmento audiovisual en Europa, con referencia a una serie de medidas que buscan atenuar su atraso con relación a la situación en EE.UU. En cuanto a las telecomunicaciones y a la transmisión, resaltaremos su interrelación con el segmento de los contenidos y nos esforzaremos por dar una perspectiva sobre la situación en Europa de los diversos segmentos: el de las TIC, el de la banda ancha, el de la telefonía fija, el de la telefonía móvil o el del bucle local de abonado. También nos referiremos a la política de la UE en materia de Red Transeuropea de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. Por último, nos referiremos, propiamente, al segmento de la difusión televisiva, distinguiendo en función de las plataformas de entrega y de las modalidades de difusión, con especial referencia al proceso de implantación de la TV digital y de Alta Definición.
3. Aproximarnos al estudio de mercados concretos relacionados con las actividades de difusión televisiva. Nos centraremos en la problemática general que plantean dentro de los ámbitos considerados la identificación de mercados y el análisis estático y dinámico

de los mismos desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Haremos también una enumeración de mercados a los que irá referida la parte que denominamos especial de la tesis.

4. Incidir en el estudio de cada concreto mercado de producto o servicio de los que mantienen esa vinculación con la radiodifusión. Se tratará de los diversos mercados en especial relacionados con el enfoque propuesto. Dentro de cada uno de los mercados definidos, nuestro estudio pasará por:
 - a. Exponer los criterios de delimitación de los mercados de producto y geográficos.
 - b. Hacer un dibujo del marco regulador europeo y nacional en el cual se desenvuelve el mercado, dejando perfiladas las normas, no sólo de competencia, que principalmente modulan su comportamiento. Recurriendo al símil de que cada mercado es un ser vivo, sería algo así como el habitat normativo donde subsiste.
 - c. Exponer el análisis de dicho mercado y del juego de la competencia en él en algunos casos concretos enfrentados por las autoridades de la competencia, salvo en el caso de que, partiendo del mandato del Art. 15 de la Directiva Marco a que se hará referencia, el mercado fuera estudiado con carácter general *ex ante* por la Autoridad Nacional de Reglamentación, la CMT en España.
 - d. Hacer un análisis de las más importantes barreras a la entrada en el mercado considerado.
 - e. Recapitular y formular conclusiones sobre el mercado de que se trate desde la óptica del Derecho de la Competencia.
5. Formular conclusiones sobre los segmentos en que quedan integrados los mercados previamente examinados. Distinguiremos aquí entre unas conclusiones de alcance general relativas a: **(i)** la delimitación de los segmentos de las comunicaciones electrónicas, de los contenidos, de la comunicación audiovisual y de la Sociedad de la Información; **(ii)** a los principios de neutralidad y convergencia tecnológica; **(iii)** a la digitalización; **(iv)** a la mitigación de la intervención de los poderes públicos y **(v)** al retroceso de la noción de servicio público en cada uno de dichos segmentos. Finalmente, destilaremos unas conclusiones generales sobre el desenvolvimiento de la competencia en cada segmento y en los mercados integrados en el mismo.

2) REFLEXIONES PREVIAS

a) Reflexiones previas de alcance comunitario europeo

i) Liberalización: transmisión frente a contenidos

El marco regulador de las comunicaciones electrónicas separa la regulación del contenido de la regulación de las infraestructuras, por dos razones: en primer lugar, para lograr un planteamiento horizontal de la regulación de las redes que esté de acuerdo con la convergencia tecnológica; en segundo lugar, para que los intereses generales puedan estar salvaguardados a escala nacional, como consideren apropiado los Estados Miembros, a través de la regulación nacional del contenido.

El ámbito de los contenidos será entonces diferente y tendrá una distinta regulación que el de la transmisión, noción ésta última comprensiva de las más restringidas de redes y servicios. Avancemos, pues, que la liberalización impuesta - hablamos de Europa - en los ámbitos citados de las redes y servicios contrasta con la situación de los mercados de los contenidos, donde el control estatal y las medidas de carácter nacional están aún muy presentes.

Así, principios decantados a fuerza de ser repetidos por normas sectoriales, y no tanto (v., p.e., el Art. 8 de la Directiva Marco), como el de neutralidad tecnológica, con sus más concretas manifestaciones de la interconexión y la interoperabilidad, los cuales, cabe afirmar, han terminado por imponerse en el campo de la transmisión, al menos en el plano normativo - cosa distinta es la realidad donde existen aún deudas pendientes en lo que se refiere, por ejemplo, a la oferta de bucle local desglosado -, no encuentran reflejo en otros de similar trascendencia o de tanto alcance para los contenidos donde - seguimos hablando de Europa - la libre circulación de los productos audiovisuales topa con importantes barreras de índole cultural, lingüística y normativa. Aquí cabría cifrar, tal cual diremos más abajo, la causa última de la fragmentación del mercado audiovisual europeo y de su subordinación al norteamericano.

Mandatos jurídicos, con virtualidad en el ámbito de la transmisión y conducentes a la implantación de la competencia plena en los sectores de las redes y los servicios, no tienen término de comparación en el de los contenidos. El Art. 8.2.b) prevé que *“las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas, velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos”*. Nada parecido se encuentra en los ordenamientos español o comunitario en relación con los contenidos.

En una primera aproximación, tres han sido las etapas en el camino hacia la liberalización de los mercados: **(1)** monopolio público sobre el servicio a que dicho mercado se refiere, el cual se gestiona directamente por el Estado ; **(2)** gestión indirecta de ese servicio público por particulares, en régimen de concesión administrativa bajo supervisión estatal; **(3)** libre mercado. En tanto que, en los mercados relacionados con la transmisión - redes y servicios; telecomunicaciones, si se quiere -, el tercer estadio habría sido ya alcanzado, en lo referente

a los contenidos, el vigente sería aún el segundo, si bien con un concepto de servicio público en retroceso.

Y es más, supuesto, como se verá, que mercado liberalizado no implica por fuerza mercado donde la competencia es plena – aunque, también es cierto, que sin aquél no puede ésta existir –, se percibe en la regulación de las comunicaciones electrónicas – otro nombre que puede darse a la transmisión – importantes limitaciones de la libertad de empresa en aras de preservar la libre competencia. Podría éste constituir un cuarto estadio sobre los tres antes enumerados. Nada de esto se daría en los mercados de los contenidos y, en conclusión, éstos se encontrarían en una segunda fase, apenas entrando en la tercera, mientras que redes y servicios estarían dejando la tercera, casi con los dos pies en la cuarta.

Finalmente, la inercia marcada por acontecimientos recientes pone de relieve como los mercados de contenidos se adentran cada vez más en la tercera fase. Véase, si no, la supresión de la exigencia de título habilitante (licencia) para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, salvo en el caso de los prestados a través de la red terrestre, en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA). Del propio modo, esa misma inercia permite apreciar como algunos de los mercados de comunicaciones electrónicas, especialmente, en nuestro caso, el de la transmisión de señal audiovisual, salen de la cuarta fase, para volver a la tercera, como consecuencia de no ser ya necesaria la adopción de remedios en los mismos, por haberse hecho ya competitivos. Esto es algo también previsto en el Art. 8.5.f) de la Directiva Marco, que dispone que las autoridades nacionales de reglamentación (ANRs) actuarán *“imponiendo obligaciones reglamentarias ex ante únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible, y suavizando o suprimiendo dichas obligaciones en cuanto se cumpla dicha condición”*.

ii) Servicio de interés económico general, servicio público y servicio universal

Pueden valer a modo de introducción de este epígrafe las reflexiones de la Profesora Muñoz Saldaña (*Vid Infra Cit*; Págs. 5 y 6): *“La política liberalizadora en materia de comunicación en Europa, impulsada por el Tribunal de Justicia comunitario, apuesta por una nueva definición de la televisión bajo la categoría de los servicios de interés general. No obstante, la vinculación histórica de las televisiones europeas con determinadas misiones consideradas esenciales, calificadas como misiones de servicio público, sigue presente. La categoría de los servicios de interés general tiene la posibilidad de presidir la futura configuración jurídica de la televisión en nuestro país. No obstante, esta joven denominación presenta una dificultad no desdeñable: su inacabada definición y regulación por parte del Derecho comunitario. Todavía en la actualidad la Comisión Europea se plantea qué debe caracterizar a un servicio de interés general y cuales son las consecuencias de incluir un servicio bajo dicha calificación. Sin embargo, y a pesar de que el derecho español no hace referencia alguna a este tipo de denominación, la juventud y relativa indefinición de esta nueva fórmula conlleva una ventaja que, desde mi punto de vista, compensa en gran parte la dificultad señalada: su flexibilidad para aplicarla a realidades concretas, como la realidad audiovisual, respetando la naturaleza de la actividad y, al mismo tiempo, adaptando su definición a un contexto cambiante y poco previsible. ¿Por qué y en que medida se puede calificar la televisión como un servicio de interés general? Entre los criterios que perduran en la intensa tarea destinada a dotar de contenido a esta nueva categoría jurídica (tarea que comienza a intensificarse en 1996 con la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa) destaca, según la Comisión Europea, su finalidad: Satisfacer*

y garantizar determinadas necesidades sociales en un régimen de libre mercado. [...] No obstante, la cuestión no se termina con la posible calificación de la televisión como un servicio de interés general, sino que se complica aún más ya que dicha definición y su desarrollo jurídico exigen una respuesta a otro interrogante, ¿en qué consiste el interés general audiovisual? Si la futura ley no es capaz de apuntar estas cuestiones, cuya solución afortunadamente supera la linde de la ciencia jurídica, no será capaz de ofrecer respuestas prácticas y reales a la problemática audiovisual actual.”

Los conceptos de servicio de interés general (SIG), servicio de interés económico general (SIEG), servicio público y servicio universal son objeto de intenso debate en el seno de la UE, debate plasmado en el Libro Verde sobre los servicios de interés general de 21 de mayo de 2003 (COM/2003/0270 final).

El concepto de SIG es más amplio que el de SIEG, al que engloba. Los SIEG son SIG cuyo componente económico, Vg. servicios de comunicaciones electrónicas o de radiodifusión, los distingue de otros SIG que carecen del mismo, Vg. sanidad. En cambio, en la jurisprudencia del TJCE el adjetivo económico añadido a los servicios de interés general no aporta nada, pues estos tendrían carácter económico en todo caso (v., p.e., Sentencia de 27 de abril de 1994, Asunto C-393/92. *Almelo*, Rep. I-1477, par. 46-49). Sin embargo, la Comisión sí distingue dentro de la amplia categoría de los servicios de interés general los que tienen un contenido económico y los que no (v. Comunicaciones infracitadas sobre financiación de los servicios de radiodifusión).

Bajo el concepto de SIG deben incluirse todos aquellos servicios, sometidos a la disciplina del mercado (SIEG) o no, que las autoridades consideran de utilidad pública y, en cuanto tales, sujetos a obligaciones específicas impuestas a escala comunitaria, nacional o regional por los poderes públicos a los proveedores de dichos servicios con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos relacionados con aquella utilidad pública. No serán, por tanto, servicios de interés general aquellos que reporten ventaja o utilidad sólo a ciertas empresas, colectivos o sectores económicos, salvo que se trate, por ejemplo, de alcanzar objetivos de interés general como la corrección de desequilibrios, la ayuda a sectores deprimidos, etc....

En el caso de las empresas de telecomunicaciones (así lo entendió para los servicios de establecimiento y explotación de la red pública de telecomunicaciones el TJCE en su sentencia de 20 de marzo de 1985, asunto 41/83, *British Telecom*, Rep. 873, pars. 29-33 y sentencia de 13 de diciembre de 1991, asunto C-18/88, *RTT*, Rep. I-5941, par. 16) y de radiodifusión, lo anterior quedaría fuera de toda duda (implícitamente en la sentencia de 30 de abril de 1974, asunto 155/73, *Sacchi*, Rep. 430, par. 14 y 15; en la decisión de la Comisión 91/130/CEE, de 19 de febrero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del Art. 85 del Tratado CEE IV/32.524- *Screensport/Miembros de la UER*, Diario Oficial n.º L 063 de 09.03.1991, p. 0032-0044, apartado 69, y, menos claramente, en la Decisión 89/536/CEE, de 15 de septiembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del Art. 85 del Tratado CEE IV/31.734, adquisición de películas por parte de las cadenas de TV alemanas, Diario Oficial n.º L 284 de 03.10.1989, p. 0036-0044, apartado 40).

La noción de SIEG es además una noción dinámica, que debe ser interpretada a la luz factores como el progreso tecnológico, el grado de integración del mercado europeo o la percepción social de las necesidades que deben ser atendidas por el Estado (v., p.e., sentencia *RTT*, par. 16). Lo anterior puede determinar que cierto servicio, en función de la coyuntura

histórica, pueda o no revestir el carácter de SIEG. No parece, por lo demás, que los servicios que nos ocupan, telecomunicaciones y difusión, puedan llegar a verse desprovistos de este carácter en ningún caso.

Es verdad que, *prima facie*, el concepto de servicio de interés general podría asimilarse a la noción de servicio público, concepto este último más propio del Derecho interno de determinados estados miembros (así lo hizo el TJCE, por ejemplo en el caso *Almelo* – ya citado-, par. 47 y 49 y en la sentencia de 13 de diciembre de 1991 del asunto C-18/88, *RTT*, Rep. I-5941, par. 22). Sin embargo, ambos conceptos no tienen por qué llegar a ser perfectamente asimilables, lo que es lógico, además, si se considera que el concepto de servicio público en cada estado miembro no tiene por qué ser idéntico.

Y así, respecto a la denominación de servicio público, se descarta en el Libro Verde en los siguientes términos: *“Los términos SIG y SIEG no deben confundirse con la expresión «servicio público», un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio en cuestión. Por esta razón, dicho término no se utiliza en el presente documento”*.

Realmente, este debate - más sobre nombres que sobre conceptos – es sólo un hito más en el camino hacia la liberalización y al reforzamiento de la iniciativa privada frente a la pública. Tras de los intentos de reemplazar la denominación de servicio público por la de servicio de interés general, late el deseo de dar a entender que no corresponde ya a los poderes públicos la titularidad de un determinado servicio, sino tan sólo la fijación de unos objetivos o mínimos de interés general que deben ser alcanzados por los operadores, privados o públicos, cuando gestionan y prestan ese servicio; cumplidos que sean estos objetivos o respetados estos mínimos, nada más tendrán que decir las Administraciones, cualquiera que sea su ámbito territorial, a los agentes económicos activos en un mercado.

Este proceso, en el que los poderes públicos van cediendo terreno a los privados, que asumen progresivamente la gestión de cada vez más servicios, en tanto que aquéllos asumen un rol sencillamente vigilante, fue, por otra parte, ya percibido entre nosotros por el Profesor Muñoz Machado (Servicio Público y Mercado. Vol. I, Los Fundamentos, Págs. 18 a 24) para quien: *“Se nos vuelve a cambiar el Estado, pero ahora por causa del adelgazamiento súbito del sector público y de la reducción de algunos servicios públicos tradicionales: unos se achican, otros se liquidan y el resto, en fin, parece estar ineludiblemente abocado a asumir un régimen jurídico, respecto de su organización y funcionamiento, completamente nuevo [...] procura (la liberalización) una reducción de la intervención pública en los sectores económicos fundamentales para el desarrollo de la competitividad y el empleo [...] (así como) la aplicación a las relaciones entre empresas del principio de igualdad y de las reglas del mercado, entre las cuales son fundamentales los principios de libre competencia que tanto la Comisión europea como las autoridades nacionales se ocupan de salvaguardar [...] Los ideólogos del nuevo estado mínimo imaginan una retirada progresiva de la acción del Estado sobre la sociedad que empieza por una significativa transferencia hacia la empresa privada de la iniciativa y el control de los sectores económicos fundamentales, para continuar con una reducción drástica de los servicios de carácter social”*

Finalmente, respecto de la de servicio universal, que sí acoge en su sistemática, dice el Libro Verde: *“El concepto de servicio universal designa un conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad especificada, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio de un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible”*.

Puede decirse que la institución del servicio universal busca prevenir o remediar los efectos indeseados de marginación de ciertos colectivos a los que podría conducir un proceso liberalizador llevado hasta el extremo; o como dice el Profesor De la Quadra (*“Las Tecnologías de la Información y el Derecho”*; en Revista de las tecnologías de la información; <http://www.coit.es/publicac/publbit/bit100/tquadra.htm>): *“En eso consiste, al menos en parte, la regulación: en establecer normas y mecanismos en un sistema de mercado que garanticen que la obligaciones de «servicio universal», que se reconoce que deben subsistir en un contexto liberalizado, queden cubiertas frente a la dinámica propia del mercado que las dejaría abandonadas”*.

La necesidad de un servicio universal se torna, si cabe, más acuciante en mercados con tendencia natural al monopolio, donde al riesgo de que operadores dominantes acrecienten su poder de mercado acompañan los de incremento de los precios o degradación de los servicios en perjuicio de los consumidores; y al respecto guardan también interés las siguientes reflexiones del autor citado: *“La regulación consiste además en resolver un grave problema que presentan estos servicios que en términos económicos se consideran en red: el de que estos servicios tiene una tendencia natural al monopolio porque se prestan a costes decrecientes o a beneficios crecientes (cuantos más usuarios menos coste por usuario o lo que es lo mismo más beneficio para la empresa). La regulación pretende evitar que esta tendencia al monopolio se consume, especialmente tratando de que las empresas dominantes no abusen de su posición para impedir la aparición de nuevas empresas que les hagan la competencia. De nuevo aquí aparecen mecanismos, reglas y organismos de regulación que han de tratar de que funcione bajo reglas naturales de mercado, una actividad que tiene tendencia, también natural, a no actuar de esa forma”*.

En parecido sentido, se señala en la Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de interés general en Europa (pp. 3-12) que las obligaciones de servicio universal tienen por objeto garantizar el acceso de todos los ciudadanos, sea cual sea su lugar de residencia, a determinadas prestaciones esenciales a un precio asequible. La empresa que pudiera asumir la prestación del SIEG, p.e., en el caso de las telecomunicaciones, *Telefónica*, asume como carga la prestación del servicio universal a todos los usuarios bajo una misma tarifa y condiciones, sin discriminación, por ejemplo, respecto de los usuarios que vivan en zonas rurales, aún cuando el llegar hasta ellos pueda implicar mayores costes en la prestación del servicio. En tales casos, la aplicación de tarifas por encima de coste a los usuarios urbanos puede ser la forma de financiar la prestación del servicio por debajo de coste a los rurales. Así, la existencia del monopolio será la única forma racional de mantener la solidaridad y coherencia del sistema, evitando que los competidores accedan a los usuarios urbanos, aplicando precios más competitivos y descremando el mercado, pues, de ser así, sólo los usuarios rurales quedarían para *Telefónica*.

Lo anterior es lo que ha dado lugar a la llamada “doctrina de la nata”, utilizada para la justificación de la existencia de derechos exclusivos (ver, p.e., sentencia de 19 de mayo de 1993, asunto C-320/91, *Corbeau*, Rep. I-2533 o la sentencia *Almelo* ya citada). Tal

aplicación de esta doctrina para la justificación de derechos exclusivos debe, sin embargo, verse atemperada por la aplicación del principio de proporcionalidad, de modo que corresponderá, en todo caso, a la empresa o al Estado en cuestión probar que no existe otro medio menos restrictivo (p.e., la financiación sectorial con cargo a fondos de servicio universal, subvenciones, etc...) para la competencia (v., p.e., *STPI* de 19 de junio de 1997, asunto T-260/94, *Air Inter*, Rep. II-997).

A pesar de las indefiniciones que podrían resultar de todo cuanto precede, sí parece que la noción de servicio público despliega aún sus efectos - se apuntó - en el campo de los contenidos, donde uno de los objetivos primordiales es garantizar el pluralismo informativo y el derecho fundamental a difundir opiniones libremente.

La de servicio universal – entendido éste como el suministro general de servicios a precios y en condiciones asequibles al común de los ciudadanos – tiene en cambio su campo de aplicación en la transmisión. Más precisamente, en el Art. 2, j de la Directiva 2002/21 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), la definición que de servicio universal se da es la siguiente: *“un conjunto mínimo de servicios, definido en la Directiva 2002/22/CE (Directiva Servicio Universal), de una calidad determinada y que esté disponible para todo usuario con independencia de su localización geográfica y, a la vista de las condiciones nacionales específicas, a un precio asequible”*. En idéntico sentido, el Art. 22 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones. En nuestro país, la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio 3808/2008, de 23 diciembre, designa a Telefónica de España, SAU, como operador obligado a la prestación del servicio universal de telecomunicaciones (BOE 31 diciembre 2008, núm. 315, pág. 52870).

Sobre este último ámbito, una particular sistemática, que intenta plegarse a la europea, es la seguida por el legislador español en la Ley General de Telecomunicaciones, hoy vigente, cuando, en su Art. 2, comienza por disponer que *“las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia”*, para especificar después que, dentro de ellas, *“sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 4 – servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil - y en el título III – obligaciones de servicio público comprensivas de las de servicio universal y otras de naturaleza diversa impuestas por razones de interés general, Vg., para mantener la cohesión territorial - de esta ley”*.

Conforme al Art. 21 de la Ley General de Telecomunicaciones, *“Los operadores están sometidos a las siguientes categorías de obligaciones de servicio público: a) El servicio universal en los términos contenidos en la sección 2.ª de este capítulo. b) Otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general, en la forma y con las condiciones establecidas en la sección 3.ª de este capítulo”*.

Complementa el contenido de este artículo el 25 de la misma Ley, a tenor del cual: *“1. El Gobierno podrá, por necesidades de la defensa nacional, de la seguridad pública o de los servicios que afecten a la seguridad de las personas o a la protección civil, imponer otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal a los operadores. 2. El Gobierno podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, motivadas por: a. Razones de cohesión territorial. b. Razones de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías, en*

especial a la sanidad, a la educación, a la acción social y a la cultura. c. Razones de facilitar la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta. d. Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción [...] 4. En cualquier caso, la obligación de encaminar las llamadas a los servicios de emergencia sin derecho a contraprestación económica de ningún tipo deberá ser asumida tanto por los operadores que presten servicios telefónicos disponibles al público como por los que exploten redes telefónicas públicas”.

Y en cuanto a los contenidos, pudiera, tal vez, imaginarse, en un futuro más o menos lejano, y en un escenario de plena implantación de la Sociedad de la Información, algo como el principio de servicio universal, pero relacionado con los contenidos audiovisuales, donde todos o una parte muy importante se intentarían hacer fácilmente accesibles a esos mismos ciudadanos y a un bajo coste (idea que late, por cierto, tras de las obligaciones – *must carry* – de transporte de ciertos canales impuesta a los cableoperadores).

En palabras de la Comisión, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre “Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital” (/ * COM/99/0657 final */): *“El acceso al contenido también puede plantear cuestiones relativas al carácter asequible del mismo: los usuarios deberían tener acceso al contenido a un precio asequible, a fin de evitar el peligro de exclusión social (que daría lugar a una sociedad con «los que tienen» y «los que no tienen» información)”*.

Normalmente, para la imposición de estas obligaciones de *carrier*, suele exigirse la absoluta imposibilidad para la creación de una red de distribución propia y, además, que no existan otros medios (reales o potenciales) de distribución alternativos a disposición del operador que pretende acceder a los usuarios finales del servicio. Una lectura llamativa de estas obligaciones es la que pretendió darse en el caso sobre el que versó la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998 (Asunto C-7/97; *Oscar Bronner GmbH & Co. KG* contra *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, *Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG* y *Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*).

El supuesto era el de la negativa de una empresa periodística, que ocupaba una posición dominante en el territorio de un Estado miembro, a incluir la distribución de un diario competidor, perteneciente a otra empresa del mismo Estado miembro, en su propio sistema de reparto de periódicos a domicilio contra el pago de una contraprestación adecuada. A pesar de que la primera empresa gestionaba el único sistema de reparto de periódicos a domicilio en el mercado nacional, entendió el Tribunal que la negativa no constituía un abuso de posición dominante pues, por una parte, existían y eran utilizadas por los editores otras modalidades de distribución de diarios, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos y, por otra, no había obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que pudieran hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizarlo para la distribución de sus propios diarios.

Dicha necesidad de un servicio universal de contenidos podría tornarse más acuciante en un escenario de progresivo avance de los contenidos de pago en redes de difusión que hasta hoy

han venido caracterizándose por una fuerte presencia de contenidos gratuitos (Vg., IT u ondas hertzianas). En el caso de Internet, esta problemática se relaciona con el debate en torno a la “*net neutrality*” (NN o neutralidad de red), surgido en el ámbito de las comunicaciones electrónicas en EE.UU. y que, luego, se ha extendido también a Europa. La cuestión de fondo es la de la igualdad de trato que ha de dispensarse a todo el tráfico que circula por Internet, con independencia del contenido específico que es transmitido de extremo a extremo y de quien lo emita o reciba (*Vid Infra*).

Bajo esta perspectiva, no terminaría de ser satisfactoria la afirmación contenida en el Art. 2.3 de la Ley 17/2006 que, con relación a los servicios de difusión de TV de titularidad estatal en España, si bien sienta que “*tendrán por objetivo alcanzar una cobertura universal*” también matiza que por tal deberá entenderse “*la mayor cobertura posible dentro del territorio nacional*”; como dando a entender que la universalidad del servicio público va más referida a cuestiones de cobertura territorial que de acceso efectivo y gratuito de los ciudadanos a contenidos esenciales.

iii) El contexto de convergencia tecnológica

Como avanzamos, la tesis, aún con la mirada puesta en los referidos mercados de la TV, no podrá ser del todo ajena a dos fenómenos de un más amplio alcance, a saber: (i) el hecho de ser la difusión de TV tan sólo una concreta manifestación de la transmisión de contenidos audiovisuales (el proceso de digitalización tiende a uniformizar las redes, equiparándolas en prestaciones, pero también los contenidos, propiciando su empaquetamiento) y (ii) el de encontrarse esa transmisión de contenidos cada vez más abocada a un escenario de convergencia, en el que un concreto contenido podrá ser transmitido a través de cualquier red – ya de hilo de cobre ya de fibra de óptica – o medio – desde el aire hasta el segmento espacial; o lo que viene a ser lo mismo, donde una red o medio determinado será soporte apto para el transporte de cualquier clase de señal o contenido.

El fenómeno de la convergencia tecnológica se traduce en la uniformidad de las redes, que tienden a ofrecer los mismos servicios y a ser todas ellas igual de aptas para el transporte de toda clase de contenidos, pero también de los propios contenidos que se producen con la aspiración de ser susceptibles de difusión a través de cualquier red (*Vid “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación - Resultados de la consulta pública sobre el Libro verde [COM(97) 623 final]” /* COM/99/0108 final */*).

En el plano de los conceptos, debe pues apuntarse la necesidad de abandonar todo prejuicio que pueda llevar a ligar, Vg., red telefónica con servicio telefónico, pues la tendencia es, como se intenta hacer comprender, la de que una única red sirva para la prestación de todos los servicios, por lo que, siguiendo con el ejemplo, será posible el transporte de señales de TV recurriendo a elementos de la tradicional red telefónica pública conmutada (RTPC).

Se baraja, incluso, que redes ajenas tradicionalmente a los servicios de telecomunicaciones como, p.e., las de electricidad puedan ser empleadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (*Vid “Recomendación de la Comisión, de 6 de abril de 2005, relativa a las comunicaciones electrónicas de banda ancha a través de la red eléctrica”*; Diario Oficial n° L 093 de 12/04/2005 p. 0042 – 0044).

La banda ancha sobre líneas de energía (abreviadamente, BPL, por *Broadband over Power Lines*) representa el uso de tecnologías PLC (*Power Line Communicatios*), que proporcionan acceso de banda ancha a Internet a través de líneas de energía ordinarias. A pesar de que la tecnología BPL ofrece a primera vista algunas ventajas frente a las conexiones regulares de banda ancha basadas en cable o en DSL, como podría ser la amplia infraestructura disponible, que permitiría el acceso a Internet desde lugares remotos con una inversión no excesiva para la compañía de electricidad, las variaciones en las características físicas de la red eléctrica y la carencia actual de estándares por parte de IEEE (*Institute of Electrical and Electronics Engineers*) significan que el ancho de banda que un sistema BPL puede proporcionar comparado con sistemas de cable e inalámbricos está en duda (Fuente: *Wikipedia*).

Así, como anunciábamos ya en el trabajo de investigación, asistimos hoy a la progresiva tendencia a la desintegración de los mercados o, si se quiere, a su integración en uno más amplio y aún por definir en el entorno de la globalización y de la Sociedad de la Información. De esta tendencia son buen exponente los recientes esfuerzos para prestar servicios de TV, telefonía fija e internet a través de una infraestructura común protagonizados por diferentes empresas; en España, por *Telefónica*, que ha logrado consolidar *Imagenio* aplicando las más modernas técnicas DSL a sus bucles de cobre, y por las cableoperadoras, como *ONO*, con una infraestructura mucho más apta para este tipo de prestaciones, al no necesitar tantas adaptaciones.

Es lo que se dado en llamar “tridente” o “*triple play*”, y que ya algunos quieren hacer “cuádruple” con el sumando de la telefonía móvil. Como dice Francisco Blanco (“*Innovación y Tecnología. Triple play: nuevos modelos de negocio para la era digital*”; Pág. 325; accesible por IT a través de dialnet.unirioja.es; Localización: Economistas, ISSN 0212-4386, Año N° 24, N° 108, 2006 , pags. 325-333): “*La denominación de triple play proviene de una jugada poco habitual en béisbol, en la que se eliminan a tres contrincantes al mismo tiempo. En el sector de telecomunicaciones el concepto de oferta triple recoge los primeros desarrollos para intentar ofrecer tres servicios distintos (voz, vídeo y datos/Internet) englobados en un precio único, transformando, así, los modelos de negocio más clásicos que facturaban el tráfico por minuto, hacia esquemas de tarifa plana o por suscripción. Los primeros en anticiparse con este esquema de negocio de oferta triple fueron los operadores de cable en Europa a principios de esta década, como mecanismo de diferenciación en los mercados con fuerte competencia en la oferta de TV por satélite, añadiendo a los canales de TV servicios mayoristas de los operadores de telecomunicaciones tradicionales*”.

En España, la apuesta por el *quadruple play* ha venido, últimamente, de la mano del autoproclamado “operador global de telecomunicaciones” *Orange*. Siempre según datos de dicho operador, en 2005 un 8,8 % de los hogares españoles (un 1,2 % más que en 2004) tenían contratados cuatro servicios (TV de pago, fijo, móvil e IT); un 28 % (un 1,5 % más que en 2004) tres servicios (IT, fijo y móvil, por lo general); un 38,4 % (un 2,5 % menos que en 2004) dos servicios (fijo y movil, normalmente); un 26 % (un 0,6 % menos que en 2004) un solo servicio (sobre todo, fijo o movil); y un 0,8 % (también un 0,6 % menos que en 2004) ningún servicio.

Este proceso sigue constituyendo, sin duda, el trasfondo del presente trabajo de tesis doctoral. El núcleo es lo audiovisual, especialmente en TV; sin embargo, el proceso de convergencia tecnológica obligará a hacer incursiones en los campos de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas y de la SI y, más concretamente, en las parcelas asignadas a la telefonía móvil y a IT, al ser éstos los dos medios más conducentes a la prestación de servicios televisivos y a la transmisión de contenidos multimedia.

Debe advertirse que, si bien, en el caso de la TV sobre protocolo IT, puede hablarse al cierre de esta tesis de un autentico mercado en España, cada vez más maduro, no cabe decir lo mismo de la TV móvil, donde ese mismo mercado no termina de emerger. En este sentido, fueron conocidas por desafortunadas las inversiones en licencias de tercera generación de telefonía móvil realizadas por operadores como *Telefónica* en Alemania o Italia, las cuales se saldaron, en no pocas ocasiones, con intervenciones de las autoridades nacionales de reglamentación despojando al operador de dicha licencia dadas las demoras para su puesta en funcionamiento. La difícil situación de los operadores de telefonía móvil de tercera generación justificó en nuestro país un cierto relajó en la exigencia de garantías (avales) por parte de el entonces ministro Piqué y en RU llevó a que *Ofcom* considerara como sanción bastante para la falta de desarrollo de la red por parte del operador la de la revocación de la licencia, pese a que la legislación inglesa tipificaba dicho incumplimiento como auténtica *criminal offence*. TV móvil y TVIP comparten la barrera económica de entrada consistente en la generalización de los terminales que permitan su adecuada recepción – teléfono móvil 3G o PC, según los casos –, pero la primera cuenta con otra añadida por el hecho de basarse en redes inalámbricas, a saber, la necesidad de frecuencias.

Ahora bien, y dicho lo anterior, recalcar que la definición y análisis de mercados dentro de esos ámbitos tan sólo tendrá sentido en cuanto puedan guardar relación con lo audiovisual, los contenidos y, en especial, con la TV. Este planteamiento nos eximiría, por ejemplo, de dispensar una mayor atención al segmento de la telefonía fija y, en particular, a la transmisión de voz a través de IT – servicios VoIP – que, pese a su indudable importancia, quedan fuera los ámbitos audiovisual y televisivo. Y lo anterior será así por más que éstos últimos constituyan un buen botón de muestra de cómo la convergencia de tecnologías está borrando las fronteras tradicionalmente existentes entre mercados y poniendo en auténticos aprietos a los organismos reguladores (Véase sino, y entre otras, la Comunicación de la Comisión sobre la naturaleza de los servicios de voz en Internet con arreglo al Derecho comunitario: Diario Oficial n° C 369 de 22/12/2000 p. 0003 – 0005).

Esta convergencia, que en el ámbito en que nos movemos amenaza con remover los mismos cimientos sobre que se asienta el concepto de mercado relevante, cada vez más difícil de aprehender, es la causa, también, de los esfuerzos por imponer un marco regulador común perceptibles en el ámbito de la Unión Europea.

Así, la Directiva Marco (Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO L 108 de 24.4.2002, p. 33/50) pretende, así reza su Art. 1, “establecer un marco armonizado para la regulación de los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados”.

Las definiciones introducidas a renglón seguido por el Art. 2 de la misma Directiva Marco son buena muestra de los intentos del legislador europeo por dar cabida dentro del supuesto

de hecho de la norma a una realidad que, por su complejidad y dinamismo, tiende a escapar y anticiparse a todo impulso regulador.

Así, se define:

- por **red de comunicaciones electrónicas**, “los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluido Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de TV por cable, con independencia del tipo de información transportada”;
- por **servicio de comunicaciones electrónicas**, “el prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos; quedan excluidos asimismo los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”;
- por **servicios asociados**, “aquellos servicios asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen el suministro de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello e incluyen, entre otros, la traducción de números o sistemas con una funcionalidad equivalente, los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas, así como otros servicios tales como el servicio de identidad, localización y presencia”.

Prueba de lo anterior es que, transcurridos apenas unos años de la aprobación del llamado “paquete regulador de las comunicaciones electrónicas”, conformado por ésta y otras directivas, a las que nos habremos de referir a lo largo de esta tesis, la Comisión se pusiera ya manos a la obra de revisar ese bloque normativo.

A este proceso de revisión tuvo oportunidad de referirse el entonces Secretario de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Francisco Ros (Clausura del XX Encuentro de las Telecomunicaciones “*Metamorfosis de una industria*”; Cursos de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; septiembre de 2005): “La propuesta de la Comisión va a tener un impacto muy significativo concretamente en dos áreas: la revisión de los mercados relevantes, y la reforma de la política de espectro. En el tema de mercados relevantes, la Comisión, a la vista de los progresos observados desde 2002, propone eliminar progresivamente la regulación *ex ante* en algunos de los 18 segmentos actuales del mercado de las telecomunicaciones. En el resto, propugna que las normas de la UE se apliquen de forma más eficaz, para aumentar la competencia en todo el mercado único. En los temas del espectro radioeléctrico, la Comisión aboga por avanzar hacia un planteamiento común, más dependiente del mercado, para atribuir el espectro radioeléctrico necesario para que los nuevos servicios y dispositivos funcionen a escala

comunitaria. El objetivo de la Comisión es que, para 2010, se haya efectuado la transposición completa de las nuevas normas a las legislaciones nacionales”¹.

El Art. 15 de la Directiva Marco ordena a la Comisión adoptar y revisar periódicamente una recomendación en la que se delimiten mercados pertinentes de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas, conforme a un anexo, al objeto de propiciar la debida aplicación de las obligaciones previstas en las directivas específicas que complementan la propia Directiva Marco. Aquélla fue, inicialmente, la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Diario Oficial n° L 114 de 08/05/2003 p. 0045 – 0049).

Para esa delimitación de mercados, la Comisión deberá basarse en los principios que informan el Derecho de la competencia, y ello, sin perjuicio de los mercados que puedan definirse en casos concretos en virtud de tal Derecho por las autoridades de la competencia [la Comisión, en *KDG/ish* (Cf. *Commission Decision, Case COMP/M.3271, KDG/ish*, 7 June 2004, para. 15.), se refirió a la influencia de la definición de mercados bajo el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas sobre la definición de mercados, en general, realizada por las autoridades de la competencia; los solapamientos se darían, sobre todo, con relación al mercado número 18 de la Recomendación de la Comisión en la versión de 2003, que es el de la transmisión de señal de TV].

Aquel precepto, Art. 15, impone también a esa misma institución, la Comisión Europea, que, conforme a dichos principios informadores, publique unas directrices para el análisis del mercado y la evaluación de pesos significativos en él (se trata de las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de fecha 11 de julio de 2002: Diario Oficial n° C 165 de 11/07/2002 p. 0006 – 0031); y a las Autoridades Nacionales de reglamentación que se sujeten a la Recomendación y a las Directrices, en todo cuanto resulte posible, a la hora de definir los mercados pertinentes adaptados a las circunstancias nacionales.

En este último sentido, en el Art. 10 de la Ley General de Telecomunicaciones española de 2003 (en redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se

¹ Para un mayor detalle puede consultarse: **(1)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas {SEC(2006) 816} {SEC(2006) 817} /* COM/2006/0334 final */; **(2)** Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO C 97 de 28.4.2007, p. 27/32); **(3)** Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe) - Consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas {SEC(2007) 962} /* COM/2007/0401 final */; **(4)** Estudio titulado “*Preparing the Next Steps in Regulation of Electronic Communications - A contribution to the review of the electronic communications regulatory framework*” de julio de 2006 (“el estudio de Hogan & Hartson y Analysys”); **(5)** el estudio de *London Economics*, en asociación con *PricewaterhouseCoopers*, titulado “*An assessment of the regulatory framework for electronic communications: growth and investment in the EU e-Communications sector*» de julio de 2006 (“el estudio *LE PWC*”).

transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista), precepto que traspone al ordenamiento jurídico español el contenido de la Directiva Marco, se encomienda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la base de las directrices formuladas por la Comisión Europea, definir, mediante resolución publicada en el BOE, los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas y analizarlos a intervalos, normalmente de 3 años, sobre la base también de las Directrices, así como de los dictámenes y posiciones comunes pertinentes adoptados por el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE). El objeto de tal análisis será el de precisar si el mercado de referencia se desenvuelve en un entorno de competencia efectiva a fin de imponer, en su caso, obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en el mismo.

En España, la definición y análisis de los dieciocho mercados objeto del nuevo marco regulador europeo de las telecomunicaciones ha quedado completado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recientemente. De esos dieciocho, el que más puede relacionarse con el contenido de este trabajo es el de la transmisión de señales de TV y radio a que va referida la resolución de dicha autoridad nacional de reglamentación de 21 de mayo de 2009, precedida por otra de 2 de febrero de 2006. Debe notarse que dicha definición y análisis se ciñe al sector de la transmisión o infraestructuras, inscrito en el de las comunicaciones electrónicas y adyacente al de los contenidos o de la radiodifusión televisiva, pues la Directiva Marco no hace extensivos a estos últimos los referidos deberes de definición y análisis de mercados impuestos a las ANRs.

Por lo demás, ilustran el proceso de convergencia a que nos venimos refiriendo las palabras del legislador europeo que se encuentran en el Preámbulo (núm. 7) Directiva sobre Competencia [Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 249 de 17.9.2002, p. 21/26)]: *“en la presente Directiva se habla de «servicios de comunicaciones electrónicas» y «redes de comunicaciones electrónicas» en vez de «servicios de telecomunicaciones» y «redes de telecomunicaciones», que eran los términos previamente utilizados, lo anterior a causa del fenómeno de la convergencia que lleva a la agrupación de todos los servicios y redes empleados para el transporte de señales cualquiera que sea el medio empleado (cable, ondas o satélite). Así pues, la transmisión y radiodifusión de programas de radio y de televisión deben considerarse un servicio de comunicación electrónica, de la misma manera que las redes utilizadas para tal transmisión y radiodifusión deben considerarse de comunicaciones electrónicas”*.

Paralelo al tan reiterado proceso de convergencia de redes y de servicios prestados a través de las mismas - la Directiva sobre Competencia, en su Preámbulo, engloba ambos conceptos, red y servicio, dentro del más amplio de transmisión - discurre el de separación de la propia noción de transmisión, y por tanto de su regulación, de la de los contenidos, incluidos los de TV y los característicos de la SI, donde se quiere mantener y respetar las medidas adoptadas en los ámbitos nacional y europeo a fin de preservar el pluralismo informativo, la diversidad cultural y lingüística y la libertad de expresión.

Los contenidos de los programas de TV están cubiertos por Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados

miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

En cuanto a los segundos, la definición de “servicio de la Sociedad de la Información” que figura en el Art. 1 de la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, abarca una amplia gama de actividades económicas que tienen lugar en línea y que, sólo en casos contados, como es el del correo electrónico, suponen el transporte de señales a través de redes de comunicación electrónicas. Por lo general, tales servicios entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico).

iv) Derecho de la Competencia y pluralismo

Se trata aquí de precisar el grado en que despliega sus efectos el principio de la libre competencia en los mercados relacionados con la actividad de difusión televisiva que serán objeto de delimitación y análisis en otras partes de este trabajo. Las exigencias de tal precisión quedarán colmadas tan sólo con el examen de cada concreto mercado de producto y geográfico de los identificados en las resoluciones de las autoridades de la competencia. No obstante lo anterior, resulta posible dejar expuestos unos apuntes previos que ayudarán a tener una perspectiva con que adentrarnos en ese estudio de casos concretos y el criterio necesario para, partiendo de ese mismo estudio, destilar conclusiones.

En el Preámbulo de la Directiva, de 3 de octubre de 1989, hoy de Servicios de Comunicación Audiovisual, se apunta que, considerándose la radiodifusión televisiva como manifestación de los derechos de libertad de expresión y de información a que alude el Art. 10 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, lo anterior refuerza la aplicación de las normas de competencia contrarias a la implantación de posiciones de dominio que pudieran resultar contrarias al pluralismo informativo.

La fuerza de la competencia depende de las más diversas variables. Una podría ser la configuración del televisivo como servicio público, con lo que ello supone, en regímenes donde la democracia es más real que predicada, pues, en los que no, el efecto es más bien el contrario, de intervención administrativa y de control estatal sobre los concesionarios en aras de garantizar, Vg., el pluralismo informativo y la libertad de información, principios estos que pudieran llegar a entrar en pugna con el de libertad de empresa que, en su expresión última, puede conducir a la implantación de auténticos monopolios informativos [son ilustrativas al respecto ciertas respuestas del Director General de Radio Televisión Caracas a preguntas de internautas en entrevista realizada a propósito de la no renovación de la licencia por parte del Gobierno venezolano (edición digital de El País de 22.05.07) y que se dejan transcritas en Addenda a este apartado].

Hay tras esta cuestión del pluralismo un importante debate filosófico, cuya exposición detallada excede, desde luego, de los objetivos de la tesis. Muy sintéticamente, partiendo de la obra de Carles Llorens-Maluquer (*“Concentración de empresas de comunicación y el pluralismo: la acción de la UE”*; tesis doctoral dirigida por Emili Prado; 2001), podría afirmarse la existencia de tres posturas o escuelas:

- 1.^a **La escuela liberal.** En su vertiente sociológica, extrapolación de la económica, propuso atenuar la injerencia del sector público en beneficio de la iniciativa privada en aras de crear un mercado virtual, a saber, el libre mercado de las ideas (*ideas marketplace*). Se afirmaba que, de la misma manera que la libre fijación de precios terminaría por implicar que los consumidores acabaran beneficiándose de los productos con una mejor relación calidad/precio, la libre circulación y el debate de ideas llevaría a la búsqueda y hallazgo de la verdad y, por ende, del progreso humano. El punto crítico de este planteamiento - v. Sánchez González, S., “*Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*”, Marcial Pons, Madrid, 1996 - radica en el hecho de que la verdad no siempre emerge en su competición con la falsedad cuando el que dispone de más medios impone su verdad particular en ese debate de ideas.
- 2.^a **La escuela crítica.** Como apunta Demers (“*Global media: menace or messiah?*”, New Jersey, 1999, Hampton Press), es desde el marxismo desde donde nace la primera crítica a la concentración de los medios de comunicación. El hecho de que la revolución del proletariado sólo hubiera llegado a producirse en Rusia se explica por la escuela de Frankfurt por el dato de que los medios de comunicación y otras instituciones culturales (“superestructura”) hubieran alienado su conciencia de clase. Habermas, probablemente el sucesor más representativo de la escuela de Frankfurt (v. “*Historia y crítica de la opinión pública*”, Barcelona 1981, Gustavo Gili), da un paso más allá y considera la comunicación no solo como el problema central de la teoría social, sino como el motivo impulsor del materialismo histórico, pues la “imposición” de una comunicación libre se erige en el principio básico de la organización social.
- 3.^a **La escuela intermedia.** Sus postulados (Demers; *idem supra*) son los de que, en primer lugar, la doctrina liberal no incide lo bastante en el control social ejercido sobre los medios, cuando lo cierto es que estos producen contenidos que coinciden con los intereses de sus accionistas y con las ideas y valores imperantes en la sociedad occidental, legitimando valores como el orden social, el capitalismo responsable o la propia existencia de las multinacionales. El resultado es que los individuos que se muestran contrarios a estos valores no obtienen la necesaria cobertura informativa. Por otro lado, la escuela crítica desconoce el importante factor de cambio social que entrañan los medios. Aunque indudablemente estos refuerzan el *statu quo*, ciertas investigaciones sugieren que su contenido se torna más crítico con los valores e instituciones dominantes a medida que el medio de comunicación crece y se hace más complejo. Aún cuando estas críticas, por sí solas, no se traduzcan en cambios sociales, lo cierto es que aumentan las posibilidades de que estos puedan llegar a producirse. De lo anterior se encuentran ejemplos a lo largo del siglo XX en relación con movimientos como los relacionados con la igualdad entre sexos, la ecología, la asimilación de las personas discapacitadas, etc...

Al hilo de lo anterior, y echando la vista al Derecho comparado, puede tenerse por ilustrativo y valer como piedra de toque el caso de China (Carnabuci, C.; Wong, J.; Zhang, F: “*Telecoms and Media 2005; an overview of regulation in 47 jurisdictions worldwide*”; Cáp. 10, Págs. 73 a 83, en *Global Competition Review*, Londres, Mayo de 2005), donde, muy a diferencia de lo ocurrido en la UE, el intenso control de la Administración sobre los medios de comunicación social tiene el efecto de excluir toda libertad de expresión y, por alcance, la existencia de un pluralismo que pudiera diluir el monopolio público de la información y opinión.

Allí, un órgano administrativo específico (en inglés: *State Administration of Radio, Film and Television*), responsable ante el Ministro de la Industria de la Información, ejerce un control rutinario sobre la programación de radio y TV (incluidas las recepciones por satélite procedentes del extranjero), a fin de asegurar, entre otros extremos, que no vaya en detrimento de la unidad nacional, la soberanía o la integridad territorial o que no haga públicos secretos de Estado, y al punto de poder modificar aquellos contenidos televisivos que, Vg., incluyan expresiones o imágenes con algún componente sexual, violento o de “mal gusto” o que inciten al juego, al consumo de drogas, a la exaltación religiosa o la degradación del medio ambiente.

También el Ministerio de Cultura supervisa la importación, venta (al por mayor y minorista) y alquiler de contenidos audiovisuales y comparte sus funciones de censura con una autoridad administrativa - *General Administration of Press and Publication* – más centrada en los aspectos de la producción, reproducción y difusión de los productos de la industria audiovisual china.

En cada ciudad china sólo puede existir una emisora de TV por cable establecida por el Gobierno y, sólo fuera y lejos de esas áreas metropolitanas, pueden existir otras establecidas por ciertas organizaciones, entre las que se contarían unidades del Ejército, empresas o instituciones de ámbito territorial igual o más amplio que el de la respectiva demarcación administrativa. De otra parte, IT se considera por el Gobierno Chino como una fuente de información subversiva, razón por la que el Ministerio de la Industria de la Información controla las puertas internacionales de acceso a la *World Wide Web* y el contenido de los *Web Sites*.

En 2010, por ejemplo, se produjeron importantes discrepancias entre *Google* y el Gobierno chino. El chino era el mayor mercado de Internet, con 384 millones de usuarios y *Google* canalizaba el 30 % de las búsquedas dentro del mismo. A cambio de permitir su entrada en dicho mercado, el Gobierno chino le impuso determinadas restricciones de censura. Sin embargo, según manifestaciones de los mandatarios chinos, “*Google* violó la promesa escrita que hizo cuando entró en el mercado chino al detener el filtro de su servicio de búsqueda”. Las tareas de censura se desarrollaban por el Gobierno de Pekín a través del *software* de censura conocido como el Gran Cortafuegos. Para evitar las censuras impuestas por éste último, *Google* comenzó a redirigir a los internautas a su portal de Hong Kong y se esperaba el cierre de la filial china de *Google*. Esta decisión se vio precipitada cuando, en enero de 2010, la compañía reveló haber sido víctima de un ataque por parte de piratas informáticos y haber descubierto que se habían intervenido los correos electrónicos de defensores de los derechos humanos en China. De la reducción de las posiciones de *Google* en China el primer beneficiado sería *Baidu*, el mayor buscador global, considerado como el *Google* chino. En ese mercado, *Baidu* tenía una cuota de mercado en las búsquedas superior al 60%.

En toda esa intervención y proteccionismo chinos, y por más que se haya atenuado desde la adhesión de ese Estado a la Organización Mundial del Comercio en diciembre de 2001, cabe cifrar el principal obstáculo al progreso de la convergencia tecnológica en ese país, al ser la causa última de haberse impedido a los operadores de TV por cable, con mayores tasas de penetración en la última milla que la propia *China Telecom*, innovar su oferta para incorporar nuevos servicios y al habérseles también vetado la prestación de servicios de telecomunicaciones y banda ancha.

En el Viejo Continente, el riesgo no es tanto el de la aparición de monopolios públicos televisivos, por las limitaciones impuestas a la libertad de empresa, tal cual ocurre en China, como el de la aparición de monopolios privados como consecuencia, precisamente, del libre desenvolvimiento de esa libertad de empresa. Es aquí donde el Derecho de la Competencia, junto a sus funciones habituales, cumple con la de preservar la cohabitación de diferentes iniciativas empresariales, pero también informativas, en beneficio de un pluralismo que es pilar de toda democracia.

Esta cuestión se encuentra también presente en la bibliografía especializada, hasta el punto de haberse llegado a afirmar (Pérez Gómez, A.: *“Las concentraciones de medios de comunicación”*, en *Quaderns del Consell de l’Audiovisual de Catalunya*, Consell de l’Audiovisual de Catalunya, Barcelona, 2000): *“Las concentraciones de medios de comunicación están sometidas a dos regímenes jurídicos: al régimen general de Derecho de la competencia; y a un régimen específico, destinado a garantizar el pluralismo informativo de más medios para hacer publicidad”*. En idéntico sentido, A. Nieto y F. Iglesias, a quienes cita el autor antes mencionado, consideran que *“concentración informativa es acumulación de poder de informar, consecuencia de transmisiones de patrimonio o acuerdos comerciales, que puede alterar la libre concurrencia de bienes o servicios en el mercado de la información”* (Vid. A. Nieto y F. Iglesias: *“La Empresa Informativa”*, 1993, p. 207, Ariel).

Esta era la razón de que, por ejemplo, la legislación austriaca previera multiplicar por 200 la cifra de volumen de negocios de la compañía que definía los umbrales de la no intervención de las autoridades de la competencia, cuando se tratase de la integración de compañías titulares de medios de comunicación social o que prestasen servicios vinculados a los mismos, y por 20 si se tratara de empresas que dieran servicio a las anteriores, como las que las surtían de contenidos [*Idem Supra “Telecoms and...”* Koeck, S.; Burtscher, B. (Cáp. 4, Págs. 20 a 27); V. Art. 42 c) 4. de Ley Federal sobre Carteles y otras Prácticas Comerciales Restrictivas de 19 de octubre de 1988 en su redacción vigente disponible en la web²]. Y aún se encontraba una mayor preocupación en el derecho irlandés, donde los umbrales previstos en la *Competition Act* de 2002 no se aplicaban a esta clase de concentraciones, de modo que las mismas debían ser, en todo caso, puestas en conocimiento de la *Competition Authority* [*Idem Supra “Telecoms and...”* Kelly, H.; Gibbons, K. (Cáp. 22, Págs. 179 a 188); V. Arts. 17 y concordantes de la *“Competition Act 2002”* (Number 14 of 2002) en su redacción vigente disponible también en la web³].

En otros casos, esa especial sensibilidad se traducía en que la autoridad que debiera otorgar el título habilitante para el ejercicio de la actividad de radiodifusión ejerciera un control *ex ante* tomando en cuenta el estado de la competencia en el sector. Así, los Arts. 28 a 30 de la Ley Francesa de Radio y Televisión (n.º 86-1067 de 30 de septiembre de 1986) preveían que el *Conseil supérieur de l’audiovisuel* estableciera, en el acuerdo celebrado con el licenciataria, las reglas a que el mismo debía sujetarse, tomando en cuenta las características específicas del mercado relevante y sin perjuicio del control *ex post* a ejercer por las autoridades de la competencia [*Idem Supra “Telecoms and...”* Gunther, J.P.; Bourgoïn, F.

² http://www.uaipit.com/files/documentos/pdf/0000005802_federal_act_on_cartels_and_restrictive_trade_practices_1988_10_19.pdf

³ http://www.uaipit.com/files/documentos/pdf/0000005056_Irlanda_Ley_de_competencia_2002_04_10.pdf

(Cáp. 16, Págs. 129 a 135); V. Arts. 28 a 30 de la “*Loi relative à la liberté de communication (version consolidée au 12 février 2005)*” disponible igualmente en la web⁴].

Lo anterior llevó, sobre todo a partir de 2002, al debate en el seno de la UE sobre la necesidad de plantear un marco regulador *antitrust* específico para el sector de los medios de comunicación sobre unas bases paneuropeas, debate que, sin embargo, no llegó a cuajar en la adopción de ninguna medida legislativa específica, por lo que han seguido las normas generales [ver: (i) Scheuer, A.; Palzer, C.; Braun, J.D.; Capito, R.: “*Media Market Definitions –Comparative Legal Analysis-Final Report (18 July 2005)*” *Institute of European Media Law e.V* (Págs. 10 y Ss.); (ii) Ungerer, H. “*Competition Rules and the Media - Are they determinant or complementary?*”, *Speech delivered on the occasion of the conference “European Union Media Law and Practices”, Istanbul, 1 April 2005*; (iii) *European Institute for the Media: “Report on media ownership and pluralism in the 25 EU Member States”, prepared for the European Parliament Committee on Citizens’ Freedoms, Justice and Home Affairs*; (iv) *European Parliament: “Report on the risks of violation, in the EU and especially in Italy, of freedom of expression and information (Article 11 of the Charter of Fundamental Rights)*”, 22 Abril 2004; (v) Kleist, T.: “*Medienkonzentrationsrecht in Europa – Ein Überblick*”, *Presentation given on the occasion of Medientage München 2002, available at: http://www.emr-sb.de/EMR/Kleist_MedKonzEuropa.pdf*].

Llegados a este punto, podía destacarse que la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la protección del pluralismo dentro del control de medios, no llegó a progresar en ningún sentido.

En su resolución sobre el pluralismo y los medios de comunicación Diario Oficial n° C 166 de 03/07/1995 p. 0133 el Parlamento europeo “*Deplora que la Comisión aún no haya transmitido al Parlamento la propuesta de modificación de la Directiva 89/552/CEE*”, y ello sobre la base de los siguientes recordatorios y considerandos: (1) “*Recordando su Resolución de 20 de enero de 1994 (DO C 44 de 14.2.1994, pág. 177) sobre el Libro Verde de la Comisión «Pluralismo y concentración de los medios de comunicación en el mercado interior» y su Resolución de 27 de octubre de 1994 (DO C 323 de 21.11.1994, pág. 157) sobre la concentración de los medios de comunicación y el pluralismo, en las que pedía a la Comisión que presentase una propuesta de directiva, así como su Resolución de 16 de febrero de 1995 (DO C 56 de 6.3.1995, pág. 97) sobre la reunión del G7 sobre la sociedad de la información,*”; (2) “*Teniendo en cuenta la importancia adquirida por el problema de la concentración de los medios de comunicación en el debate político de todos los Estados miembros, en particular en lo que se refiere a las garantías de democracia e independencia de los medios de comunicación*”; (3) “*Considerando las consecuencias negativas de una sociedad de la información sometida exclusivamente a las fuerzas del mercado y la necesidad de tomar en consideración las implicaciones culturales, éticas, sociales y políticas*”.

En dicha propuesta de Directiva se establecía una diferenciación entre concentración monomedia y multimedia. La primera se daba cuando se concentraban dos medios del mismo tipo y se contemplaba sólo para el caso de concentraciones dentro de la radio y de la televisión, pero no de la prensa escrita. Así, una concentración entre dos cadenas de radio o entre dos cadenas de TV no podría dar lugar a una audiencia combinada de más del 30 %.

⁴ http://www.uaipit.com/files/documentos/pdf/0000006339_Ley_libertad_comunicacion_1986_09_30.pdf

En las concentraciones multimedia se incluían ya los medios de prensa escrita, junto a los de radio y televisión, y se contemplaban, además, la posibilidad de combinación entre medios de distinta clase, un medio de prensa escrita con una cadena de TV, por ejemplo. En el caso de las concentraciones multimedia, la fijación de límites resultaba de una mayor complejidad: se atendía al consumo en cada uno de los medios (porcentaje de lectores de un medio determinado en relación a la totalidad de lectores de prensa escrita, porcentaje de oyentes de una cadena de radio o de seguidores de una cadena de TV en relación a la totalidad de la audiencia) y la cifra resultante se dividía por el número de medios implicados, sin que el resultado arrojado por esta operación pudiera superar el umbral del 10 %. Se preveían, no obstante, ciertas excepciones como cuando se tratara de la compra de un medio local que de otro modo desaparecería – apreciándose aquí ciertas reminiscencias de la doctrina de la *failing firm* que más adelante estudiaremos –, o cuando los medios implicados, en virtud de su instrumento fundacional, de sus estatutos o licencia, se caracterizaran por una estructura independiente y pluralista, siempre que lo anterior viniera respaldado por garantías efectivas.

El hecho de que no hayan llegado a fructificar todos estos esfuerzos a escala europea no va en detrimento de la posibilidad reconocida expresamente por la Comisión de que cada Estado miembro pueda adoptar medidas específicas, como en los casos que hemos dejado referidos.

También el Art. 21 del Reglamento 139/2004 del Consejo sobre Control de concentraciones de empresas (Reglamento de Concentraciones) prevé que *“los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario”* teniendo por tales, entre otros, *“la pluralidad de los medios de comunicación”* (Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

Podría también citarse en Italia, últimamente, el ejemplo de la denominada *“Ley Gasparri”* (ley n.º 112/2004), que venía a introducir importantes restricciones sobre la propiedad de los medios a fin de preservar el pluralismo. Para el caso de que la franja del espectro para radiodifusión digital estuviera completamente asignada, se preveía que ningún proveedor de contenidos pudiera detentar, directamente o a través de filiales, una autorización para emitir más del 20 % de su programación a escala nacional por medio de tecnología terrestre. Se introducía, además, un sistema de *“comunicaciones integradas”* (CIS) con el objeto de evitar la aparición de posiciones dominantes. Suponía este sistema formar una cesta con todos los ingresos procedentes del sector *media* (canon, patrocinio, televenta, publicidad, venta de periódicos y revistas, etc...), para establecer que ningún operador de comunicaciones registrado pudiera percibir, directamente o a través de filiales, ingresos que excedieran del 20 por ciento del CIS. Por otro lado, los operadores de telecomunicaciones que obtuvieran el 40 % de sus ingresos globales en el sector de las telecomunicaciones tendrían prohibida la acumulación de ingresos que excedieran del 10 % del CIS.

v) Monopolio público televisivo y Derecho comunitario

La cuestión de si un monopolio público del servicio televisivo puede o no ser contrario a la normativa comunitaria, en particular, a la que versa sobre libre prestación de servicios y sobre libre competencia, puede no ser de tanta importancia en un escenario de digitalización de la actividad televisiva y de multiplicación de cadenas. No obstante, dicha cuestión sí fue

en el pasado motivo de preocupación de las instituciones comunitarias, en cuanto podía entrañar una frustración de la entonces vigente Directiva de Televisión sin fronteras.

En la sentencia Sacchi (*Giuseppe Sacchi, Judgment of the Court of 30 April 1974, Reference for a preliminary ruling: Tribunale civile e penale di Biella – Italy Case 155-73, European Court reports 1974 Page 409, Spanish special edition Page 203*), dictaminó el Tribunal de Justicia que la difusión televisiva era una actividad económica asimilable a un servicio y, en cuanto tal, sujeta a las normas del tratado sobre libre competencia. Así, tiende a reconocerse en esta sentencia el inicio del largo proceso liberalizador que culminaría en 1989 con la aprobación de la Directiva de Televisión sin fronteras, lo que lleva a los autores a resaltar el papel clave desarrollado por el TJCE en el nacimiento y desarrollo de una política audiovisual europea (véanse Humphreys, P. J., “*Mass media and media policy in Western Europe*”, Manchester 1996, Manchester University Press; Crusafon, C.: “*El espacio audiovisual europeo: análisis de la industria audiovisual y de las políticas europeas en la década de los noventa*”, Bellaterra, tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona; Dehousse, “*La politique européenne de l’audiovisuel*”, CRISP: Courrier hebdomadaire, Bruselas: CRISP).

A estos efectos puede ser también traída a colación la sentencia del TJUE de 18 de junio de 1991, que vino a resolver sobre toda una batería de cuestiones prejudiciales formulada por el Tribunal de Primera Instancia de la ciudad griega de Tesalónica (Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991: *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contra Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas* y otros; Petición de decisión prejudicial: *Monomeles Protodikeio Thessalonikis* – Grecia; Asunto C-260/89; Recopilación de Jurisprudencia 1991 página I-02925). El supuesto era el de la concesión por el Estado griego de derechos exclusivos para la gestión del servicio público televisivo a una sola empresa, *ERT (Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia)*, pese a lo cual el Alcalde de aquella ciudad, a través de la Sociedad Municipal de información, había creado otra estación de TV que había ya empezado a emitir, siendo éste el motivo de que *ERT* hubiera planteado ante dicho Tribunal una solicitud de medidas provisionales para obtener el cese de las emisiones de la cadena municipal.

Fueron conclusiones del TJUE las siguientes. El Derecho comunitario no se oponía a la existencia de un monopolio de la televisión ostentado por una sola sociedad, a la que un Estado miembro hubiera concedido derechos exclusivos a tal fin, sustrayendo del juego de la competencia las emisiones de radiotelevisión, en virtud de consideraciones de interés público, de naturaleza no económica, y así se venía reconociendo desde la citada Sentencia de 30 abril 1974, Sacchi (155/73, Rec. pg. 409), apartado 14.

Ahora bien, con ser cierto lo anterior, el Tribunal no descartó que la forma de organización de ese monopolio pudiera contravenir las disposiciones del Tratado atinentes a la libre prestación de servicios (Art. 56 en la versión consolidada del Tratado publicada en el Diario Oficial nº C 115 de 09/05/2008 p. 0001 - 0388) o las relativas a la libre competencia (Art. 102 por remisión del Art. 106). Las primeras, cuando pudieran ser discriminadas las emisiones realizadas por prestadores de servicios establecidos fuera de Grecia con respecto a las del propio organismo de radiodifusión nacional griego, con la sola excepción – amparada por el Tratado, pero de interpretación restrictiva en cuanto que excepcional - de que tal discriminación pudiera estar justificada por razones de salud u orden públicos o de seguridad, pudiendo asimilarse a las mismas la escasez de espectro radioeléctrico, siempre que fuera

real y efectiva [V. Bellamy & Child, EC Competition Law, 2001, p 39; y también R. Wish, Competition Law, p 19, quien señala que “*unification of the single market is an obsession of the Community authorities; this has meant that decisions have sometimes been taken prohibiting behaviour which a competition authority elsewhere, unconcerned with single market considerations, would not have reached*” (citados por el Profesor Alfaro Águila-Real)]. Las segundas, las relativas a la libre competencia, si esa forma de organizarse el monopolio legal pudiera conducir no sólo a una posición dominante, sino a una explotación abusiva de la misma en una parte sustancial del mercado común.

vi) El servicio público de radiodifusión en Europa

No parece estar de más en esta sede abundar en reflexiones en punto a la noción de servicio público y a su evolución en el ámbito de la TV, pues, ya hemos dicho, poner la etiqueta de público al servicio televisivo es propiciar la intervención estatal en detrimento del libre desenvolvimiento de los operadores económicos y, en fin, modular la libertad de empresa.

Decía M. Muñoz Saldaña (“*La televisión que queremos. Una perspectiva jurídica*”; Op. Cit., en <http://www.campusred.net/forouniversitario/pdfs/Comunicaciones/television>; Pág. 4): “*No conviene olvidar que una de las mayores dificultades para la reconversión de los sistemas audiovisuales europeos reside en la crisis definitiva de la categoría jurídica de los servicios públicos y de su polémica aplicación al espacio audiovisual. El origen de este conflicto reside en la utilización histórica de este término, nacido en Francia, como justificante de la intervención estatal en la economía y, en este caso concreto, de la polémica publicatio de la actividad televisiva. El desarrollo de la televisión en Europa ha venido marcado por el destacado papel de las televisiones de titularidad estatal configuradas en torno a las funciones de servicio público. Esta vocación, junto con la escasez de recursos tecnológicos, ha abanderado el recurso a la técnica del monopolio estatal como el mejor de los regímenes para asegurar el control estatal sobre la titularidad y gestión de este influyente medio de comunicación. Sin embargo, en nuestros días y, desde finales de los ochenta, las televisiones públicas se enfrentan a una probada crisis de identidad y los entes privados, a pesar de su configuración jurídica, carecen de un efectivo compromiso en la realización de dichas misiones*”.

Dicha libertad de empresa, no es lo mismo, y el matiz es importante, que la libre competencia, desde el mismo momento en que pudiera darse que la iniciativa empresarial, dejada a su albur, terminara conduciendo a la consolidación de monopolios, que tan contrarios son a una concurrencia sin trabas de los distintos agentes en el mercado.

Lo anterior es tanto como decir que el juego pleno y libre de la competencia se erige sobre dos pilares, a saber, una iniciativa empresarial libre, sí, pero también una efectiva intervención de los poderes públicos garante de la igualdad de oportunidades para las distintas iniciativas. En palabras del TC (STC 208/1999, de 11 de noviembre; RTC 1999\208): “*La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el Art. 38 CE (RCL 1978\2836). Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 (RTC 1986\88) «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución (RCL 1978\2836), como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta – Art. 38, inciso segundo– por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas*

que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste»”.

En parecido sentido, se lee en “*Media Market Definitions –Comparative Legal Analysis-Final Report: 18 July 2005*” (v. *supra*; en pág. 53): “*To be more specific, it appears to be generally accepted that a plurality of offers that will be ensured by the application of competition law is a precondition but not a guarantee for a diverse media sector. Therefore, often an interpretation is encountered that sees competition and media concentration law as having a complementary nature*”. En conclusión y cerrando el circunloquio, tan reñida con el principio de la libre competencia puede estar una libertad de empresa como un intervencionismo estatal, al conducir ambos a la implantación de monopolios informativos, privados y públicos, respectivamente. Desde esta perspectiva, dar a la TV la categoría de servicio público algo lleva de limitar el juego de la libre concurrencia.

En Europa, el compromiso de promover la radiodifusión de servicio público quedó reforzado gracias a un Protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1999 (Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos: *Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997*). Ello confirmó que los gobiernos concedían importancia a la radiodifusión pública, dado el papel que ésta desempeñaba con miras a satisfacer las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad, así como a la hora de salvaguardar la pluralidad frente a la tendencia hacia la concentración de los medios de comunicación.

Con arreglo al Protocolo, cada Estado miembro era libre de definir la estructura de su servicio público de radiodifusión (SPR) y organizar sus tareas de manera que sirvieran el interés general. También lo era de apoyar financieramente al propio SPR, siempre que la financiación se utilizase con vistas a alcanzar el objetivo de servicio público y que no impidiera las operaciones comerciales normales ni distorsionase la competencia entre radiodifusores.

La apuesta europea era por un sistema de radiodifusión dual, público y privado, donde el sector público tendría asignada la función de velar por el mantenimiento de los valores tradicionalmente vinculados al servicio público televisivo, entre ellos, los reiterados de la libertad de expresión y el pluralismo [para una visión crítica de este planteamiento dentro de la doctrina patria, puede consultarse Muñoz Machado, S., “*La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas*”, en AA.VV.; 1995: *El régimen jurídico de la televisión*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “*Cuadernos y Debates*”, n° 55, Madrid, pp.29-49]. En el caso del sector privado, se trataría no tanto de vincularlo en positivo a esos valores como de imponer tan sólo unos límites de imposible trasgresión y, por lo general, relacionados con la moral y el orden público (Vg., la protección de la infancia).

Las dificultades ínsitas en el tránsito de un sistema dirigista de radiodifusión a otro basado en el principio de libre competencia y en el modelo dual antes expresado se puso de relieve con la incorporación a la UE de los países de la Europa Central y Oriental (ver Informe del Grupo de Alto nivel de política audiovisual Presidido por el Comisario Marcelino Oreja y compuesto por Francisco Pinto Balsemão, José-María Bergareche, Hervé Bourges, Liliana

Cavani, Michael Kuhn, John McGrath, Jan Mojto, Albert Scharf y Boleslaw Sulik; Cáp. IV; *“Del sistema dirigista a la competencia de mercado: las perspectivas de la industria audiovisual en Europa Central y Oriental”*⁵).

Antes de la caída de los regímenes comunistas, el segmento audiovisual era íntegramente gestionado por el sector público que financiaba un gran volumen de producción audiovisual. Hasta esa fecha, los gobiernos no se encontraban interesados en la obtención de un elevado número de frecuencias en las Conferencias Mundiales de Radiocomunicación para garantizar que las industrias de las telecomunicaciones y de la radiodifusión permanecieran en manos de una minoría. Paradójicamente, esos Estados se enfrentaron luego a esa penuria de frecuencias como uno de los principales escollos al desarrollo de la TV.

Esa transición tuvo una desigual expresión en los países de ese entorno. En el caso de la República Checa, para propiciar el desarrollo de la TV privada, se suprimió el *Canal 1* de la TV estatal y se recortaron los tiempos de publicidad en antena asignados a la TV pública. De otra parte, se eliminaron todas las restricciones a la participación extranjera en el mercado de la TV y no se establecieron cuotas de pantalla reservadas a la producción nacional e independiente. Al calor de estas medidas pudo surgir un canal nacional de TV privada (*TV Nova*) que heredó la red de difusión ya desplegada del canal público. Este canal privado obtuvo muy buenos resultados desde el punto de vista de la audiencia y de los ingresos por publicidad, hasta consolidarse como monopolio. Sin embargo, tras de este éxito aparente, se encontraban una programación importada, sobre todo de EE.UU., y de calidad dudosa.

La otra cara de la moneda fue Polonia. En este país se concedió también autorización a un único canal privado pero, a diferencia del caso checo, el mismo hubo de desarrollar su propia red, por lo que pasó tiempo hasta que pudo competir con la TV pública, la cual, por otra parte y gracias a su participación sin recortes en los ingresos por publicidad, pudo mantener sus dos canales nacionales junto a doce regionales y uno por satélite. Esta situación cristalizó en un mercado publicitario dinámico, una escasa participación extranjera en los organismos de radiodifusión, unas elevadas cuotas de producción nacional y europea (con la obligación de los canales de TV de invertir en producción audiovisual) y, en fin, en un mercado de la TV y un sector independiente de producción fuertes y pluralistas.

vii) El régimen comunitario de las ayudas al servicio público de radiodifusión

Partiendo de la filosofía del Protocolo anexo al Tratado de Amsterdam expuesta en el anterior epígrafe, las contribuciones estatales al sector público de radiodifusión (SPR) eran admisibles en la medida en que se dirigieran a la consecución de objetivos de servicio público, por lo que se hacía necesaria su exacta definición en evitación de arbitrariedades, pero no más allá de eso por cuanto, en este último caso, supondrían ya un falseamiento de la competencia. Esto era así porque el Tratado UE admitía los auxilios estatales siempre que fueran a favor de servicios de interés económico general (SIEG), dentro de los que se inscribían los de radiodifusión.

Han sido muy numerosos los casos en los que la Comisión ha debido enfrentar el problema de las ayudas estatales al sistema público de radiodifusión por parte de los estados miembros. Por citar sólo algunos:

⁵ Disponible en <http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies>.

- El 13 de febrero de 2002 la Comisión autorizó ayudas financieras a favor de las emisoras locales de TV de la comunidad francófona de Bélgica, cuya finalidad era la de compensar a dichas emisoras por sus obligaciones de servicio público.
- El 22 de mayo de 2002 dicha institución autorizó la financiación pública por parte de RU a favor de nueve cadenas de TV digital de la *BBC* por medio de un “impuesto televisivo”.
- A lo largo de los nueve primeros meses de 2004, la Comisión investigó la financiación de la TV danesa (*TV2/Danmark*) durante el periodo 1995-2002. De manera contraria a los supuestos antes mencionados, concluyó, en este caso, la existencia de una financiación irregular atendidos varios factores. *TV2* no había optimizado sus ingresos por publicidad, lo que la llevó a necesitar una mayor financiación estatal. El Estado danés no se habría comportado con respecto a dicha cadena pública como lo habría hecho un inversor privado, al no retirar a la misma cada año los excesos de compensación con respecto a lo exigido por su obligación de servicio público. Finalmente, la institución comunitaria ordenó la recuperación de 84,4 millones de euros de ayudas estatales indebidamente concedidas con sus intereses.
- Del mismo modo, llegó la Comisión a la conclusión de que ciertas ayudas otorgadas *ad hoc* a los entes públicos de radiodifusión neerlandeses supusieron una sobrefinanciación del servicio público por valor de 110 millones de euros desde 1992.
- En el caso de España e Italia, no se trataba de ayudas *ad hoc*, sino de ciertos mecanismos de financiación permanente, que podían consistir en el pago de un canon o tasa por los propietarios de los aparatos (Italia) o en una compensación anual directa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o la concesión de un aval ilimitado (España). Los servicios de la DG IV concluyeron la existencia de ayudas e impusieron condiciones para ajustarlas a la Comunicación de la Comisión que a continuación mencionaremos. Con ello, se pretendía garantizar que estos sistemas de financiación contuvieran salvaguardias contra una compensación excesiva y obligaran a los radiodifusores públicos a desarrollar sus actividades comerciales a precios de mercado.
- Otros casos referidos a España fueron los que dieron lugar a los expedientes de la Comisión Europea E 8/2005 [(ex NN 166/a/1995) – España, *Ayuda estatal en favor del Ente Público Español de Televisión (RTVE)*], y NN 8/2007 [(ex N 840/2006) - España, *Financiación de medidas de reducción de plantilla de RTVE*].

La Comisión adoptó el 17 de octubre de 2001 una Comunicación en la que vino a explicar el modo de aplicar las normas sobre ayudas estatales a la financiación de los servicios públicos de radiodifusión (Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión: DO C 320 de 15.11.2001, p. 5/11).

Esta comunicación tenía su contrapartida, específicamente referida al ámbito de la producción audiovisual, en otra del mismo año 2001: Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual; /* COM/2001/0534 final */; DO C 43 de 16.2.2002, p.

6/17. Cabe también observar como la Directiva del Parlamento y del Consejo 2006/123/CE, de 12 diciembre, sobre Libre prestación de servicios en el mercado interior (LCEur\2006\3520; DOL 27 diciembre 2006, núm. 376) declara inaplicables sus preceptos (ver número 24 del Preámbulo) “a las ayudas concedidas por los Estados miembros en el sector audiovisual, que están reguladas por las normas comunitarias de competencia”.

En aquella Comunicación de la Comisión de 2001, se reconocía la libertad de los Estados miembros a la hora de precisar el alcance de las obligaciones del SPR y de definir la forma de financiarse la TV de titularidad pública. Como contrapeso a esta libertad, la Comisión imponía a cada Estado una exacta definición de los contornos del servicio público televisivo, la encomienda de éste mediante un acto oficial a uno o varios concretos operadores y la designación de una autoridad oficial para la supervisión de su cumplimiento.

La Comisión exigía, del mismo modo, el más absoluto respeto a los principios de proporcionalidad – la financiación estatal debía ser la estrictamente necesaria para dar cumplimiento a las obligaciones de servicio público – y transparencia (con un valor de instrumento del anterior) – la ayuda debía otorgarse de forma transparente para asegurar el cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Tras la Comunicación de 2001, un planteamiento más elaborado, aunque no limitado a la radiodifusión, se introdujo a través del Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público (Diario Oficial nº C 297 de 29/11/2005 p. 0004 – 0007). Este Marco se remitía, en esencia, a los criterios sentados en la sentencia (v. *infra*) del Tribunal de Justicia en el caso *Altmark* [Asunto C-280/00 *Altmark Trans GMBH y Regierungspräsidium Magdeburg c/ Nahverkehrsgesellschaft Altmark GMBH* (“Altmark”), Rec. 2003, p. I-7747)] para entender que una compensación por servicio público no llegaba a tener la consideración de ayuda estatal. Estos fueron también, en esencia, los criterios mantenidos en la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC nº 90/04/COL, de 23 de abril de 2004, por la que se modificaban por cuadragésimosexta vez las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de un nuevo capítulo 24C: Aplicación de las normas sobre ayuda estatal a los servicios públicos de radiodifusión (*DO L 327 de 13.12.2007, p. 21/31*).

En la misma línea, la reciente *Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión*, aprobada el 2 de julio de 2009 (DO C 257 de 27.10.2009, p. 1/14), vino a establecer, en relación con estos servicios públicos, los elementos que tener en cuenta para apreciar la existencia de ayuda de Estado, así como los principales criterios de análisis para decidir su compatibilidad o incompatibilidad con el Tratado. Al contenido de esta Comunicación pasamos a referirnos en los párrafos que siguen.

Al abrir el mercado de la difusión a la competencia, los Estados, a través del Protocolo del Tratado de Amsterdam, habían considerado necesario mantener el servicio público de radiodifusión como un medio para garantizar la cobertura de una serie de ámbitos y satisfacer determinadas necesidades y objetivos de interés público que, de lo contrario, no necesariamente resultarían satisfechos en grado óptimo.

De conformidad con el Art. 87.1, el concepto de ayuda estatal incluía las siguientes condiciones: **(i)** debía existir una intervención del Estado o mediante fondos estatales; **(ii)** la intervención debía poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros;

(iii) debía conferir una ventaja a su beneficiario; y (iv) debía falsear o amenazar con falsear la competencia.

De conformidad con el Art. 86.2, las *“empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”*.

Como han señalado los autores (Buendía Sierra, J.L., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España”*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005; Tomo II, Pág. 1098, § 16.150), las referencias del actual Art. 106 Ap. 2 del TFUE a los servicios de interés económico general tienen precedentes en la jurisprudencia del TJCE, que siempre distinguió entre actividades no económicas (no sometidas a las reglas de la competencia) y actividades económicas de interés general (sometidas, pero susceptibles de beneficiarse de las previsiones del Art. 106 Ap. 2).

De acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el artículo 86 (actual 106) constituía una excepción que debía interpretarse de manera restrictiva. El Tribunal (caso *Altmark* citado) había precisado que para que una medida pudiera beneficiarse de esta excepción, y para que la compensación por servicio público no tuviera la consideración de ayuda sometida al Art. 87, era necesario que se reunieran los presupuestos siguientes, cuya verificación, sobre la base de las pruebas suministradas por los Estados, era cometido de la Comisión en cuanto que guardiana del Tratado:

- 1.º *“La empresa beneficiaria debía estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas debían estar claramente definidas”*. Se trataba de los requisitos que la Comisión llamaba de “misión” y “definición”, respectivamente. En virtud del primero, el servicio en cuestión debía ser un servicio de interés económico general y estar definido claramente como tal por el Estado miembro (Sentencia en el asunto 172/80, *Zuechner*; Rec. 1981, p. 2021.)

En cuanto al requisito de la “definición”, la noción de servicio de interés económico general (SIEG) aludía a un concepto jurídico indeterminado de Derecho Comunitario. Se trataba de un servicio de naturaleza económica cuya provisión a la generalidad de los ciudadanos se consideraba esencial, lo que justificaba una cierta intervención de los poderes públicos con vistas a garantizar que dicho servicio se prestaba y a controlar las condiciones en las que se prestaba. El hecho de tratarse de un concepto de Derecho Comunitario no implicaba, sin embargo, que la determinación de los servicios que bajo ese concepto iban a ofrecerse a los ciudadanos de cada Estado miembro correspondiera a instancias comunitarias, sino, y antes bien, a las nacionales. Lo anterior sólo quedaba a expensas de las autoridades europeas en el caso de sectores armonizados, como los de las telecomunicaciones o las comunicaciones electrónicas, pero no, en cambio, en el de los sectores no armonizados, como, por ejemplo, los de los servicios de difusión televisiva. En el caso concreto de la radiodifusión pública, este planteamiento debía adaptarse a la luz de las disposiciones interpretativas del Protocolo de Ámsterdam, que contemplaba la *“función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro”*.

De acuerdo con el otro requisito, el de la “misión”, la empresa en cuestión debía haber sido encargada explícitamente por el Estado miembro del suministro de dicho servicio (Sentencia en el asunto C-242/95, *GT-Link*, Rec. 1997, p. 4449).

Por lo que respecta a la “definición” de la función de servicio público, el cometido de la Comisión consistía, por tanto, en comprobar si existían errores manifiestos y, en cuanto a la “misión”, debía verificar si la misma se había encomendado de forma explícita.

- 2.º *“Los parámetros para el cálculo de la compensación debían establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiriera una ventaja económica que pudiera favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras”*. Se trataba de los presupuestos de “objetividad”, “transparencia” y “no discriminación”.
- 3.º *“La compensación no podía superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable”*. Se trataba del principio de “proporcionalidad” y, en su virtud, la aplicación de las normas de competencia del Tratado - en este caso concreto, la prohibición de las ayudas estatales – no debía obstaculizar el cumplimiento de las tareas específicas asignadas a la empresa, y la excepción a dichas normas no debía afectar al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad (Sentencia en el asunto C-159/94, *EDF y GDF*, Rec. 1997, p. I-5815).

El Protocolo de Amsterdam introducía una excepción relacionada con las normas del Tratado sobre la financiación de los servicios públicos de radiodifusión, *“en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público (...) y (...) no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público”*.

Al comprobar el criterio de “proporcionalidad”, la Comisión debía, en fin, considerar si la necesidad de prestar el servicio público y de contribuir a su financiación justificaban cualquier posible falseamiento de la competencia resultante de la compensación por el servicio público.

- 4.º *“Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se hubiera realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permitiera seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debía calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, tendría que soportar para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones”*. En virtud de lo anterior, debía la Comisión verificar si existía, por parte de los Estados, una supervisión eficaz del cumplimiento de las obligaciones de servicio público. Además, la Comisión debía determinar si existían garantías suficientes que evitasen los efectos desproporcionados de la financiación pública, la compensación excesiva y las subvenciones cruzadas, y

que garantizaran que los organismos públicos de radiodifusión respetaban las condiciones de mercado en sus actividades comerciales.

Finalmente, aún constatada la existencia de ayuda y la no aplicabilidad de la excepción de servicio público, bien podía ser que dicha ayuda pudiera ser declarada compatible con el Tratado por fuerza de la denominada excepción cultural. A estos efectos, había que tener en cuenta que el Art. 87.3.d) del Tratado ofrecía a la Comisión la posibilidad de considerar compatibles con el mercado común las ayudas destinadas a promover la cultura, cuando no alterasen las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común.

Era la propia Comisión la que tenía que pronunciarse sobre la aplicación efectiva de esta disposición, teniendo en cuenta que la misma debía ser objeto de interpretación estricta, por lo que se imponía una clara identificación del producto cultural [así se exigía en las decisiones de la Comisión en los asuntos NN 88/98 (*BBC Canal noticias 24 horas sin publicidad*, DO C 78 de 18.3.2000) y NN 70/98 (*Kinderkanal y Phoenix*, DO C 238 de 21.8.1999)] y la aplicación del concepto de cultura al contenido y no al medio [exigencia impuesta también en la Decisión de la Comisión en el asunto N 458/2004 (*Ayuda estatal a Espacio Editorial Andaluza Holding SL.*, DO C 131 de 29.5.2005)]. Además de lo anterior, las necesidades pedagógicas y democráticas de la sociedad de un Estado miembro debían considerarse al margen de la promoción de la cultura, por lo que la no diferenciación entre tales necesidades democráticas y pedagógicas de la sociedad y las estrictamente culturales determinaba que no fuera pertinente esta excepción.

b) Reflexiones previas de alcance nacional español

i) El servicio público de radiodifusión en España

Si nos ceñimos al ordenamiento jurídico español, es también dable hacer ciertos apuntes con relación al concepto de servicio público. En un primer momento, prevaleció una cierta asimilación entre los conceptos de TV de servicio público y TV de titularidad pública. Así, en la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que vino a aprobarse el Estatuto de Radiodifusión y televisión se calificó la TV como “*medio de comunicación social y servicio público esencial de titularidad estatal*”.

Como observaba la doctrina administrativista (Souvirón Morenilla, J.M.: “*El futuro escenario normativo del sector audiovisual*”; en *Medios de Comunicación Tendencias* ’06⁶): “*La clave de fondo del ERTV es la configuración de la radio y la televisión como un servicio público de titularidad estatal. Servicio público desde la llamada concepción orgánico-subjetiva del mismo, es decir, la conversión legal de la radio y la televisión en una actividad reservada al Estado, de manera que, en principio, sólo el Estado (a través de su organización instrumental, el ente público Radio Televisión Española, RTVE) puede llevarla a cabo mediante la llamada “gestión directa” de ese servicio público (aunque, en teoría —y por ser su titular jurídico—, el Estado pueda conceder la explotación del mismo, en “gestión indirecta”, a otras personas públicas o privadas)*”.

⁶ Disponible en <http://www.infoamerica.org/TENDENCIAS/tendencias/tendencias06/pdfs/14.pdf>.

Sin embargo, no tardó mucho en romperse con esa asimilación, para dejar paso a la idea de que los objetivos de servicio público podían también perseguirse por las cadenas de titularidad privada. Así, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de la Televisión privada reiteró la declaración de servicio público en su Art. 1 para, acto seguido, prever la gestión de dicho servicio público de forma indirecta por particulares en régimen de concesión administrativa. En el Preámbulo de esta última norma podía leerse algo como que la configuración de la TV como servicio público suponía que su fin primordial fuera el de satisfacer el interés de los ciudadanos y contribuir al pluralismo informativo, a la formación de una opinión pública libre y a la extensión de la cultura pero que, en ningún caso, tal configuración llevaba de suyo un monopolio estatal, siendo precisamente esta la razón de que pudiera darse la gestión indirecta mediante concesión.

Esta opción llegó a obtener refrendo en la Cuarta conferencia ministerial europea sobre la Política de comunicación de masas del Consejo de Europa, celebrada en Praga los días 7 y 8 de diciembre de 1994, en la que se llegó a la conclusión de que las misiones de servicio público podían ser cumplidas tanto por los operadores públicos como por los privados. También en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional encontraba reflejo esta idea; así en su sentencia 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994\127): *“los cambios en los condicionamientos técnicos –por las mejoras tecnológicas–, y en los valores sociales pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la «publicatio», tanto en la constitucionalidad de la titularidad estatal como en los límites a la gestión privada del servicio, que el legislador está obligado a realizar, del mismo modo, que la jurisprudencia del TEDH y otros Tribunales Constitucionales ha evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada”*.

Aún podrían llamar a la confusión las manifestaciones de algunos tratadistas, que siguen asimilando servicio público televisivo a televisión de titularidad pública, dando a entender que, en los casos de gestión indirecta por particulares mediante concesión, seguiría estando justificado hablar de televisión de titularidad pública. Así se ha dicho (Laguna de Paz, J.C.; *“Televisión: nuevos tiempos, nuevas normas”*; DOXA N.º 3; Pág. 67): *“La expresión servicio público es multívoca, por lo que puede inducir a confusión. Sin embargo, en relación con la televisión, el servicio público –indudablemente– significa la titularidad pública de la actividad, su reserva a los Poderes públicos (Art. 128.2 CE). La llamada televisión privada consiste, pues, en la gestión indirecta del servicio público, previa concesión administrativa. En realidad, es también televisión pública (Muñoz Machado)”*. Nos parece, sin embargo, más clarificador hablar en estos casos de TV de servicio público y de titularidad privada.

El Estatuto aprobado por la Ley 4/1980 fue derogado por la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y televisión de titularidad estatal cuyo Art. 2:

- 1.º Define el servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado como *“un servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas que tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio y televisión con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros y destinadas a satisfacer necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad española; difundir su identidad y diversidad culturales; impulsar la sociedad de la información; promover el pluralismo,*

la participación y los demás valores constitucionales, garantizando el acceso de los grupos sociales y políticos significativos”.

- 2.º Fija su extensión, al establecer que *“la función de servicio público comprende la producción de contenidos y la edición y difusión de canales generalistas y temáticos, en abierto o codificados, en el ámbito nacional e internacional, así como la oferta de servicios conexos o interactivos, orientados a los fines mencionados en el apartado anterior”*. Es decir, que, hasta aquí, la definición del servicio público tendría lugar más por su contenido y alcance (objeto) que por el agente protagonista de la actividad (sujeto).

Ha sucedido, sin embargo, que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación audiovisual (LGCA), ha modificado el Art. 3 de la Ley 17/2006. Lo anterior ha supuesto la encomienda del servicio público de radiodifusión (SPR) a la Corporación RTVE (en el ámbito autonómico puede, por ejemplo, verse la Ley 9/2011, de 9 de noviembre - LG\2011\460 de Medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia que, en su Art. 2, encomienda la gestión del servicio público de comunicación audiovisual de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Corporación Radio y Televisión de Galicia, S.A.). Es decir, que si bien el SPR se define por el objeto, también se identifica por el sujeto, en la medida en que sólo esa entidad del sector público podrá prestar el SPR. Esta es, en definitiva, la sistemática de la LGCA, como tendremos oportunidad de ver en detalle al tratar del entorno normativo de los mercados de la TV en abierto y de la TV de pago.

Apuntaba el mismo profesor Souvirón Morenilla (Op. Cit.) a propósito del Borrador de Anteproyecto de Ley General Audiovisual que el mismo entrañaba *“un único texto legal básico”* y que: *“Dentro de ese régimen básico, incorpora las bases del servicio público de radio y televisión. Pero —y ésta es la gran novedad— desde una concepción del servicio público diferente de la hasta hoy sostenida por el ERTV. Se trata de una noción objetiva del servicio público que, sin duda como consecuencia de las exigencias del Derecho comunitario europeo sobre la radiotelevisión lo identifica, no —como hacía el ERTV, desde la llamada noción subjetiva del mismo— con toda la actividad radiotelevisiva, para que ésta quede así reservada al Estado, sino tan sólo con la radiotelevisión efectivamente explotada por el sector público”*.

No obstante, en nuevo giro, que ha supuesto, al menos en lo que a las televisiones autonómicas se refiere, una atenuación de ese factor subjetivo, la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, ha venido a sentar (v. Exposición de Motivos):

“La situación económica y la necesidad por parte del conjunto de las Administraciones Públicas de acometer actuaciones que faciliten la consolidación presupuestaria y el saneamiento de las cuentas públicas, aconseja dotar a las Comunidades Autónomas de mayor flexibilidad en la prestación de su servicio de comunicación audiovisual. Por este motivo, con la modificación planteada, las Comunidades Autónomas podrán decidir sobre la prestación del servicio público de comunicación audiovisual, pudiendo optar por la gestión directa o indirecta del mismo a través de distintas fórmulas que incluyan modalidades de colaboración público-privada. Si deciden no prestar el servicio público de comunicación audiovisual, las Comunidades Autónomas podrán convocar los correspondientes concursos para la adjudicación de licencias. Además, las Comunidades

Autónomas que vinieran prestando el servicio público de comunicación audiovisual podrán transferirlo a un tercero de acuerdo con su legislación específica.”

ii) El retroceso de la noción de servicio público: el ejemplo de la televisión por satélite

En otros modos de hacer TV, basados en plataforma no terrestre, la noción de servicio público ha experimentado un serio revés.

Además de la TV por satélite, de que pasamos a centrarnos en este epígrafe, por ser en ella donde la liberalización fue más radical, se verá en otras partes de este trabajo, al tratar del mercado de la TV de pago, que la liberalización tendía a imponerse también en el ámbito de la TV por cable donde, frente a la anterior necesidad de concesión, recientes reformas legales exigieron sólo la obtención de autorización administrativa partiendo de que no se trataba ya de servicio público. Finalmente, tras la LGCA de 2010, ni tan siquiera lo anterior es necesario; bastando una simple comunicación a la autoridad audiovisual con carácter previo al inicio de la actividad televisiva.

Así pues, la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por satélite sentó en su Art. 1 que *“los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen de forma principal redes de satélites de comunicaciones no tendrán la consideración de servicio público”*.

Sobre la anterior declaración, la Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de Incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552 sobre Coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de las actividades de radiodifusión televisiva, vino a sustituir en el articulado de la norma modificada toda alusión a las *“entidades que prestan servicio público de televisión”* por una más general a los *“operadores de televisión”*.

Esta sustitución encontraba su razón de ser, justamente, en el hecho de que, a partir de la Ley 37/1995 citada, existieran en España actividades televisivas que no participaban de la naturaleza de servicio público y que, sin embargo, debían quedar comprendidas dentro del marco regulador constituido por la Ley 25/1994, toda vez que la Directiva 89/552 no las dispensaba del cumplimiento de las obligaciones incorporadas a su texto.

Esta problemática se hizo especialmente patente en la sentencia de 21 de febrero de 2000 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo donde el Alto Tribunal vino a conocer del recurso promovido por *Canal Satélite Digital* contra los actos administrativos de creación de *TVE Temática, S.A.*, sociedad de capital íntegramente estatal cuyo objeto iba a comprender *“la realización de actividades de cualquier clase en el sector de la televisión digital por satélite, cable y otros medios que se puedan desarrollar en el futuro”* [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 21 febrero 2000; RJ 2000\10112; Recurso contencioso-administrativo núm. 719/1997; Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González].

Como motivación del acto administrativo, puesta de manifiesto en la Memoria del mismo, se aducía que *“tanto el avance de la técnica, como la internacionalización de la televisión vía satélite, hará que en un medio plazo, la oferta televisiva sea fundamentalmente temática, sin perjuicio de que subsistan ofertas generalistas. TVE debe seguir presente, lógicamente,*

en este sector de la televisión generalista, pero parece necesario que se prepare para estar también presente en el sector de la televisión temática”.

Los argumentos de la recurrente fueron en el sentido de afirmar que dicha creación suponía el desentendimiento del Ente Público con respecto a su función de gestión directa del servicio público, para pasar a desarrollar el servicio de TV digital por satélite de naturaleza privada. El Tribunal desechó este discurso sobre la base de razonamientos diversos.

En TV la idea de servicio público se habría ido flexibilizando, al punto de que ambos conceptos – TV y servicio público – no resultaban ya asimilables. Lo anterior explicaba que la Disposición Transitoria Única de la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por satélite hubiera venido a establecer que *“Radio Televisión Española y las sociedades concesionarias del servicio de televisión por satélite regulado en la Ley 35/1992, de 22 de diciembre, de Televisión por Satélite, podrán transformar su título habilitante para la prestación del servicio, en los términos que reglamentariamente se determinen”*. Aparte y de *lege ferenda*, los Magistrados consideraron dicha intervención deseable, y no sólo legalmente posible, habida cuenta de que, con ella, se aspiraba a remover las trabas que limitaban a sólo uno el número de operadores en el sector, en consonancia con dos principios básicos: uno, el pluralismo de medios de comunicación, derivado del artículo 20.1 de la Constitución, y, otro, la concurrencia competencial en el mercado, que emergía de todo el ordenamiento comunitario.

A raíz de la anterior sentencia, interpuso *Canal Satélite Digital* recurso de amparo ante el TC por supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la tutela judicial efectiva. El recurso fue inadmitido por el Pleno al carecer de contenido que justificara decisión sobre el fondo [Auto del Tribunal Constitucional núm. 26/2001 (Sala Primera, Sección 1ª), de 1 febrero; RTC 2001/26; Recurso de Amparo núm. 3291/2000]. Ante la alegación de la recurrente de que el modo de creación de *TVE Temática, S.A.*, había supuesto una defraudación del Art. 20.3 de la Constitución que, en garantía de una opinión pública plural, ordenaba al legislador regular la organización y control parlamentario de los medios de comunicación social, el TC sentó que dicho precepto, que no pasaba de ser un mandato dirigido al legislador, no reconocía ningún derecho fundamental a favor de la demandante de amparo.

En segundo término, en cuanto a los argumentos de *Canal Satélite Digital* sobre que se había vulnerado su derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en el Art. 20.1 de la misma Constitución, el Tribunal, aún admitiendo que pudiera equipararse el derecho a crear medios materiales, a través de los cuales la difusión de la expresión e información se hacía posible, con el derecho a mantener esos mismos medios sin injerencias u obstáculos del poder público, terminó concluyendo que, en el caso de autos, no había llegado a demostrarse que el apoyo público a la plataforma competidora hubiera limitado de forma efectiva el desarrollo de la actividad de *Canal Satélite Digital* ni el ejercicio de su libertad de comunicación.

Podrían, acaso, encontrarse similitudes entre el supuesto a que nos acabamos de referir y el del proyecto de adquisición por *Enel*, empresa entonces propiedad al ciento por ciento del Estado italiano, del 30 % de la compañía francoitaliana *Telepiù- Canal Plus*, y que dio lugar a algún pronunciamiento de la Comisión como el de que *“la entrada de una sociedad participada por el Estado en el capital de una sociedad privada del sector de la televisión de pago no constituye por sí misma una perturbación de la competencia en ese mercado”* o el

de que “en cuanto a la posibilidad de que la operación pudiera encubrir alguna de las ayudas públicas proscritas por el Tratado, las empresas públicas pueden utilizar sus recursos propios para efectuar adquisiciones, siempre que el rendimiento potencial de la inversión sea comparable al que exigiría un inversor privado en una economía de mercado” [v. Pregunta escrita E-1649/99 de Benedetto Della Vedova (TDI) a la Comisión (22 de septiembre de 1999)].

iii) La problemática de la financiación del servicio público de radiodifusión prestado por RTVE

(1) La evolución de RTVE frente a las cadenas privadas

La coexistencia en España, a partir de la década de los noventa, de la TV de servicio público de titularidad estatal con la operada por concesionarios privados y con otra totalmente liberalizada, como la gestionada por operadores de cable y satélite, motivó que el déficit del *Ente Público RTVE* no dejara de crecer desde entonces (si en 1997 ese déficit se cifraba en unos 2.400 millones de euros, en 2004 pasaba de los seis mil).

La pérdida de cuota de pantalla de *RTVE* se hizo una constante desde que el sector audiovisual español se abriera a la competencia. El *share* del grupo se desplomó, desde el 73 % de 1990 al 22 % que logró el año 2007. Se llegó a situar en 2005 el relevo definitivo de la TV de titularidad pública por las cadenas privadas de servicio público: *La Primera* de *RTVE* cerró ese año 2005 con una cuota media de pantalla del 19,6 % frente al 22,3 % de *Telecinco* y al 21,3 % de *Antena 3*, situación que nunca antes, desde 1989, había llegado a darse. Esta tendencia se aceleró en los años posteriores con la pujanza de la oferta temática y de pago y la irrupción de dos nuevos canales en abierto (*Cuatro* y *La Sexta*).

En la misma línea, también el Informe de la CMT correspondiente a 2006 apuntaba: “*El share de las televisiones públicas siguió disminuyendo al igual que sus cifras de ingresos; al contrario de lo que ocurre para los operadores privados. Así, la televisión pública redujo sus ingresos publicitarios el 2,8 % y vio su share decrecer el 10,1 %. Por el contrario, las televisiones privadas registraron un alza en sus ingresos publicitarios del 14,3 % y del 7,5 % en su share. De forma individualizada, el share está liderado por el canal Telecinco con el 21,2 %, el único canal por encima de la barrera del 20 %. Le siguen Antena 3 Televisión con el 19,4 % de share, y La 1 de TVE con el 18,4 %. Cuatro, La 2 y la Sexta captaron el 6,3 %, el 4,9 % y el 1,8 % del share, respectivamente*”.

Esa combinación de déficit y pérdida de niveles de audiencia e ingresos por publicidad desembocó en un fuerte proceso de reestructuración acometido en el seno de *RTVE* y en la tramitación de un expediente de regulación de empleo que afectó a, aproximadamente, un 40 % de la plantilla. Procesos como éste se vivían también en el ámbito de otros Estados de la UE. Vg., el proceso de reestructuración de la *BBC* condujo al despido de 5.000 de los 28.000 empleados.

Sin embargo, a pesar de encontrarse la TV pública de titularidad estatal en Europa en situación de retroceso frente a la privada, aun mantenía, en terminos de audiencia, de programación y recursos económicos, posiciones sólidas y muy significativas que oscilaban entre el 44,5 % de la cuota de audiencia del mercado alemán (el 38 % en el reino Unido y el 37 % en Francia) hasta el 12,4 % de Grecia. En todos los países de la UE, se venían

manteniendo, al menos, dos cadenas de titularidad pública [Datos facilitados en el Foro sobre el Espacio de las radiotelevisiones públicas en el tercer milenio auspiciado por la *Unión Europea de Radiodifusión* (Madrid, noviembre de 2004)].

(2) La limitación de la financiación a las actividades de servicio público de RTVE

El retroceso en *share* de *Corporación RTVE* y su situación casi endémica de déficit condujo a la necesidad de replantearse el modelo de financiación de la misma. Esta necesidad, que tendía a ponerse de manifiesto a intervalos periódicos y, especialmente, en momentos de crisis económica con incidencia en el mercado de la publicidad televisada, fue la que se vivió en los momentos previos a la promulgación de Ley 17/2006 de Televisión de Titularidad Estatal.

Esos momentos vinieron presididos por la preparación de un informe por un Comité de expertos independientes al que se dio en llamar “Comité de Sabios”. Dentro de éste no faltaron voces, como la del experto nombrado por el Ministerio de Economía y Hacienda (M. A. Arnedo) que, alejándose del modelo dual, público y privado, propugnado por la Comisión Europea (ver más arriba), postularon la total desaparición del *Ente Público RTVE* y que el servicio televisivo fuera prestado directamente por operadores privados bajo la supervisión de un Consejo Audiovisual (Fuente *Diario ABC* de 2 de febrero de 2005).

En este sentido, podían también tenerse por ilustrativas las manifestaciones del también miembro del “Comité de Sabios” Fernando González Urbaneja explicando que la “enfermedad” del *Ente RTVE* había que cifrarla en el déficit crónico de explotación – unos seiscientos millones de euros anuales - que provocaba una deuda creciente. Suyas fueron afirmaciones como las siguientes: *“No se puede confundir déficit y deuda, el orden de los factores es determinante [...] la solución no viene de abolir el endeudamiento, sino de evitar el déficit de explotación. Endeudarse es una alternativa de la gestión para invertir y optimizar recursos. El problema está en la reiteración del desequilibrio entre ingresos y pagos, en el desinterés por el gasto y la despreocupación por incrementar los ingresos.”* Con relación al informe finalmente emitido por el Comité de Sabios, el mismo González Urbaneja concluyó que *“el informe asume y consagra un sistema desleal de doble financiación, sin reparar o escindir, nítida e inequívocamente, la programación de servicio público y la programación comercial”*.

La clave para decidir sobre la legitimidad de la financiación de *RTVE* había pues que situarla en cuáles fueran los contornos de la noción de servicio público. A esta cuestión se refería, igualmente, la doctrina administrativista (Souvirón Morenilla; *op. cit.*): *“Lo que nos lleva al tema de fondo: cómo distinguir la actividad de servicio público de la actividad no vinculada a éste, y, por ende, no subvencionable, que las entidades prestadoras del servicio público de radio y televisión pueden también llevar a cabo; cómo distinguir objetivamente — dado el carácter omnicompresivo de la función de servicio público tal y como la misma se define legalmente y el propio alcance de la cláusula que comentamos— la actividad radiotelevisiva de tales entidades y la llevada a cabo por los operadores privados de radio y televisión. Con las consecuencias que lógicamente ello puede tener en el plano de la cobertura financiera de la radiotelevisión pública”*.

(3) El modelo normativo de financiación de RTVE

El mismo sería el implantado, principalmente, a través de la Ley de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (Ley 8/2009, de 28 agosto; RCL 2009\1707). La novedad más importante que tal norma supuso fue, sin duda, la prohibición de que la *Corporación RTVE* pudiera obtener ingresos a través de la publicidad o del patrocinio en cualquiera de sus formas (Art. 7).

Otras novedades, indudablemente de importancia también, iban referidas a contenidos *premium* deportivos y cinematográficos, y consistían, respectivamente, en la limitación al 10 % del presupuesto anual total de *Corporación RTVE* de la adquisición de derechos de emisión de los eventos deportivos oficiales, salvo los Juegos Olímpicos y Paralímpicos, catalogados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como de interés general y de gran interés para la sociedad (Art. 9.1.i) y en la prohibición de emitir, en el conjunto de sus canales, más de 52 películas de estreno al año, en horario de máximo consumo televisivo, realizadas por las grandes productoras cinematográficas internacionales (Art. 9.1.m).

Precisamente, con relación a este punto podría hablarse de la decisión de la *UEFA* en 2011 de adjudicar a *TVE* y a *TV3*, por una cifra que se especulaba, pudiera rondar los 41 millones de euros (36 *RTVE* y 5 *TV3*), los derechos para la emisión en abierto de los partidos de la Liga de Campeones para el periodo 2012-2015. *Telecinco* denunciaba que los fondos públicos, a los que ella misma contribuía con el 3 % de sus ingresos, habían permitido a *TVE* sobrepasar por esos contenidos de gran valor. La *UEFA* había subastado los derechos de la *Champions* en distintos paquetes, que incluían partidos en abierto, tanto en directo como en diferido, resúmenes y partidos en pago. En este último caso, la adjudicación se la había llevado *Digital +*. En 2008, *TVE* y las autonómicas de la *FORTA* se hicieron también con los derechos en abierto por tres temporadas.

En el Art. 2 de la Ley se enumeraban los recursos para la financiación de la *Corporación RTVE* y sus sociedades prestadoras del servicio público, a saber: **(a)** las compensaciones con cargo a los presupuestos generales del Estado por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público; **(b)** un porcentaje sobre el rendimiento de la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico regulada en la Ley General de Telecomunicaciones; **(c)** las aportaciones a realizar por los operadores de telecomunicaciones de ámbito estatal o supraautonómico; **(d)** las aportaciones a efectuar por las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito estatal o supraautonómico; **(e)** los ingresos obtenidos por los servicios prestados y por el ejercicio de sus actividades de conformidad con la propia Ley 8/2009; **(f)** los productos y rentas de su patrimonio; **(g)** las aportaciones voluntarias, subvenciones, herencias, legados y donaciones; **(h)** los ingresos procedentes de las operaciones de crédito concertadas con sujeción a los límites impuestos legalmente; e **(i)** otros ingresos de Derecho Público o Privado que les fueran atribuidos por alguno de los modos previstos en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Art. 3 especificaba que los ingresos referidos en las letras **(a)** a **(d)** sólo podían destinarse a la financiación de actividades que fueran de servicio público. Es decir, que era aquí dónde se concentraba toda la problemática expuesta en los anteriores epígrafes. Los Arts. 4 a 6, integrantes del Capítulo II (“Ingresos por tasas y aportaciones”), se ocupaban, de manera correlativa, del porcentaje de la tasa sobre reserva de dominio público radioeléctrico, de las aportaciones a realizar por los operadores de telecomunicaciones y de las que debían

realizar las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de TV, es decir, letras **(b)** a **(d)** respectivamente.

Posteriormente, el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrollaba la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la *Corporación de Radio y Televisión Española*, centró la principal parte de su contenido en las aportaciones que debían realizar los operadores de telecomunicaciones y las que debían realizar las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de TV, o lo que es igual, en las que venimos refiriendo bajo las letras **(c)** y **(d)**.

En su virtud, quedaban obligados al pago de la aportación los operadores de comunicaciones electrónicas inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en quienes concurrieran las siguientes condiciones: **(i)** ámbito geográfico de actuación estatal o superior al de una Comunidad Autónoma; **(ii)** prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía fija, telefonía móvil o acceso a IT); **(iii)** prestación simultánea de algún servicio audiovisual en los términos de la LGCA u otro que incluyera algún tipo de publicidad (Art. 4).

Por otra parte, también quedaban obligados al pago de la aportación los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva, tanto en abierto como en condicional de pago, siempre que el servicio tuviera un ámbito geográfico estatal o superior al de una comunidad autónoma (Art. 5).

En la versión de Anteproyecto de la Ley de Financiación, la previsión del Gobierno era la de que dos tercios de los ingresos de *RTVE* procedieran de la subvención anual que recibía del Estado (555,3 millones de euros en 2009) y de la tasa por el uso del espacio radioeléctrico, que se destinaría en un 80 % a la Corporación. El tercer tercio debía financiarse a través de las aportaciones que sufragarían las televisiones privadas (un 3 % de sus ingresos) y las operadoras de telecomunicaciones (un 0,9 % de sus ingresos). También debían sumarse los ingresos por la venta de sus servicios y productos, aunque apenas supondrían un 1% de su presupuesto, el cual pasaría de 1.100 a 1.200 millones de euros (Fuente Edición Digital de Cinco Días de 9 de mayo de 2009).

El Anteproyecto fue remitido, además de al CNC (ver más abajo), a otros órganos consultivos, CMT y Consejo de Estado, y, a resultas de los dictámenes de los mismos, se propuso, en primer lugar, mantener la aportación del 3 % sólo para las televisiones en abierto, reduciéndola al 1,5 % en el caso de las televisiones de pago, toda vez que, al tener estas últimas una menor participación en el mercado de la publicidad, iban a beneficiarse en menor grado del nuevo esquema de financiación de *RTVE*.

(4) La valoración por la Comisión Nacional de la Competencia del modelo de financiación

El CCNC aprovechó su Informe sobre el Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual para realizar una serie de observaciones sobre el Proyecto de Ley de Financiación de la *Corporación Radiotelevisión Española*.

La CNC llamaba la atención sobre el hecho de que la financiación de la *Corporación RTVE*, en la medida en que implicara ayuda del Estado, dado el carácter público de los fondos comprometidos a la financiación de la Corporación, a través de la figura tributaria de

las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas y audiovisuales, podía ser contraria al Derecho Comunitario, al no cumplir con algunos de los cuatro requisitos definidos en la sentencia *Altmark* y desarrollados en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, aprobada el 2 de julio de 2009 (*vid supra* lo dicho sobre el contenido de esta Comunicación). Así, el CCNC hizo hincapié en la necesidad de pasar el nuevo sistema de financiación por el filtro que suponía la Comunicación de la Comisión, en especial en lo concerniente a la adecuación de la compensación a los costes derivados de la prestación del servicio público televisivo.

Por otra parte, para la CNC, la sustitución del régimen económico vigente hasta entonces, en particular mediante la eliminación de la publicidad en la Corporación y las limitaciones relacionadas con la adquisición o emisión de contenidos *Premium*, debía llevarse a efecto de la manera que menos limitara el juego de la competencia en el mercado. Por ello, respecto de la aportación impuesta a los operadores de TV y a los de telecomunicaciones, conforme a los porcentajes arriba expuestos (0,9 % para operadores de telecomunicaciones, 3 % para operadores de TV en abierto y 1,5 % para operadores de TV de pago), en el Informe se hicieron también importantes reflexiones.

En primer lugar, si bien podía reconocerse sin dificultades que el nuevo modelo de financiación beneficiaba directamente a los operadores de TV, era muy dudoso que lo anterior se diera también respecto de los operadores de telecomunicaciones. Lo anterior había que ponerlo en relación con las referencias contenidas en la Memoria justificativa y en la Exposición de Motivos del Proyecto, a tenor de las cuales, quienes resultasen más beneficiados por el nuevo modelo de financiación de la Corporación RTVE habrían de ser también quienes más contribuirían a su sostenimiento.

En efecto, para el CCNC resultaba muy discutible la afirmación de la existencia de un *“impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones que se deriva de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en especial, por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, así como la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de la CRTVE”*. El beneficio que para los operadores de telecomunicaciones podía derivar de tales factores era, cuando menos, difuso y mediato, toda vez que el beneficio inmediato era, no para los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, sino para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual digital (suministradores de contenidos digitales de banda ancha a usuarios finales), que veían ampliado el valor de su espacio publicitario. Lo anterior se ponía especialmente de manifiesto si se consideraba que a otros oferentes de espacio publicitario a través de radio, prensa escrita, publicidad exterior fija, publicidad en Internet, etc....se les eximía de tal contribución o gravamen.

Tampoco resultaba justificado eximir de tal carga a los operadores de telecomunicaciones y a los de comunicación audiovisual de ámbito autonómico. Lo anterior suponía una fuente de distorsión de la competencia, pues los mismos competían dentro del mismo mercado geográfico que los de ámbito nacional (con arreglo a criterios de sustitución en cadena; *vid infra*) y, tras ser eximidos, en condiciones mucho más ventajosas. Dadas las anteriores objeciones, el CCNC hubiera considerado preferible un sistema similar al impuesto para la financiación del servicio universal en materia de telecomunicaciones, donde todos los operadores contribuyeran en proporción a sus volúmenes de ingresos e, incluso,

introduciendo factores de progresividad y de exención para operadores que no rebasaran determinado umbral.

Estas advertencias del CCNC parecieron verse confirmadas por la propia Comisión Europea, para quien el gravamen podría ser ilegal porque las normas europeas (la Directiva 2002/20, en concreto) establecían que las tasas pagadas por las compañías de telecomunicaciones para poder operar sólo podían destinarse a “*financiar las actividades de la autoridad nacional de reglamentación relativas a la gestión del sistema de autorización y el otorgamiento de derechos de uso*”; añadiéndose que “*tales tasas deben limitarse a cubrir los gastos administrativos reales de estas actividades*”. La tasa española impuesta a las operadoras de telecomunicaciones no cumplía ninguna de esas condiciones. La Comisión ya había abierto un expediente similar contra el sistema de financiación de las televisiones públicas francesas, que sirvió de modelo al de *Radiotelevisión Española*; y también, en octubre de 2010, remitió al Gobierno español un dictamen motivado en el que le instaba a suprimir la tasa, equivalente al 0,9% de los ingresos brutos anuales de las operadoras de telecomunicaciones. De mantener ambas partes sus posiciones, el caso acabaría ante el Tribunal de Justicia de la UE.

También la CNC, en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afectasen a la competencia, que le atribuía el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, emitió un Informe centrado en el Proyecto del que luego llegaría a ser el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrollaba la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la *Corporación de Radio y Televisión Española*. Este nuevo Informe fue emitido por la CNC ya después de la Decisión de la Comisión Europea relativa a esa misma valoración, a que nos referimos en el epígrafe siguiente.

La CNC advertía de la posibilidad de que el nuevo modelo pudiera seguir suponiendo distorsiones significativas entre la posición de *RTVE* y la del resto de operadores audiovisuales. El hecho de que se fijara un importe máximo para el presupuesto por el servicio público (1200 millones de euros para 2010 y 2011), si el mismo no se fijaba con arreglo a criterios objetivos, no garantizaba que no pudieran llegar a darse esas restricciones, p.e., si la *Corporación RTVE* liderara inflaciones de precios en los mercados de la adquisición de insumos. Estimaba que “*el presupuesto anual de RTVE bajo el nuevo régimen no parece haberse fijado con arreglo a una estimación objetiva de los costes netos en que incurriría una empresa bien gestionada y adecuadamente equipada al prestar la obligación de servicio público que la Corporación tiene encomendada, sino siguiendo una dinámica continuista, si no incrementalista, a partir de los presupuestos de años anteriores*”.

El escenario podía ser doble: **(i)** si la recaudación, una vez añadidos los otros conceptos, superaba el tope máximo establecido para el presupuesto de *RTVE*, el remanente iba al fondo de reserva y, eventualmente, a los PGE como ingresos; **(ii)** si, por el contrario, los ingresos de las nuevas fuentes de recaudación fiscal no fueran suficientes para cubrir la diferencia entre la compensación tradicional por servicio público (500 millones de euros) y los costes globales de funcionamiento de *RTVE*, la Ley preveía que la diferencia se aportase vía fondos provenientes de los PGE. Cabía pensar que la situación sería de excedente, ya que las actividades económicas objeto de gravamen, en particular las de telecomunicaciones, tenían un gran potencial de crecimiento. En este escenario, el remanente no revertía a los operadores ni se les computaba para la fijación de futuros umbrales, sino que iba a presupuestos como ingresos. Sobre este punto de partida, el diseño de la aportación de los operadores

audiovisuales y de telecomunicaciones no introducía incentivos a la contención presupuestaria en años venideros, sino que incorporaba una presión al alza para el incremento del presupuesto global de *RTVE*.

(5) La valoración por la Comisión europea del modelo de financiación

Las empresas encargadas de los servicios de la gestión de servicios de interés económico general podrán ser de naturaleza tanto pública como privada (ya en la sentencia de 21 de marzo de 1974, asunto 127/73, *BR T II*, Rep. 318, par. 20, y en la sentencia de 14 de julio de 1981, asunto 172/80, *Züchner*, Rep. 2030, par. 6-7, el Tribunal de Justicia admitió la posibilidad de que empresas de titularidad privada fueran encargadas de una misión de interés económico general de las previstas en el actual 102 Ap. 2 TFUE; también lo sostuvo la Comisión en su Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa, Diario Oficial C 281 de 26.09.1996, pp. 3-12, par. 10; v. ídem nota al pie 139).

La valoración por la Comisión del modelo de financiación se contiene en la Decisión de la Comisión sobre Régimen de ayudas C 38/09 (ex NN 58/09; en DOL 4 enero 2011, núm. 1, [pág. 9]). Antes de proseguir, recordaremos que la Comunicación de la Comisión de 2001 fue sustituida por otra posterior de 2009, esta última ya ajustada a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (caso *Altmark*). En su decisión, la Comisión recordaba que *RTVE* era una empresa a la que se había confiado la prestación de un servicio de interés económico general (SIEG), a saber, el servicio público de radiodifusión. Las medidas estatales que compensasen los costes adicionales netos de un SIEG no podían ser calificadas como ayudas estatales si se cumplían todos los requisitos establecidos en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Altmark* [Sentencia de 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, *Altmark Trans* (Rec. 2003, p. I-07747)] para que las medidas de financiación pudieran considerarse una mera compensación por las obligaciones de servicio público que no conferiría una ventaja financiera a *RTVE* (*vid supra*).

Si recordamos, en la Comunicación de 2009 y en la propia sentencia *Altmark*, los cuatro requisitos eran: **(i)** misión y definición del servicio público de radiodifusión (SPR): el organismo de radiodifusión debía tener encomendado el desarrollo de la función del SPR y los contornos de éste debían quedar bien delimitados; **(ii)** objetividad, transparencia y no discriminación en la fijación de los parámetros de la compensación estatal para el servicio público; **(iii)** proporcionalidad de la compensación, de manera que la misma quedara limitada al SPR; **(iv)** atribución del SPR mediante procedimientos competitivos (licitaciones) y, cuando lo anterior no tuviera lugar, control de que el organismo de radiodifusión encargado del SPR actuaba como un empresario eficiente y en condiciones de mercado.

En su decisión, apuntaba la Comisión que no se cumplían los requisitos **(iv)** y **(ii)**. En este sentido, no se cumplía el cuarto requisito porque a *RTVE* se le encomendó la prestación del servicio público de radiodifusión, tal y como se definía en las Leyes 17/2006 y 8/2009, pero dicho ente público fue designado operador de ese servicio público por ley, no mediante licitación pública. Las autoridades españolas tampoco determinaron la cuantía de la compensación necesaria sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y equipada, habría soportado para ejecutar las obligaciones correspondientes. Tampoco se cumplía el segundo requisito porque los parámetros que servirían de base para calcular la compensación no se establecieron previamente de forma objetiva y transparente. Por tanto, no se cumplían todos los requisitos establecidos por el Tribunal y las medidas

objeto de análisis podían calificarse de ayuda estatal a tenor del artículo 107, apartado 1, del TFUE.

No obstante lo anterior, la Comisión evaluó la ayuda a los organismos públicos de radiodifusión en forma de compensación por el cumplimiento de una misión de servicio público de conformidad con el artículo 106, apartado 2, del TFUE, tomando como base los criterios establecidos en la Comunicación de 2001 sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (Comunicación sobre radiodifusión de 2001). Esta última, y no la de 2009, era la aplicable, atendiendo a la fecha de publicación de la Ley 8/2009.

Conforme a ésta Comunicación de 2001, para que a una medida le fuera aplicable la excepción del artículo 106, apartado 2, del TFUE era necesario que se cumplieran todas las condiciones siguientes: **(a)** el servicio en cuestión debía ser un servicio de interés económico general y estar claramente definido como tal por el Estado miembro (definición); **(b)** el Estado miembro debía haber confiado explícitamente a la empresa dicho servicio (misión); **(c)** la aplicación de las normas de competencia del Tratado (en este caso, la prohibición de ayudas estatales) debía impedir el cumplimiento de la misión específica confiada a la empresa y la excepción a dichas normas no debía afectar al desarrollo de los intercambios en forma tal que fuera contraria al interés de la Unión (proporcionalidad). Es decir, que la Comunicación de 2001 resultaba ser más laxa que su homónima de 2009. Así pues, en el caso concreto de la radiodifusión pública, este planteamiento debía adaptarse en vista de las disposiciones interpretativas del Protocolo de Ámsterdam, que contemplaba la *“función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro”* (definición y misión) y establecía una excepción a las normas del Tratado sobre la financiación de los servicios públicos de radiodifusión *“en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público [...] y [...] no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público”* (proporcionalidad).

La definición de servicio público, operada a través de las Leyes 17/2006 y 8/2009, no planteaba dudas a ojos de la Comisión, ni tampoco su encomienda a RTVE. Por otro lado, la cuantía de la ayuda para RTVE se establecía teniendo en cuenta únicamente las necesidades de financiación de RTVE y los costes netos estimados de la prestación del servicio público de radiodifusión. La financiación percibida por RTVE era, en la práctica y con arreglo a Derecho, independiente de la recaudación generada por los impuestos, pues dependía únicamente de los costes netos de la obligación del servicio público. La recaudación obtenida con los impuestos que se fuera a destinar a la financiación de RTVE no podía rebasar los costes netos de la obligación del servicio público (cualquier ingreso que rebasase esos costes se imputaría de nuevo en los Presupuestos Generales del Estado). Por otro lado, cuando los costes netos de la obligación del servicio público fueran superiores a la recaudación generada por los impuestos, la diferencia se completaría con contribuciones de los Presupuestos Generales del Estado.

Así, la Comisión consideraba que no existían indicios de que la compensación anual estimada para la obligación de servicio público de RTVE fuera a rebasar los costes que razonablemente cabía prever tuviera ese servicio, ni de que la ayuda fuera a superar *a posteriori* los costes netos del servicio público. La Comisión concluyó que no existía un vínculo obligatorio entre el destino de los impuestos recaudados y la financiación de la ayuda

para *RTVE*, y que dichos impuestos no afectaban a la compatibilidad de la ayuda con el Tratado. Además, el ordenamiento preveía salvaguardias para prevenir una sobrecompensación a *RTVE*, así como un procedimiento de control *ex ante* a efectos de la introducción de nuevos servicios significativos en el marco de la misión de servicio público. En fin, la ayuda en favor del organismo público de radiodifusión *RTVE* debía seguir siendo compatible con el Tratado. La financiación del organismo público de radiodifusión *Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE)*, modificada por España mediante la Ley 8/2009 relativa a la financiación de *RTVE*, era compatible con el mercado interior a tenor de artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Así pues, la Comisión concluyó que las medidas impositivas, consistentes en las aportaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas y de los operadores audiovisuales y en el porcentaje de la tasa por uso del espectro, no eran parte integrante de la ayuda. Por otra parte, su legalidad era irrelevante a efectos de valorar la compatibilidad con los Arts. 106 y 107 (antiguos Arts. 86 y 87) de la ayuda destinada a *RTVE*. Por tanto, el procedimiento de infracción en curso en relación con el impuesto sobre las comunicaciones electrónicas, por supuesta vulneración del artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE, no afectaba a la Decisión. La Comisión Europea diferenciaba, en el análisis del sistema de financiación, según las diferentes fuentes de las que ésta proviniese: los PGE y las cargas fiscales aplicadas a los operadores. No obstante, al respecto de las segundas, que eran las contenidas en la Ley 8/2009 y en el RD de desarrollo, la Comisión Europea, ya adelantaba que *“las tres medidas fiscales que se introducen...”son separables del sistema de financiación existente de RTVE*, y *“crean nuevos regímenes de ayudas”*. A estos efectos, la Comisión Europea valoraría en un futuro si *“debía incluir los efectos de los nuevos impuestos en el análisis de la ayuda estatal”* y si *“los nuevos impuestos en España formaran parte integrante de la medida, su compatibilidad con el Tratado tendría que ser evaluada por la Comisión y afectaría a la legalidad general del régimen de ayuda”*.

Así, tendrían que examinarse estas nuevas cargas fiscales a la luz de la sentencia *Regie Networks* (Asunto *Regie Networks*, C 333/07, apartado 99), en la que el Tribunal de Justicia recordó las condiciones en las que una carga fiscal formaba parte integrante de un régimen de ayudas. Este podía ser el caso cuando el impuesto se destinase a la financiación de la ayuda, afectase directamente a la cuantía de ésta y cuando los fondos no se asignasen a fines distintos de los de dicha ayuda. En conclusión, *“la Comisión tiene...dudas sobre si los nuevos impuestos forman parte integrante de la medida de ayuda y, en caso afirmativo, si estos impuestos son compatibles con el Tratado”*. Para determinar dicha compatibilidad, la Comisión Europea manifestaba que debía esclarecerse si los nuevos impuestos cumplían los criterios y límites que contenía la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. En particular, el Art. 12 de dicha Directiva establecía que las tasas administrativas que se impusieran a las empresas que prestasen un servicio o suministrasen una red al amparo de la autorización general, o a quienes se hubiera otorgado un derecho de uso, cubrirían en total, solamente, los gastos administrativos que ocasionasen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de determinadas obligaciones específicas; y se impondrían a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimizase los costes administrativos adicionales y las cargas que se derivasen de ellos.

d) Addenda: “Cierre de medios en Venezuela”

Son respuestas del Director General de Radio Televisión Caracas a preguntas de internautas en entrevista realizada a propósito de la no renovación de la licencia por parte del Gobierno venezolano (ELPAIS.com/22.05.07) las que se dejan transcritas:

“P. ¿Qué ocurrirá socialmente desde su punto de vista este próximo domingo cuando se concrete el cierre de RCTV?”

R. Venezuela perderá una de sus más importantes vías de libre flujo de información, opinión, entretenimiento y diversión. Desde el punto de vista social un amplísimo sector de la población se verá silenciada pues es por todos sabido que no tiene acceso a los medios controlados por el Estado. Será un grave golpe a la Democracia.

[...]

P. Sr. Granier, si el cierre de RCTV se concreta, ¿cree usted que los otros canales privados podrán seguir operando libremente o por el contrario el gobierno esperará otra oportunidad para cerrarlos uno a uno hasta que sólo los medios oficiales puedan verse en Venezuela?”

R. En Venezuela se ha venido ejecutando un ataque sistemático contra la Libertad de Expresión. El cierre de RCTV es una medida extrema y groseramente arbitraria que se ejecuta pues en este canal no ha sido posible que las presiones del gobierno generen la autocensura que ya observamos en otros medios. Desafortunadamente seguirá el ataque a otros medios y el proceso de desmantelamiento democrático que venimos sufriendo.

[...]

P. ¿No cree Ud. que la no renovación de la licencia de emisión (que no retirada, ni mucho menos supresión, etc.) es lo menos que le puede pasar a una emisora que deja de ser una empresa de información y entretenimiento para convertirse en centro de propaganda y ponerse al servicio de fuerzas reaccionarias, antipopulares y golpistas?”

R. Respetuosamente creo que Ud. debe acercarse más a los medios controlados por el Gobierno para corroborar como se ejecuta el plan de la «Hegemonía Comunicaciones e Informativa» al cual han hecho referencia importantes voceros del gobierno.

[...]

P. Marcel ¿Cómo es posible que un gobierno elegido democráticamente se deslegitime con su acción de gobierno privando, por ejemplo, a una importante porción de la población de su país de la oportunidad de gozar de los más elementales derechos constitucionales como puede ser el respeto por los derechos humanos, y los países democráticos occidentales no planten cara y le aislen. El petróleo puede ser la clave en este caso?”

R. La Democracia no es solo la posibilidad de ejercer el derecho al sufragio. Según la Carta Democrática Interamericana hay una serie de principios y fundamentos que la definen. Desde la transparencia en el uso de los recursos públicos, hasta el sometimiento de la autoridad militar a la civil, pasando por el respeto a las minorías y la garantía a los derechos humanos. Así que ciertamente es posible que personas que hayan llegado al poder a través de los votos luego no se sometan a estos principios y se conviertan en dictadores. Desgraciadamente la Historia nos brinda delicados ejemplos de esta circunstancia.”

3. LA SITUACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

a) Aproximación

Sin perjuicio de los particulares análisis realizados por las autoridades de la competencia en casos concretos estudiados en otras partes de este trabajo, pasaremos aquí a realizar una exposición general de la situación en el ámbito de la UE, en primer lugar, de los contenidos multimedia, en segundo término, de las redes y servicios, conceptos ambos englobados por el más amplio de transmisión, y, por último, de la TV.

Dicha exposición se hace posible a partir, fundamentalmente, de una síntesis de distintas fuentes europeas (resoluciones, comunicaciones e informes de las instituciones comunitarias⁷) y ofrecerá, con el complemento del apartado anterior de esta tesis, una perspectiva ya suficiente como para afrontar el estudio de los mercados concretos más estrechamente relacionados con las actividades de difusión televisiva.

b) Contenidos⁸

i) Situación general europea en el sector de los contenidos audiovisuales y multimedia

El mercado europeo de los contenidos multimedia presenta como característica esencial la de que la oferta aparezca mejor organizada que la demanda. La primera procede de medianas y pequeñas empresas (incluso microempresas cuya supervivencia depende del éxito de un

⁷ Dejando al margen las concretas fuentes que serán objeto de cita en nota al pie en otros epígrafes de este apartado y aún en la parte de la tesis dedicada a la bibliografía, cabría enumerar los siguientes materiales: **(1.º)** Vigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario (2002); /* COM/2003/0669 final */; **(2.º)** Informe de la Comisión - XXXº Informe sobre la política de competencia 2000; /* SEC/2001/0694 final */; **(3.º)** Informe de la Comisión - XXXI Informe sobre la política de competencia 2001/* SEC/2002/0462 final */; **(4.º)** Informe de la Comisión - Primera parte - XXXII Informe sobre la política de competencia 2002; /* SEC/2003/0467 final */; **(5.º)** Informe de la Comisión - Primera parte - XXXIII Informe sobre la política de competencia - 2003; /* SEC/2004/0658 final */; **(6.º)** Informe de la Comisión - XXXIV Informe sobre la política de competencia 2004; /* SEC/2005/0805 final */.

⁸ Puede destacarse como material de consulta para este epígrafe: **(1.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital (COM/99/0657 final); **(2.º)** Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo por la que se adopta el programa plurianual de la Comunidad para fomentar el desarrollo de la industria europea de los contenidos multimedia y la utilización de éstos en la naciente sociedad de la información (INFO2000) [COM(95)0149 - C4-0383/95 - 95/0156(CNS)] (Procedimiento de consulta); DO C 117 de 22.4.1996, p. 37; **(3.º)** Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Informe sobre la realización y los resultados provisionales de los programas MEDIA Plus y MEDIA-formación (2001-2005) y sobre los resultados de la acción preparatoria «Crecimiento y sector audiovisual: iniciativa i2i audiovisual»; /* COM/2003/0725 final */; **(4.º)** Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Informe sobre la realización y los resultados del programa MEDIA II (1996-2000); /* COM/2003/0802 final */; **(5.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual; /* COM/2003/0784 final */.

único proyecto) que, con el desarrollo de las redes, van teniendo una relación más directa con el usuario final, lo que permite la aparición de ofertas cada vez mejor adaptadas a las necesidades de éste y la desaparición de los intermediarios (*vid Infra*: asunto *Telia/Telenor*).

En cuanto a la demanda, su fragmentación a causa de la existencia de importantes barreras lingüísticas y culturales obliga a los proveedores de contenidos europeos a centrarse en ámbitos nacionales, regionales y locales, siendo ésta la causa fundamental de la fractura del mercado y de que, en este segmento, no se haya aún logrado plenamente el objetivo del mercado interior europeo y una circulación satisfactoria de obras europeas no nacionales.

Éste era el motivo de que, en el preámbulo de la Directiva 89/552, de 3 de octubre de 1989, sobre la Coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Directiva de TV sin fronteras; hoy de Servicios de comunicación audiovisual), pudiera encontrarse un *desiderátum* como el del siguiente tenor: “*se buscan mercados de dimensión suficiente como para la amortización de las inversiones y que las obras europeas tengan una presencia principal en la programación de los estados miembros*”.

Por otra parte, la Comisión, ya en su Comunicación de 19 de julio de 1994 “*Europa en marcha hacia la sociedad de la información: plan de actuación*” (COM/94/347Final), subrayaba que la promoción de las obras europeas a través de los programas *Media II* no podía hacer olvidar la necesidad de fomentar la competitividad de éstas y, por otro lado, que esta competitividad en ningún caso debía ir en detrimento del mantenimiento y defensa de las particularidades lingüísticas, sociológicas y culturales en cada uno de los Estados miembros.

Como observan los autores (Aguado, G.: “*Retos de la televisión en Europa: Viabilidad y tendencias de mercado*”; Trabajo realizado en el área de investigación “*Retos y tendencias de las empresas informativas europeas*”, en el marco del Módulo Europeo Jean Monnet de la Universidad Antonio de Nebrija 2005/007; Págs. 2 y Ss.), “*la experiencia de canales basados en programas a escala europea, tal como Euronews, puede dar lugar a fórmulas informativas donde prime el tono neutral y distanciado para evitar herir sensibilidades nacionales. Posicionamiento que aunque a priori parece razonable, tiene unas consecuencias nefastas, sobre todo en lo que se refiere a la aceptación del producto audiovisual por parte de la audiencia*” (V. tamb. de la misma obra Págs. 26 y Ss.: “*4. El mercado de los contenidos: Identidad cultural y cobertura paneuropea.*”).

Contrasta la anterior situación con la de los productos americanos, que pueden venderse en condiciones muy competitivas en el mercado mundial porque sus costes de producción se amortizan, generalmente, en su propio mercado nacional, que es muy amplio y homogéneo, además de por las ventajas que ofrece la lengua inglesa con vistas a la exportación.

Entre nuestra doctrina (Crusafon, C.: “*El espacio audiovisual europeo: análisis de la industria audiovisual y de las políticas europeas en la década de los noventa*”, Bellaterra, tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona), se ha definido un espacio de comunicación como “*un término cartografiado, con unos circuitos propios de comunicación, con unos referentes lingüísticos y culturales comunes, fruto de la conjunción de diferentes ámbitos de recepción de los distintos medios que actúan sobre el mismo, y con una triple dimensión: económica, política y cultural*”. De esta definición cabe inferir la inexistencia, aún hoy, de un espacio de comunicación europeo a diferencia de lo ocurrido en EE.UU. Los espacios de comunicación serían más bien los nacionales.

Esa falta de integración del mercado europeo y la solidez del norteamericano, junto con los elevados costes de producción de títulos multimedia europeos de calidad y las dificultades de acceso a los mercados de capital para obtener financiación, son el principal motivo de que no sea posible obtener la masa crítica de abonados necesaria para la recuperación de las inversiones y de que el retraso con respecto al mercado norteamericano pueda cifrarse en unos 5 años (sobre la atomización y debilidades de la industria cinematográfica española, V. José María Álvarez Monzoncillo y Javier López Villanueva, *“La situación de la industria cinematográfica española: políticas públicas ante los mercados digitales”* en Fundación Alternativas 2006, Págs. 7 y Ss.).

Las dificultades de los productores independientes frente a los grandes estudios a la hora de obtener financiación para sus proyectos han sido destacadas por Andreas Koule, de *IM Internationalmedia*. Los grandes estudios disfrutan de un sistema de financiación muy flexible que comprende un importante capital propio, una línea de crédito, sus propias ventas y otras fuentes privadas. Además, la distribución de sus productos, a escala mundial, les permite obtener economías de escala y amortizar sus inversiones en un menor tiempo. La financiación de los productores independientes resulta mucho menos flexible: al carecer de capital propio, tienen más complicada la obtención de financiación ajena y la distribución de sus productos queda muchas veces limitada al mercado nacional. El cine es considerado como un negocio de riesgo, lo que el citado autor resume en tres ideas: (a) *“Hay mucha gente que ha perdido mucho dinero en el cine y, por eso, la industria del cine siempre se está reinventando”*; (b) *“La investigación no disminuye la incertidumbre”*; y c) *“El tiempo que transcurre desde el desarrollo de la idea hasta la producción es muy largo”*. Frente a estas incertidumbres, los productores independientes se encuentran mucho menos armados que los grandes estudios que presenten un elevado índice de integración vertical, sobre todo, en los eslabones de la producción y de la distribución. Alguna solución se ofrece para lo anterior y para minorar esos riesgos e incertidumbres como, por ejemplo, el recurso al *product placement*, es decir, a contar con anunciantes como inversores en producción. Los grandes anunciantes que acuden al cine son los mismos que los de la pequeña pantalla, por eso las televisiones no rechazan esas películas, aunque vayan cargadas de menciones publicitarias (V. Perspectivas del mundo de la comunicación; *“Los desafíos de la TV pública en Europa”*; Artículo publicado por la Facultad de Comunicación de la Universidad de Navarra).

Abundando sobre lo anterior, cabe destacar como, durante todo el período 1996-2000, la industria audiovisual europea experimentó un importante déficit comercial con respecto a la norteamericana, más de 6.000 millones de dólares de promedio, que en 2000 llegaron a ser 8.200 (un 14 % más que en 1999). Dicho déficit, que ha venido presidiendo las últimas décadas y perdurando hasta nuestros días, se ha hecho aún más perceptible a lo largo del último lustro y puede afirmarse que trasciende de lo meramente coyuntural para tomar tintes de estructural. No obstante y pese al atraso descrito con relación al mercado americano, han podido observarse a lo largo de todos estos años ciertos signos positivos: p.e., el mercado audiovisual europeo representó casi 95.000 millones de euros en 2001, con un incremento del 5,2 % con respecto a 2000, incremento que confirmaba una tendencia positiva constante traducida en un crecimiento del 35 % con relación a 1997. En el caso de España, el volumen del negocio audiovisual fue de 3.100 millones de euros en 2002 y de 4.300 millones en 2005 (Fuente: Martínez, T.; *Vid Infra*).

A partir de todas las anteriores reflexiones se explica, entre otras cosas, la situación a la que se aludirá de absoluta dependencia de los operadores de TV frente a los grandes estudios

estadounidenses (vid *Infra*: asunto *Sogecable*). El sector audiovisual europeo está dominado por producciones americanas y los datos al respecto son abrumadores. Los Estados Unidos controlan entre un 60 y un 90 % del mercado audiovisual de los países miembros de la UE, mientras que éstos sólo tienen en sus manos entre un 1 y un 2 % del mercado norteamericano.

ii) Contenidos para cine

En cine (incluido vídeo), que en 2001 supuso el 15 % del mercado audiovisual europeo, frente al porcentaje de 2/3 correspondiente a la TV (el resto del mercado audiovisual quedaba cubierto por las grabaciones musicales y el *software* de entretenimiento), los *films* americanos han venido acaparando la mayor parte del mercado, un 66 % en 2000, seguidos de las obras nacionales. Las películas europeas no nacionales ocupaban la tercera posición, a gran distancia. Estas últimas se exportaban poco, rara vez superaban las 50.000 entradas fuera de sus países de origen y, en su conjunto, apenas si llegaban a alcanzar un 11 % de la cuota del mercado europeo.

Lo anterior tenía, como veremos, también importantes repercusiones en los mercados nacionales de TV de pago en Europa, toda vez que uno de los pilares sobre que se asienta la oferta televisiva de las compañías dedicadas a ese ramo del negocio es, precisamente, el de unas películas tan atractivas como para servir de enganche a los abonados. Así, se observa como el incremento de la competencia en el ámbito de la TV tiene el efecto de incrementar los beneficios en el segmento ascendente de los contenidos *premium* cinematográficos. Si se considera que sólo las producciones de los grandes estudios norteamericanos llegan a tener ese valor *premium*, fácil es deducir la situación de dependencia en que se encuentran las cadenas de pago europeas con respecto a aquellos [sobre el papel de los contenidos *premium* en el éxito de los nuevos servicios media y 3G, puede verse M. Monti, “*Access to Content and the Development of Competition in the New Media Market – the Commission’s approach*”, *Speech (No.04-353) given at the Workshop on Access to Quality Audio-Visual Contents and Development of New Media, Brussels 8 July 2004, p. 1 (4)*].

Y en cuanto a las cadenas que emiten en abierto, tampoco es despreciable el valor que las producciones norteamericanas aportan a su parrilla con vistas a la captación de audiencia y, en consecuencia, de ingresos por publicidad. Si bien es cierto que su importancia no llega a ser la que revisten en el sector de la TV de pago y, en este sentido, cabría observar como en el informe de la CMT correspondiente al año 2003 parecía confirmarse que el cine tendía a desaparecer de las primeras posiciones de audiencia de la TV en abierto, relegado al puesto 24, lo que confirmaba que la TV en abierto dejaba de competir en este segmento, abandonándolo, aunque fuera sólo parcialmente, en beneficio de la TV de pago.

De esta tendencia podía también ser buena muestra el dato de que, en nuestro país, una cadena como *Telecinco* pudiera prescindir, en gran medida, de las películas norteamericanas apostando por la producción nacional y propia. El caso de *Telecinco* resultaba, en efecto, paradigmático. Hacia mayo de 2003, la prensa económica (Diarios Expansión y la Gaceta de los Negocios) informaba de que *Telecinco* no renovarían sus contratos con *Disney-Buenavista* y de las previsiones de la cadena de ir reduciendo, de modo paulatino, sus inversiones en cine estadounidense. En enero de 2005, los niveles de producción propia (informativos, entretenimiento y series de ficción nacionales) de la cadena se situaban en el 80 % (Diario Expansión de 14 de enero de 2005).

Las razones de la situación de hegemonía del cine norteamericano dentro del segmento audiovisual europeo que hemos comenzado describiendo son diversas y de difícil simplificación. En las fases previas de la producción (preparación del guión, planificación financiera y definición del plan de comercialización), las inversiones de la industria europea se revelan insuficientes y se sitúan en apenas un 3 % del presupuesto total de dicha producción, muy lejos del 12 % que dedica la norteamericana. A todo lo anterior cabría sumar la falta de formación de los profesionales europeos que dificulta la identificación clara de una estrategia empresarial.

El segmento descendente de la distribución se encuentra, además, copado por las distribuidoras americanas que representan en Europa alrededor del 50 % por término medio, llegando al 80 % en el Reino Unido y al 70 % en Alemania, lo que permite un fácil acceso del producto estadounidense a las salas europeas de proyección del que no disfrutaban las obras europeas no nacionales. En 1996, el 75 % de los ingresos de las salas europeas procedían de producciones norteamericanas.

En el muy largo plazo podría ejercer alguna influencia sobre esta situación el desarrollo del “cine electrónico”, que comienza a barajarse como opción a raíz de las nuevas posibilidades de distribución paneuropeas que están generando las tecnologías digitales, las cuales pueden posibilitar asimismo el establecimiento de centros locales polivalentes en áreas con menor densidad de población. Con la expresión “cine electrónico” se hace referencia a la transmisión electrónica a una pantalla de cine. En el sector se ha empleado también el término “cine digital”, lo que significa que la imagen final es el resultado de una cadena digital de extremo a extremo (emisión digital en origen), o bien que dicha imagen final resulta de la proyección digital de material procedente de películas previamente transferido a un medio digital. La Comisión apuntó a la posible incidencia de este “cine electrónico” sobre el índice de rentabilidad de los distribuidores de películas y propietarios de salas de cine (puede verse la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual; /* COM/2001/0534 final */; DO C 43 de 16.2.2002; Págs. 6 a 17).

Los principales representantes de la industria cinematográfica y de contenidos, de los proveedores de servicios de Internet y de los operadores de telecomunicaciones de la UE y los EE.UU. aprobaron el 23 de mayo de 2006 en el Festival de Cine de Cannes, la Carta europea del cine en línea, que elaboraron conjuntamente bajo los auspicios de la Comisión Europea. Por ejemplo, en abril de 2009, el número de salas que ofrecían difusión digital en España era de 161 y, en toda Europa, de 1.731 (Fuente: “¿Hacia un pacto de Estado por el cine?”; en Diario El Mundo de 10 de diciembre de 2009).

Sobre las oportunidades brindadas por la digitalización en la distribución cinematográfica, puede consultarse José María Álvarez Monzoncillo y Javier López Villanueva, “*La situación de la industria cinematográfica española: políticas públicas ante los mercados digitales*” en Fundación Alternativas 2006, Págs. 34 y Ss. Puede también consultarse “*Distribución y exhibición cinematográfica en España. Un estudio de situación del negocio en la transición tecnológica digital*” (Tesis presentada por Jessica Izquierdo Castillo, Departament de Filosofia, Sociologia, Comunicació Audiovisual y Publicitat, Castellon 2007). La autora destaca en sus conclusiones como, a diferencia de los otros dos principales hitos – introducción del sonido y del color en el cine –, que afectaban a aspectos puntuales del

producto fílmico, la digitalización afectará a muchos niveles y tendrá un mayor calado, al entrañar una sustitución del “rollo de película” por “la señal”. Igualmente, pone de relieve, en particular mediante entrevistas dentro del sector, que el fenómeno de la digitalización se acepta como inevitable dentro de la industria del cine, por más que aún persistan incógnitas respecto de los modos de financiación.

A reserva de lo que dé de sí la digitalización en el campo de la exhibición cinematográfica, lo cierto es, como venimos diciendo, que resulta irrefutable la prevalencia del cine norteamericano sobre el europeo. Así, por ejemplo, en el ámbito de la UE el número de producciones cinematográficas en 2002 alcanzó la cifra de 630, casi la misma que en 2001 y un 13 % más que en 1997, frente a la de 450 correspondiente a Estados Unidos. Sin embargo, una parte muy considerable de la producción europea no atrajo a una masa crítica de audiencia en salas de cine, al no superar el número de cien mil espectadores.

Dicha producción europea se encontraba concentrada en un número reducido de países, a saber, Francia, Reino Unido, Italia, España y Alemania, en tanto que otros como Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal y Suecia vendrían a caracterizarse como países con una escasa capacidad de producción. La significativa ola de coproducciones europeas, unas 250 en 2002, con la participación de algunos de esos principales estados productores, al calor de programas de estímulo a que se aludirá, pretendieron rebasar esos umbrales críticos.

Las productoras cinematográficas europeas topan - se ha dicho - con serios obstáculos en el acceso a los medios de financiación como consecuencia de los riesgos implícitos en su actividad, la limitación de sus fondos propios y la incierta rentabilidad de sus proyectos, a expensas de variables de tan difícil previsión como los gustos del público o los aspectos culturales. Especial síntoma de lo anterior, inscrito, por lo demás, en la tendencia mundial de ralentización del crecimiento económico iniciada a raíz de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, fue el retroceso a lo largo del periodo comprendido entre 2001 y 2003 del número de *films* prefinanciados por las cadenas de TV, que tendieron a sustituir aquéllos por *telefilms* nacionales y *reality shows* (con unos costes de producción relativamente bajos y gran adaptación a los contextos nacionales).

Fijando la atención en el mercado español, durante el año 2005 se estrenaron en España 128 películas españolas frente a 441 películas del resto del mundo. La cuota de mercado del cine español fue en el mismo año del 16,7 % para un mercado global de 627,3 millones de euros. Respecto a la asistencia a salas, el número total de espectadores fue de 126 millones (frente a 144 millones en el 2004), de los que 21 millones correspondieron a películas españolas. No obstante, sólo tres películas españolas estuvieron entre las veinticinco películas más taquilleras, lo que parecía implicar que las películas españolas, salvo casos aislados, cubrían un mercado de nicho (Fuente: GAPTEL (2006); “*Contenidos digitales. Nuevos modelos de distribución On Line*”, Pág. 57). En 2007, según datos del Ministerio de Cultura, se estrenaron en nuestro país 611 producciones estadounidenses, que recaudaron en las salas de cine más de 380 millones de euros, y 337 españolas, con una recaudación de 70,8 millones de euros.

En nuestro país se observaba como las tres fuentes de financiación de las obras cinematográficas eran la TV, las salas de proyección y el Estado a través de subvenciones. Las subvenciones cubrían el 22 % del coste total de una película. Las TV entre un 35 y un 40 % de dicho coste, a cambio de pases ilimitados durante cinco años. Finalmente, las salas de

proyección venían a contribuir con un 15 %, aproximadamente. Otras fuentes marginales de ingresos eran las constituidas por la explotación del *film* por otras ventanas, Vg. vídeo o DVD. Frente a los 80.000.000 € que podía llegar a costar la producción de una película norteamericana, una española podía alcanzar los 2.500.000 € y una francesa unos 6.000.000 € (con excepciones recientes como la constituida por el estreno en EE.UU. en noviembre de 2009 de la película española *Planet 51* creada por *Ilión Studios*, que supuso una inversión superior a 50 millones de euros). En Francia el cine francés disfrutaba de una cuota de mercado del 40 % y en España el español de una del 15 % [datos aportados por el productor Andrés Vicente Gómez y el Profesor de la Universidad de Zaragoza Luis Alegre ante el Consejo editorial de Recoletos (Expansión de 2 de agosto de 2004).].

En 2010, el cine español recaudó más en el exterior que en el mercado nacional, con 90 millones de euros, frente a los 80,27 de las salas cinematográficas españolas. También fue mayor el número de personas que vieron cine español en el extranjero que las que lo hicieron dentro de España, 16,3 millones y 12,9 millones, respectivamente. Sin embargo, la recaudación internacional llegó a bajar un 60 % con respecto a 2009, en que dicha recaudación fue de 144 millones de euros. Esos 54 millones de más recaudados en 2009 fueron por el solo efecto de *Planet 51*, lo que se interpretaba como síntoma de fragilidad de una industria en la que una o dos películas podían llegar a alterar drásticamente el nivel de recaudación (Fuente: Pérez, P., Presidente de la *Asociación de Productores, FAPAE*, en la presentación de la VI edición de Madrid de *Cine-Spanish Film Screenings*).

iii) Contenidos para televisión

Sin perjuicio de que en la parte final de este apartado de la tesis nos dediquemos a reflexionar sobre la evolución del segmento de la difusión televisiva en Europa, cabría ahora, y ciñéndonos a los contenidos, que dejáramos apuntados algunos datos.

Dentro del segmento audiovisual, la situación general de déficit con respecto al mercado norteamericano se hacía también perceptible en el ámbito de la comercialización de derechos para TV ya desde el comienzo de la década: 2000 arrojó un déficit estimado en torno a 4.100 millones de euros, es decir, un incremento del 17,5 % respecto a 1999, sobre el déficit audiovisual total, apuntado más arriba, de 8.200 millones de euros. Este desequilibrio comercial se mantuvo en 2001.

En 2001, encuestas especializadas (Informe 2001 “Ficción televisiva en Europa” de *Eurofiction*) realizadas en los principales mercados europeos revelaron que la programación de estreno de ficción televisiva de origen nacional estaba aumentando y tendía a predominar durante las horas de mayor audiencia, mientras que la ficción importada, de Estados Unidos principalmente, seguía ocupando sobre todo el resto de franjas horarias dedicadas a la ficción [sobre la evolución de la producción propia de series de ficción en España y Europa, puede verse Lorenzo Vilches, Rosa A. Berciano y Charo Lacalle, “*La ficción nacional, por fin a escena*”, en *Anàlisi* 23, 1999 (25-57)]. La presencia de ficción televisiva y de largometrajes europeos no nacionales fue bastante limitada, pero el número de títulos de ficción coproducida a escala europea siguió recuperándose desde la caída registrada en 1999.

En el caso español, el informe de la CMT correspondiente a 2004 confirmaba que las series de producción nacional habían llegado a desplazar a las de producción internacional, sobre todo de EE.UU., hasta el punto de eliminarlas en horario *prime-time*. No obstante, para 2006, el informe de la *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda)*

presentado en 30 de noviembre de 2007 revelaba que, del tiempo total dedicado por las cadenas españolas a las series de ficción, casi el 51 % correspondió a series estadounidenses, el 17 % a series españolas, el 6 % a series europeas y el 25 % a series de otras nacionalidades.

El informe de la misma *Egeda*, fechado a finales de 2009, confirmaba que las cadenas nacionales seguían apostando por las series de ficción de producción española. En el periodo 2006-2008, el 52 % del total de las series de ficción emitidas eran norteamericanas, frente al 16,2 % de ficción nacional. A pesar de lo anterior, en 2008 las 20 series de ficción de más audiencia fueron españolas. La razón era que éstas se emitían en *prime time*, mientras que las demás se relegaban a los horarios de mañana y madrugada. Ayudaba también a lo anterior el dato de que las series de ficción españolas pudieran llegar a comercializarse con una cierta facilidad en el extranjero.

La situación era muy diferente, como se ha comentado, en el caso de los largometrajes. La presencia de películas españolas, de directores como Trueba, Garcí o Berlanga, por citar algunos, en cadenas nacionales era cada vez más escasa. Según datos de la misma *Egeda*, a fines de 2009, a pesar de que las cadenas en abierto iban emitiendo más cine, el peso de los largometrajes nacionales en televisión caía, por vez primera, por debajo del 10 %. Con datos de las 22 cadenas que operaban en abierto en España, el informe constataba que, en 2008, las televisiones emitieron 14.542 largometrajes, un 13,7 % más que en 2007 y casi un 50 % más que en 2006. Sin embargo, la presencia de títulos españoles se había ido reduciendo paulatinamente, desde el 12,7 % de inicios del trienio hasta el 9,2 %. Eran las películas estadounidenses las que copaban mayoritariamente la pequeña pantalla (un 69 % del total en 2008).

iv) Medidas de estímulo

(1) Generalidades

Junto al fin económico de promover la consolidación del mercado interior en el sector audiovisual, la política de las instituciones europeas se dirige también a otros más ligados a valores como los de la diversidad cultural y lingüística, que se afirman compatibles con el desarrollo de una identidad común sobre la que erigir una ciudadanía europea (a lo que se considera ayudará la circulación de obras europeas no nacionales), y la protección de los menores y de la dignidad humana así como la de los consumidores [v. 2006/515/CE: Decisión del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (DO L 201 de 25.7.2006, p. 15/30)].

Con el objetivo de proteger su propia diversidad cultural y promover las producciones locales, la UE solicitó a la Organización Mundial del Comercio, y obtuvo de ella, lo que se conoce como “la excepción cultural”, que permite que los Estados miembros de la Unión no abran sus mercados a los productos culturales, como por ejemplo las películas, en el mismo grado que lo hacen para otros productos importados del exterior. Como explica el Profesor Llorens-Maluquer (“*Concentración de empresas de comunicación y el pluralismo: la acción de la UE*”; tesis doctoral dirigida por Emili Prado; 2001), sólo la existencia de una determinada política de la UE permite manejar el concepto de espacio audiovisual europeo, el cual habría nacido en términos defensivos, sobre todo frente a la producción estadounidense. Esta circunstancia quedó puesta de relieve en la firma del acuerdo final del

GATT en 1994 y en la asunción de la denominada excepción cultural. Frente a la presión combinada del gobierno norteamericano y de su poderosa industria, representada por la *Motion Pictures American Association*, consiguieron los europeos, apelando a la diversidad cultural, que el mercado audiovisual quedara excluido de la Organización Mundial del Libre Comercio. En palabras de Waregne (“*Le GATT et l’audiovisuel*”; Bruselas CRISP, Courier Hebdomadaire 1449-1450) : “*en la lucha entre el librecambista y el proteccionista, ganó este último aprovechando razones de cultura*”.

Para la consecución de todos esos fines, en la UE se adoptan dos clases de medidas, a saber, reguladoras (sobre todo, las derivadas de la Directiva de Televisión sin fronteras, hoy Directiva de Servicios de comunicación audiovisual) y de apoyo. De las más importantes de las segundas pasaremos a hacer un repaso general en los siguientes epígrafes. El apoyo comunitario al sector audiovisual se basa en lo dispuesto en el Art. 3 del Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada (DOCE 115 de 9 de mayo de 2008): “*La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo*”.

En cuanto a las ayudas nacionales a la producción, la Comisión, en su Comunicación sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual de 26 de septiembre de 2001 (*Vid Supra*), sentó que los Estados miembros tienen libertad para apoyar su producción nacional de películas de la forma y en la cuantía que consideren más apropiada, si bien bajo ciertas condiciones enfocadas a que dichas ayudas no produzcan efectos contrarios al funcionamiento del mercado común ni falseen la competencia en el territorio de la UE. Estas dos últimas circunstancias pueden llegar a darse cuando se territorializa la ayuda, por ejemplo, exigiendo a los productores que determinada parte del presupuesto de la producción se gaste en territorio nacional, como ocurría en la decisión de 1998 relativa al régimen de ayudas francés {98/466/CE: Decisión de la Comisión de 21 de enero de 1998 por la que se aprueba condicionalmente la ayuda que Francia tiene la intención de conceder a la *Société française de production* [notificada con el número C(1998) 230]; Diario Oficial n° L 205 de 22/07/1998 p. 0068 – 0074}}.

(2) Los programas Media

La situación descrita más arriba de subordinación del mercado audiovisual europeo al norteamericano ha pretendido ser revertida o, cuando menos, atenuada a través de medidas diversas emanadas de las instituciones europeas que entroncan con los Arts. 16 (“promoción de obras europeas”) y 17 (“promoción de obras europeas de productores independientes”) de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual (anterior Directiva de TV sin fronteras).

Así, la Decisión 2000/821/CE del Consejo (DO L 336 de 30.12.2000, p. 82/91), de 20 de diciembre de 2000, relativa a la Ejecución de un programa de estímulo al desarrollo, la distribución y la promoción de obras audiovisuales europeas – programa “*Media Plus desarrollo, distribución y promoción*” – trató de implantar éste, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2005, con el objetivo general de reforzar la industria audiovisual europea tanto en el interior como en el exterior de la Unión (MEDIA : *Measures pour Encourager le Développement de l’Industrie Audiovisuelle*).

Se trataba de dar continuidad a los programas *Media* (periodo 1991/1995) y *Media II* (periodo 1996/2000) que, desde comienzos de los 90, habían venido sirviendo de estímulo a la industria audiovisual europea. Para adaptar la vigencia de los programas *Media* a la de las perspectivas financieras, la Comisión propuso al Consejo y al Parlamento Europeo en abril de 2003 que estos programas se prorrogasen hasta el 31 de diciembre de 2006.

Aquel objetivo genérico de reforzar la industria audiovisual europea se desdoblaba en otros más concretos: **(a)** “*el aumento de la competitividad del sector audiovisual europeo, incluidas las pequeñas y medianas empresas, en el mercado europeo e internacional, apoyando el desarrollo, la distribución y la promoción de las obras audiovisuales europeas, y teniendo en cuenta el desarrollo de las nuevas tecnologías*”; **(b)** “*el fortalecimiento de los sectores que contribuyen a la mejora de la circulación transnacional de obras europeas*”; **(c)** “*el respeto y la promoción de la diversidad lingüística y cultural en Europa*”; **(d)** “*la valorización del patrimonio audiovisual europeo, en particular su digitalización e interconexión*”; **(e)** “*el desarrollo del sector audiovisual en los países o regiones de escasa capacidad de producción audiovisual o de área geográfica y lingüística reducida, y la intensificación de la interconexión y de la cooperación transnacional entre pequeñas y medianas empresas*”; **(f)** “*la difusión de nuevos tipos de contenidos audiovisuales que utilicen nuevas tecnologías*”.

Para la consecución de tal cúmulo de objetivos se detallaban las medidas en un anexo, Vg., las consistentes en apoyar el multilingüismo de las obras europeas (doblaje, subtítulo, producción multilingüe y banda sonora internacional), fomentar la distribución de obras europeas *off-line* en soportes destinados al uso privado (DVD) o la de esas mismas obras en línea a través de los servicios avanzados de distribución y los nuevos medios de difusión (por ejemplo, IT o vídeo a la carta).

El programa *Media Plus* quiso reforzarse con otro específicamente orientado a la formación los profesionales de la industria europea de programas audiovisuales bajo la denominación de *Media Formación*, implantado mediante la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 19 de enero de 2001 [Decisión n° 163/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de enero de 2001, relativa a la ejecución de un programa de formación para los profesionales de la industria europea de programas audiovisuales (MEDIA-formación) (2001-2005) DO L 26 de 27.1.2001, p. 1/9]. Las dotaciones asignadas a *Media Plus* y *Media Formación* de 350 y 50 millones de euros, respectivamente, suponían un incremento sustancial con respecto a las de sus antecesores.

Siendo conscientes las instituciones comunitarias de que la digitalización y el desarrollo consiguiente de plataformas alternativas de distribución facilitarían el acceso a los contenidos audiovisuales, tanto *Media Plus* como *Media Formación* contemplaban el desarrollo de proyectos piloto como forma de adaptarse gradualmente a las nuevas tecnologías.

Del informe presentado por la Comisión sobre la realización y resultados provisionales de estos dos programas en el periodo 2001/2003 cabría resaltar los siguientes datos [Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Informe sobre la realización y los resultados provisionales de los programas MEDIA Plus y MEDIA-formación (2001-2005) y sobre los resultados de la acción preparatoria “Crecimiento y sector audiovisual: iniciativa i2i audiovisual” - COM/2003/0725 final]. Las solicitudes de apoyo financiero a través de *Media* aumentaron sin cesar, particularmente, en los ámbitos del desarrollo y de la distribución. Y así, en el

sector del desarrollo, en 2001 se presentaron 352 proyectos, 574 en 2002 y 778, en 2003. Sin embargo, mientras que estas cifras suponían un incremento del número de solicitudes del 120 % dentro del período 2001-2003 referido, el refuerzo presupuestario de los países adheridos al programa sólo permitió aumentar en un 33,5 % el número de proyectos financiados (de 209 en 2001 a 279 en 2003).

Media Plus destinó el 60 % de sus fondos a financiar la distribución internacional de películas y programas europeos. En este segmento de la distribución, el 90 % de las películas distribuidas fuera de sus países de origen disfrutaron de ayuda. En apoyo selectivo, promediando, el programa cubrió el 27 % de los costes de distribución. En apoyo automático, la ayuda generada pasó de 12,2 millones de euros en 2001 a 20 millones de euros en 2002 y de ella se beneficiaron principalmente las obras francesas y británicas.

En cuanto al estímulo de la difusión televisiva, cada obra subvencionada contó, por término medio, con 6,4 difusores. La ayuda llegó al 20 % de los costes de producción de documentales y al 12,5 % de los costes de películas de ficción y de animación, y siguió beneficiando principalmente a los productores de un número reducido de países (Francia, Alemania y el Reino Unido). Y en lo concerniente al apoyo a salas de cine integradas en la red *Europa Cinemas*, se concedió ayuda a unas 700 salas en las que el 38 % de las obras programadas fueron obras europeas no nacionales frente al 8 % alcanzado en salas no integradas en la red.

Posteriormente, fue adoptada por el Parlamento Europeo la propuesta de la Comisión de programa *Media 2007*, con vocación de sustituir a la anterior y que diseñaba un programa único que agrupaba los dos capítulos existentes hasta ese momento (desarrollo, distribución, promoción, de un lado, y formación, de otro) para el período 2007-2013 {Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la ejecución de un programa de apoyo al sector audiovisual europeo (MEDIA 2007) [COM(2004)0470 - C6-0093/2004 - 2004/0151(COD)] (DO C 272E de 9.11.2006, p. 246/269)}.

Los anunciados como sus objetivos venían, en lo sustancial, a coincidir con los enumerados para *Media Plus*. La propuesta de dotación presupuestaria emanada de la Comisión implicaba también un incremento sustancial con relación a *Media Plus* al ser de 1.055 millones de euros. Además, el nuevo programa *Media 2007* destacaba, respecto de los anteriores, por una mayor preocupación por las fases de postproducción audiovisual. Más en concreto, el apoyo a la fase de distribución de productos audiovisuales se elevaba a la categoría de prioridad con vistas a la consolidación del mercado único europeo en este ámbito y para la mejora de la competitividad de la industria audiovisual europea (V. Sánchez Santos, J M; Dopico Castro, J A; Pena López J A: “*El sector de la distribución/exhibición cinematográfica en Galicia desde el punto de vista de la competencia*”; Informe elaborado para el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia; Nov. 2006).

Finalmente, fue aprobada la Decisión que incorporaba el contenido de la anterior propuesta, a saber, la n.º 1718/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, relativa a la aplicación de un programa de apoyo al sector audiovisual europeo (*Media 2007*) (DO L 327 de 24.11.2006, p. 12/29). Hubo un primer informe de evaluación de este programa *Media 2007*, con un valor ciertamente provisional: Informe de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las

regiones informe intermedio de evaluación del programa media 2007 (COM/2010/0777 final).

El ámbito, limitado a Europa, del programa *Media 2007*, se ha visto ampliado con el programa *Media Mundus* de 2009 {v. Decisión 2009/1041/CE, de 21 octubre, del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se Establece un programa de cooperación audiovisual con profesionales de terceros países (MEDIA Mundus) [LCEur\2009\1632, DOL 4 noviembre 2009, núm. 288, pág. 10, Núm. Págs. 1]}, con el que se ha tratado de desarrollar las relaciones de la Unión con los mercados audiovisuales de terceros países y de estructurar y fortalecer las redes entre los profesionales europeos y los de esos terceros países en el sector audiovisual, buscando un beneficio recíproco.

El programa estaba centrado en la financiación de proyectos de cooperación internacional en el sector audiovisual durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2013. Como objetivos específicos se marcaban en los Arts. 5 a 7 los tres siguientes: **(1.º)** intercambio de información, formación y conocimiento de los mercados entre los profesionales de la UE y los de los terceros países; **(2.º)** competitividad y distribución (facilitando la búsqueda de socios de terceros países para las obras europeas y promoviendo las ventas y la promoción de las obras europeas a escala internacional en los mercados de terceros países y de obras audiovisuales de terceros países en Europa); **(3.º)** circulación (mejorando la circulación y la visibilidad de las obras europeas en terceros países y las de terceros países dentro de Europa y aumentando la demanda de contenidos audiovisuales culturalmente diversos por parte del público).

Paralelamente a los programas *Media*, en 2002 y 2003, se inició, en colaboración con el Banco Europeo de Inversiones y con el Fondo Europeo de Inversiones, una acción preparatoria denominada “Crecimiento y sector audiovisual: iniciativa i2i audiovisual” que anunciaba como uno de sus objetivos primordiales el de aumentar la competitividad y creatividad del sector audiovisual europeo así como el de facilitar su acceso a los mercados de capital y su adaptación a las nuevas tecnologías, reduciendo los costes bancarios y financieros de las empresas europeas del sector, en su mayoría, PYMES [v.: **(i)** Crecimiento y sector audiovisual: iniciativa “i2i audiovisual” — 2002 — Medidas para fomentar el acceso de las empresas de producción europeas independientes a las financiaciones externas que pueden poner a su disposición las entidades bancarias y financieras — Convocatoria de propuestas DG EAC 29/02; Diario Oficial n° C 178 de 26/07/2002 p. 0022 – 0023; y **(ii)** Crecimiento y sector audiovisual: iniciativa i2i audiovisual — 2003 — Medidas para fomentar el acceso de las empresas de producción europeas independientes a las financiaciones externas que pueden poner a su disposición las entidades bancarias y financieras — Convocatoria de propuestas DG EAC/21/2003; Diario Oficial n° C 162 de 11/07/2003 p. 0028 – 0029]. Se trataba en fin de un paquete de medidas financieras que ha terminado por ser absorbido por *Media 2007*.

En cuanto a la evolución de este programa, en el mismo informe de la Comisión citado más arriba (*Vid Supra*), dicha institución concluía que i2i había permitido compensar eficazmente una parte de la divergencia entre los tipos de interés aplicados a las microempresas y los vigentes para las empresas de mayor tamaño y reducir el coste del acceso a las garantías de buen fin por parte de aquéllas.

(3) Los programas eContenidos

En la resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 sobre los Contenidos de los medios interactivos en Europa se ponía de relieve que, si bien dichos contenidos conformaban un sector en crecimiento, con amplias perspectivas desde el punto de vista de la política cultural y de los medios de comunicación, lo cierto era que en gran medida dicho sector – con una participación preponderante de pequeñas y medianas empresas - se encontraba aún en una fase inicial desde el punto de vista de inversiones e ingresos, razón esta por la que se interesaba de agentes públicos y privados una mayor atención al mismo (v. Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 sobre los contenidos de los medios interactivos en Europa; Diario Oficial n° C 013 de 18/01/2003 p. 0008 – 0009).

También era destacable el contenido de la Decisión del Consejo 2001/48/CE, de 22 de diciembre de 2000 (DO L 14 de 18.1.2001, p. 32/40), por la que se adoptó un Programa plurianual comunitario de estímulo al desarrollo y el uso de contenidos digitales europeos en las redes mundiales y de fomento de la diversidad lingüística en la Sociedad de la Información (“eContenidos”). Entre sus objetivos más señalados se situaba el de *“crear condiciones favorables para que disminuya la fragmentación del mercado y para la comercialización, la distribución y el uso de contenidos digitales europeos en las redes mundiales, con objeto de impulsar la actividad económica y mejorar las perspectivas de empleo”*.

Esta clase de programas se inscribía dentro de la estrategia marcada por el Consejo Europeo de Lisboa en marzo de 2000, conforme a la cual el paso a una economía digital basada en el conocimiento constituiría un importantísimo factor de competitividad y crecimiento. Con una duración y presupuesto estimados de cuatro años (2001 a 2005) y cien millones de euros, respectivamente, *eContenidos* aspiraba a erigirse en herramienta con la que combatir las barreras que impedían, a escala europea, el establecimiento y funcionamiento del mercado único en las áreas a que el programa iba referido (Vg., la cultura, la educación, la política social, los datos geográficos, el comercio, el medio ambiente y el turismo).

En particular, el legislador europeo apuntó el acceso a la información multilingüe y multicultural como factor clave para combatir la fragmentación, para fomentar el desarrollo de un mercado de masas europeo de productos y servicios en línea, para un mayor despliegue de los contenidos europeos en otras regiones y para un mejor uso de los mismos por el sector público, subrayando además que los problemas de lengua se harían particularmente perceptibles con la extensión del programa a los países de Europa Central y Oriental. Por lo demás, se insistía en la necesidad de tender puentes entre las industrias de contenido digital y los mercados de capital como forma de obtener financiación para desarrollar nuevas aplicaciones digitales y también entre los agentes situados en distintos eslabones de la cadena de producción de contenidos digitales europeos y, en fin, entre éstos y el sector público.

En febrero de 2004, la Comisión aprobó una nueva propuesta de programa plurianual sobre acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa para el periodo comprendido entre 2005 y 2008 bajo el nombre de “*eContentPlus*” y con un presupuesto de 163 millones de euros (Proyecto de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa plurianual comunitario de incremento de las posibilidades de acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa {SEC(2004)169}-COM/2004/0096 final - COD 2004/0025). El programa, más específico que su antecesor, debía centrarse en datos geográficos, material educativo y contenidos culturales. La

propuesta fue definitivamente aprobada mediante Decisión del Parlamento y del Consejo de 9 de marzo de 2005 (Decisión nº 456/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2005, por la que se establece un programa plurianual comunitario de incremento de las posibilidades de acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa; DO L 79 de 24.3.2005, p. 1/8).

c) Transmisión: redes y servicios

i) La interrelación entre contenidos y redes

(1) Generalidades

Tanto en las fuentes europeas como en foros nacionales e internacionales se insiste en que desarrollo de redes y servicios, de un lado, y de contenidos, de otro, guardan una estrechísima relación.

Por ejemplo, en *“Media Market Definitions –Comparative Legal Analysis-Final Report:18 July 2005”* (Supra cit): *“Against this background, there is yet another legislative measure to be considered: Access regulation. First, the media sector is extremely depending on infrastructure as a means of distributing products and services [...] Following the approach implemented in the new regulatory package relating to electronic communications (networks and services), applicable rules will, in essence, no longer distinguish between different networks concerned nor the respective services conveyed. The concern of keeping horizontal markets open is certainly reflected by several of the provision included in the Access Directive. Contributing to this, rules on standards and interoperability are of great importance for them addressing possible technical bottlenecks which could prove to affect the open and effective development of markets. Especially the broadcasting sector’s future development – which the regulatory reform regarded as showing particularities, at least to some extent, that needed to be taken into consideration irrespective of the general approach of horizontal regulation (see e.g. Must-Carry provisions and rules on Set-top-boxes contained in the Universal Service Directive) – may demonstrate whether both competition and media policy will benefit, for instance as regards platforms for digital and interactive (pay-)TV, from these concepts”*.

Destacaba Jorge Pérez Martínez de GAPTEL (*“Contenidos Digitales: nuevos modelos de distribución on line”*; XX Encuentro de las Telecomunicaciones auspiciado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo) que en 2005 el ocio audiovisual digital representó en nuestro país para la industria cultural unos ingresos de 3.133 millones de euros, de los que 1.493 millones correspondieron a TV digital, frente a los 2.363 millones (1.075 millones por TV digital) correspondientes a 2002. Desde la perspectiva de la industria de las telecomunicaciones, los operadores ingresaron en 2005 por la distribución de contenidos digitales 1.112 millones de euros – 238 fueron para operadores de redes fijas y 874 para los de redes móviles –, frente a los 150 millones de 2002 (correspondientes en su integridad a redes fijas). La previsión para 2010 de la propia GAPTEL (v. *Libertad Digital* 2.6.06) era la de que el negocio de los contenidos digitales supondría para las compañías de telecomunicaciones fijas y móviles que operaban en España unos ingresos de 4.700 millones de euros; con lo que los ingresos por este concepto alcanzarían el 12 % de la facturación total de las operadoras. Datos como los anteriores permitían al autor concluir: *“el sector de las telecomunicaciones, depende hoy más que nunca, de los contenidos digitales para su*

desarrollo futuro. Los ingresos de los operadores por contenidos digitales, aunque son difícilmente predecibles y cuantificables por diferentes factores (ofertas combinadas de servicios, ofertas integradas fijo-móvil, etc.), serán en cualquier caso muy relevantes”.

Con motivo del Foro Internacional de Contenidos Digitales (*Ficod* 2009), el entonces Ministro de Industria, Miguel Sebastián, defendió los contenidos digitales como claves para el nuevo modelo económico, recordando que en 2008 esta industria movió 4.982 millones de euros, un 15,8 % más que en el año anterior. Era esta una cifra similar al volumen de negocio de la industria aeronáutica española y que suponía casi la tercera parte de la facturación global del sector de contenidos en España, que ascendió a 15.858 millones. Dentro del concepto de contenido digital tenían cabida contenidos de lo más diverso, incluidos los portales a la publicidad *online*, el *software*, la música, el cine, los libros o los videojuegos. También, con motivo de ese mismo evento, Mercedes Elvira del Palacio, también entonces Subsecretaria del Ministerio de Cultura, subrayó el papel clave de los contenidos digitales en ese nuevo modelo económico con algunos datos relevantes: esta industria suponía el 5 % del PIB mundial y entre el 3 % y el 5%, según distintas estimaciones, en el caso español. El sector, además, daba en España casi 600.000 empleos, “*casi todos de alta cualificación*”, y el 20 % de ellos eran autónomos, “*lo que daba idea de la flexibilidad del sector para adaptarse a las distintas coyunturas económicas*”.

Esa interrelación existente entre contenidos y redes, simplificando mucho, puede llegar a dar lugar a uno cualquiera de los dos siguientes modelos de negocio: **(a)** preeminencia del operador de redes de comunicaciones electrónicas en la comercialización entre el público de los contenidos audiovisuales; **(b)** preeminencia del proveedor de contenidos en esa misma comercialización.

Al escenario descrito bajo la letra **(a)** podrían ir referidas reflexiones como las siguientes: “*El mercado de telecomunicaciones, con 38.342M€ en el año 2005, tiene un volumen cuatro veces superior al del ocio audiovisual. Si los contenidos son el elemento que da sentido a la utilidad de la banda ancha y al incremento en las capacidades de las nuevas redes de acceso, las operadoras de telecomunicaciones tendrán que desarrollar modelos de relación con los propietarios de contenidos, que aseguren el rápido desarrollo de los nuevos modelos de negocio de distribución online de los contenidos. Si los contenidos son el elemento que da sentido al incremento en las capacidades de conectividad, las operadoras de telecomunicaciones pierden aparentemente el control del negocio ante la posibilidad de que los proveedores de contenidos bloqueen el desarrollo de la distribución digital de contenidos. En este escenario no debe descartarse la posibilidad de que los operadores tengan que modificar su comportamiento hacia los proveedores de contenidos, integrándolos, adquiriéndolos para asegurarse el suministro o bien cubriendo las posibles pérdidas debidas a la piratería, pero asegurándose como fin último, que se sigue produciendo cine, música y juegos, entre otros elementos, que nutrirán la conectividad*” (GAPTEL: “*Contenidos Digitales. Nuevos Modelos de Distribución Online*”. Junio 2006); “*Los operadores evolucionarán desde una pura prestación de servicios de conectividad a un posicionamiento en contenidos y aplicaciones de banda ancha. Esta evolución se plantea con los objetivos de compensar la caída del Average Revenue per User (Ingreso Medio por Usuario; ARPU) de conectividad en un escenario de aumento de la penetración de banda ancha y disminución de precios, diferenciarse, retener a los clientes y aumentar el valor del servicio. Algunas compañías pueden aprovechar su posición de fortaleza en contenidos y aplicaciones para convertirse en operadores de telecomunicaciones de banda ancha*” (GAPTEL. “*Banda Ancha*”. Julio de 2004).

Al incluido bajo la letra **(b)** podrían ir referidas estas otras [*Ídem Supra nota al pié*; puede también consultarse, *Institute of European Media Law (ed.)*, “*Digital Broadband Services in Europe – Business Models and their European and National Legal Framework*”, EMR series of publications, Vol. 27, Baden-Baden, 2003]: “*Los proveedores de contenidos se convertirán sin duda en un elemento clave de la cadena de valor. Dada la amplia apuesta del mercado por ofertas triple-play, que incorporan también televisión, cabe preguntarse el papel que jugarán los proveedores de contenidos de TV en este mercado. En el modelo habitual, el operador contrata los contenidos con las productoras y distribuidoras y los comercializa a los clientes abonados a su servicio de TV de pago o servicios triple-play. En algunos mercados, y de forma muy relevante en el mercado francés, los proveedores de contenidos han apostado por un modelo de comercialización directo. El grupo audiovisual Canal+/Canal Satellite en Francia, además de su oferta de TV a través de satélite han iniciado la comercialización de sus contenidos a través del ADSL. Lo diferencial del modelo es que los ofrecerá directamente al cliente final, sin utilizar la intermediación del operador de telecomunicaciones que comercializa la banda ancha. Esta opción, plantea nuevamente los interrogantes sobre el papel de los operadores en la comercialización de los contenidos, entre la integración en su oferta (modelo de operadores de cable), o la desintermediación total.*”.

Resulta de lo anterior que, sin contenidos atractivos que ofrecer, no habrá demanda que anime a los operadores a invertir en la mejora de sus infraestructuras y, a la recíproca, que sin redes aptas para el suministro de contenidos multimedia de calidad que fomenten el consumo de estos, no habrá interés en invertir en la producción de dichos contenidos. Esta problemática pretende ilustrarse en esas mismas fuentes con el ejemplo del “huevo y la gallina” o del “círculo vicioso” que debe romperse - se dice - para hacerlo “virtuoso”. Es aquí donde la banda ancha adquiere un papel protagonista en cuanto que tecnología de capacitación que permite el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) y la consolidación de la Sociedad de la información y, a la postre, la productividad y el crecimiento.

Por otro lado, el acceso en línea a material protegido por derechos de autor dependería en un alto grado de la aplicación de tecnologías DRM de gestión de los derechos digitales, y la deficiente implantación de éstas sería causa de que el mercado se encontrara en un punto crítico de su desarrollo y de un riesgo acuciante de fragmentación del mismo. A los productores de contenidos les preocupa que las tecnologías “de igual a igual” (*peer to peer*; *P2P*) puedan facilitar la violación de las leyes sobre derechos de autor. Existe un amplio consenso en que las DRM ayudan a crear los incentivos adecuados para todas las partes interesadas, incluyendo un marco seguro para garantizar la remuneración de los titulares de los derechos, el pago de los contenidos en línea, la prevención de reproducción ilícita y la defensa de los derechos de los consumidores y de la privacidad. A todos estos aspectos pasamos a hacer una reseña en los epígrafes que siguen.

(2) Net neutrality o la neutralidad de la red

En el caso de Internet, el debate en torno a la “*net neutrality*” (NN o neutralidad de red) ha surgido en el ámbito de las comunicaciones electrónicas en EE.UU. para luego extenderse también a Europa. La cuestión de fondo es la de la igualdad de trato que ha de dispensarse a todo el tráfico que circula por Internet con independencia del contenido específico que es transmitido de extremo a extremo y de quien lo emita o reciba.

Esa igualdad de trato es la que ha venido definiendo a Internet, caracterizado por una arquitectura de red abierta y descentralizada, y donde el control (inteligencia de red) se ha relacionado con aplicaciones y no con contenidos: todos los paquetes son tratados de la misma manera, mediante lo que se conoce como calidad *best effort*. Los nuevos postulados se alinean con el paso de esa Internet pública, abierta y neutral a otra más restringida y controlada para alimentar nuevos modelos de negocio que alteren positivamente la cadena de valor del sector de las TIC. Lo anterior resulta hasta cierto punto paradójico si se parte de que fueron aquellas características las que hicieron de Internet la red universal de información que hoy es (v. Comin, S., “«La Net Neutrality»...¿Permitirá que se regule Internet?,” Boletín de la Sociedad de la Información: Tecnología e Información; Fundación Telefónica; 7 junio 2006).

Ocurre que determinados servicios sobre protocolo Internet, entre los que se cuenta el suministro de contenidos audiovisuales, exigen una dedicación de recursos de red especialmente intensa, mayor ancho de banda y ocupación de la red durante más tiempo, si se los compara con otras utilidades como el correo electrónico o el acceso a sitios web. Las mejoras tecnológicas permiten aumentar la capacidad de Internet mediante incrementos del ancho de banda de las redes troncales, priorizando determinados contenidos o creando redes paralelas para determinados servicios. El principio de neutralidad tecnológica, llevado al extremo, tendría que conducir a que, cuando un operador de red introdujera esas mejoras, las mismas pudieran ser aprovechadas no sólo por él para la entrega de sus contenidos, sino, en general, por todos los proveedores de contenidos.

Así: “historically, network providers have agreed to deliver internet traffic on a «best efforts» basis without guaranteeing various levels of quality of service. That hasn't been a problem for the most popular internet services, like email and Web surfing, because they aren't dependent on uninterrupted streams of data. Real-time videogames, phone service and video, however, demand more reliable quality, and network operators are trying to prioritize internet traffic to meet increasing demand for those services. Large phone companies, setting the stage for a big battle ahead, hope to start charging Google, Vonage, and other internet content providers for high-quality delivery of music, movies and the like over their telecommunications networks. The phone companies envision a system whereby internet companies would agree to pay a fee for their content to receive priority treatment as it moves across increasingly crowded networks. Those that don't pay the fee would find their transactions with internet users --for games, movies and software downloads, for example - moving across networks at the normal but comparatively slower pace. Consumers could benefit through faster access to content from companies that agree to pay the fees” (Wall Street Journal, January 6, 2006; “Phone Companies Set Off A Battle Over Internet Fees Content Providers May Face Charges for Fast Access; Billing the Consumer Twice?”).

Lo anterior suscita, para nuestros efectos y entre otras, las siguientes cuestiones: (i) si los proveedores de contenidos deben satisfacer algún tipo de contraprestación a cambio de que sus contenidos reciban en la red un trato preferencial; (ii) si un operador de red puede postergar los contenidos procedentes de competidores o de proveedores que no hayan satisfecho esa contraprestación.

Los términos del debate en EE.UU. podrían resumirse del siguiente modo. Algunas empresas telefónicas (ATT, Verizon) anunciaron su intención de pasar cargos por la entrega de ciertos contenidos y, frente a lo anterior, los proveedores de contenidos (Google, Yahoo,

Amazon, Microsoft, entre otras) alimentaron entre la opinión pública la idea de que con ello se ponía en peligro toda la filosofía que animaba Internet, la cual pretendían que dejara de ser una realidad *de facto* para pasar a obtener un expreso reconocimiento legal. Frente a estas pretensiones alegaban las compañías de telecomunicaciones que, sin esa posibilidad de rentabilizar sus inversiones, carecerían de incentivos para protagonizar esas mejoras de red, con el consiguiente perjuicio para la innovación. Estos planteamientos de los operadores de telecomunicaciones encontraron un cierto respaldo en la Corte Suprema de los EE.UU. para la que ninguna práctica empresarial podía ser prohibida de antemano, sino sólo a partir del momento en que pudiera llegar a demostrarse su efecto anticompetitivo. Supondría lo anterior que valdría el control *ex post* ejercido por las autoridades de la competencia sobre cualquier práctica procedente de los operadores de red, sin que llegara a ser necesario un control *ex ante*.

Una cierta resignación con adopción de medidas sólo *ex post* se infería de las palabras del Vicepresidente de Google en Julio de 2006: *"If the legislators insist on neutrality, we will be happy. If they do not put it in, we will be less happy but then we will have to wait and see whether or not there actually is any abuse. If we are not successful in our arguments.... then we will simply have to wait until something bad happens and then we will make known our case to the Department of Justice's anti-trust division"*.

Menos a favor de las operadoras de redes fue la postura de la *Federal Communications Comisión*. Si bien no llegó al extremo de imponer por mandato legal la idea de un Internet libre, como postulaban los proveedores de contenidos y de servicios de Internet, sí instó a los operadores de red a desistir de cualquier acción de bloqueo sobre el tráfico correspondiente a servicios de Internet que se canalizara a través de sus redes de acceso. En Agosto de 2005 la FCC aprobó su *"policy statement"* sobre neutralidad de red que autorizaba a los consumidores a acceder a los contenidos y servicios de su elección; aunque la misma no llegaría a tener un alcance normativo vinculante.

De esos *"FCC Policy Principles"* de agosto de 2005 no resultaba una definición unívoca de lo que debía entenderse por *"Net Neutrality"*. Los términos textuales del *Policy Statement* eran [una importante nota al pie disponía: (i) que no eran normas; (ii) los principios estaban sujetos a una gestión de la red *"razonable"*]:

"-To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public internet, consumers are entitled to access the lawful internet content of their choice.

-To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public internet, consumers are entitled to run applications and use services of their choice, subject to the needs of law enforcement.

-To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public internet, consumers are entitled to connect their choice of legal devices that do not harm the network.

-To encourage broadband deployment and preserve and promote the open and interconnected nature of the public internet, consumers are entitled to competition among network providers, application and service providers, and content providers."

La síntesis sería, pues, la de la libertad de los consumidores para acudir a los contenidos, aplicaciones (*software*), dispositivos (*hardware*) y servicios de su elección y, como

consecuencia, la competencia entre proveedores de red, proveedores de servicios y aplicaciones y proveedores de contenidos.

En esta línea, para el profesor J. Gregory Sidak (*Georgetown University Law Center & Criterion Economics*; “*Understanding Network Neutrality*”, jornadas celebradas en Madrid auspiciadas por el *Instituto de Empresa*, Julio 2006), el concepto de “*Net Neutrality*” implica una serie de libertades para los usuarios finales, que encuentran su correlato en una serie de derechos para los operadores de red.

Esas libertades para los usuarios finales son: **(i)** el libre acceso a contenidos; **(ii)** el libre uso de aplicaciones; **(iii)** la interoperabilidad y la libertad de interconexión de los dispositivos de su elección; **(iv)** la información libre sobre el plan del servicio prestado por el operador de telecomunicaciones. Los operadores de red, aparentemente, aceptan convivir con esas cuatro libertades de los usuarios en la medida en que: **(i)** no existe un valor que para ellas pueda derivarse de su infracción; **(ii)** los costes derivados de denegar el acceso a sitios web (expresado en número de suscriptores perdidos para el propio operador de red) exceden de sus beneficios (grandes retornos por la descarga de contenidos).

Los derechos correlativos de los operadores de red son: **(i)** el de innovar su propia red; **(ii)** fijar los precios por el acceso a sus infraestructuras de cualquier manera que no entrañe una violación del derecho anti-trust; **(iii)** negarse a portar cualquier contenido que entrañe un riesgo ilegítimo para la seguridad o configuración de su red; **(iv)** priorizar paquetes de datos dentro de su propia red; **(v)** reservar excesos de capacidad en su propia red; **(vi)** usar la capacidad de su propia red para integrarla verticalmente con la provisión de contenidos y de aplicaciones. Con relación a este último punto de la integración vertical, surgen en seguida las dudas desde la perspectiva de la competencia, pues coloca al operador de telecomunicaciones en disposición de dar prioridad a sus propios contenidos. En este sentido, esa posibilidad de integración vertical tendrá que ser tomada con mucha cautela (no faltan opiniones y medidas a favor de separar bajo diferentes titularidades la gestión y la propiedad de la red de telecomunicaciones).

La cuestión de fondo es, como observa el profesor de la *Carnegie Mellon University* Marvin Sirbu, la de si los operadores de red quedan sujetos a obligaciones de *carrier* en el suministro de contenidos – obligaciones que, por cierto, son también aplicables en otros ámbitos como, por ejemplo, el transporte de personas o de mercancías (salvando las distancias, se quieren ver antecedentes de la obligación de *must carry* en las concesiones administrativas de las líneas de diligencias de los siglos XVIII y XIX, donde se concedía la licencia de explotación a cambio de que el licenciatario se obligase a transportar a cualquier persona que lo deseara); o, en otros términos, hasta que punto debe mantenerse para todos los operadores de red la previsión de la *Telecommunications Act* de 1996 (Section 202) a tenor de la cual: “*It shall be unlawful for any common carrier to make any unjust or unreasonable discrimination in charges, practices, classifications, regulations, facilities, or services for or in connection with like communication service, directly or indirectly, by any means or device, or to make or give any undue or unreasonable preference or advantage to any particular person, class of persons, or locality, or to subject any particular person, class of persons, or locality to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage*”.

Otros ejemplos de “*Net Neutrality Language*” en textos legales de los EE.UU., ya en vigor o en proyecto, son mencionados por el citado profesor (Workshop “*Perspectivas sobre Net Neutrality*”, auspiciado por centro del *Instituto de Empresa* dedicado al análisis de la

Sociedad de la Información y de las telecomunicaciones desde la perspectiva de la convergencia digital; *ENTER*).

La universalidad de Internet ha conducido a que, igualmente, todo este debate haya llegado a suscitarse en Europa. Las operadoras de telecomunicaciones, principalmente incumbentes como *Telefónica* o *Deutsche Telekom*, vienen reclamando retornos por sus inversiones para el acercamiento de las redes de fibra a los hogares y para afrontar las mejoras encaminadas a facilitar el suministro de contenidos multimedia. A estos efectos, no faltan voces que propugnan una revisión del marco regulador que tome en consideración lo anterior (véase *GAPTEL*, Pérez, J. y otros, *“Contenidos digitales: nuevos modelos de distribución online”*; en *Red.es*; junio 2006; Págs. 32 y Ss.). Al hilo de toda esta problemática, cabe destacar como la Comisión remitió un escrito de emplazamiento a Alemania por unas modificaciones de la Ley de Telecomunicaciones alemana que pretendían eximir efectivamente de la competencia las redes de acceso rápido a Internet (VDSL).

El 5 de febrero de 2010, el presidente de *Telefónica*, en un encuentro de *PricewaterhouseCoopers* en Bilbao, se mostró abiertamente partidario de poner freno a la estrategia de los buscadores de internet, que se sirven de las redes desplegadas por los operadores de telecomunicaciones a costa de inversiones multimillonarias sin pagar nada a cambio. *“Es evidente”* – dijo – *“que los buscadores de internet utilizan nuestras redes sin pagarnos nada, lo cual es una suerte para ellos y una desgracia para nosotros”*. El presidente de *Telefónica* exigió que se produjera un cambio radical en esta situación: *“Eso va a cambiar, estoy convencido”*, advirtió. Por su parte, el Consejero Delegado de *Google*, Eric Schmidt, negaba que su compañía quisiera hacer de los operadores de comunicaciones electrónicas “tuberías sordas” de datos y se mostraba abierto a buscar fórmulas que permitieran a aquéllos compartir ingresos a partir del tráfico intensivo de datos en Internet.

Afirmaciones como las anteriores no parecen, sin embargo, sintonizar con la postura de la Comisión, ni, en particular, con su declaración sobre la neutralidad de Internet (v. Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; DO L 337 de 18.12.2009, p. 37/69): *“La Comisión otorga gran importancia al mantenimiento del carácter abierto y neutral de Internet, teniendo plenamente en cuenta la voluntad de los legisladores de consagrar ahora la neutralidad de Internet como un objetivo político y un principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación, junto con el refuerzo de requisitos de transparencia afines y la creación de competencias de salvaguardia para las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de prevenir la degradación de los servicios y la obstaculización o entorpecimiento del tráfico en las redes públicas. La Comisión supervisará atentamente la aplicación de dichas disposiciones en los Estados miembros, haciendo especial hincapié en su Informe Anual al Parlamento Europeo y el Consejo en el modo en que se están protegiendo las «libertades de Internet» de los ciudadanos europeos. Entretanto, la Comisión seguirá de cerca las repercusiones de las evoluciones del mercado y de la tecnología en cuanto a las «libertades de Internet», informará al Parlamento Europeo y al Consejo antes de que finalice 2010 de la necesidad o no de directrices adicionales, e invocará sus atribuciones legislativas existentes en materia de competencia para tratar cualquier práctica contraria a la competencia que pueda producirse”*.

Mientras se producía esta declaración en Europa, la prensa (Edición Digital de Cinco Días de 07/04/2010) informaba de que en EE.UU., donde las posiciones a favor de la neutralidad de la red parecían más adelantadas que en Europa, una decisión judicial de la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, un tribunal federal, había sentenciado que la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos -la FCC, por sus siglas en inglés- no tenía autoridad para requerir que los proveedores de banda ancha dieran el mismo trato a todos los tráficos de internet que iban por sus redes. La decisión se interpretaba como una victoria para *Comcast*, la mayor compañía estadounidense de cable, que recurrió la facultad de la FCC para imponer la neutralidad de la red. Ésta se apoyaba en la necesidad de evitar que las empresas telefónicas y de internet usasen su posición de poder para favorecer unos contenidos frente a otros.

(3) Digital Rights Management (DRM)

La cuestión de la gestión de los derechos digitales se encuentra, ciertamente, de actualidad. De lo que se trata es de asegurar que la disponibilidad de contenidos en la red no irá en detrimento de los derechos asignados por la legislación aplicable a los titulares de la propiedad intelectual.

A propósito de esta problemática en EE.UU., puede leerse a Menell, P. S. & Nimmer, D.: *“Legal Realism in Action: Indirect Copyright Liability’s Continuing Tort Framework and Sony’s De Facto Demise”* (UCLA Law Review, Págs. 143 y Ss.): *“Title II of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) is called the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA). OCILLA was adopted in tandem with Title I in order to solve the chicken-and-egg problem here: On the one hand because of «the ease with which digital works can be copied and distributed worldwide virtually instantaneously, copyright owners will hesitate to make their works readily available on the Internet without reasonable assurance that they will be protected against massive piracy». Title I of the DMCA responds to that concern. But, on the other hand, having a profusion of copyrighted works available will not serve anyone’s interest if the Internet’s backbone and infrastructure are sued out of existence for involvement in purportedly aiding copyright infringement”* (Pág. 166: *“Safe Harbours for Online Service Providers”*).

A esta situación se refiere también la bibliografía especializada en nuestro país (*“Contenidos Digitales. Nuevos Modelos de Distribución On Line”*, Pérez, J., y otros, GAPTEL, editado por Red.es, Junio 2006). Se observaba como ni existía un conjunto único de soluciones estándares de DRM, ni tampoco una solución propietaria que diera respuesta a las necesidades multiformato y multientorno de un sistema convergente que incluyera TV sobre IP, banda ancha fija, y móviles: **(a)** en el entorno Internet se disponía de soluciones propietarias en proceso de consolidación y no era previsible que se alcanzase ningún acuerdo de estandarización. *Microsoft* con su *DRM Media*, *Real Networks* con su *Helix DRM*, y *Apple* con su *FairPlay DRM*, eran los principales agentes en este segmento; **(b)** el mercado *Broadcast*, que englobaba las soluciones *Multicast/Unicast* de contenidos audiovisuales no disponía de ningún estándar.

En particular, se señalaba: *“La divergencia regulatoria se puede constatar también a nivel nacional. Si analizamos la legislación aplicable a un mercado incipiente fruto de la convergencia tecnológica (i.e. distribución online de contenidos digitales), pueden entrar en consideración hasta tres leyes distintas: La Ley General de Telecomunicaciones, la LSSICE*

y la Ley Audiovisual. Llevado al extremo pueden darse situaciones en que dependiendo del sector de origen de un agente, un servicio tenga diferentes regulaciones. A modo de ejemplo, la distribución de películas o contenidos televisivos por Internet, podría tener diferente consideración dependiendo si lo presta un operador de televisión, un operador de cable, un ISP, un gran portal o una empresa de distribución. Esta situación sería difícilmente justificable”.

Toda lo anterior motiva también cambios de planteamiento en la forma de abordar el problema y no son pocos los que propugnan el paso del “Copyright” al “Copyleft” o “Right to copy”: “El debate sobre el canon no es sino la forma más explícita de un debate mucho más amplio sobre los modelos de negocio asociados a la distribución de contenidos. No son pocas las voces que afirman que el sector debe dejar de preocuparse únicamente de buscar la forma de proteger los derechos de propiedad intelectual (el copyright), y preocuparse por encontrar las fórmulas para rentabilizar el derecho de los usuarios a copiar (el right to copy). Iniciativas como las licencias creative commons es sólo una de las posibilidades. Los modelos basados en suscripción (tarifas planas) para el acceso a contenidos muestran algunos de los caminos que algunos agentes parecen dispuestos a explorar. Como en cualquier otro sector, la adecuación de la oferta de la industria a la demanda de los usuarios acabará encontrando soluciones a todos los problemas a los que ahora se enfrenta”.

Y, en el contexto de lo anterior, se hacen también por los autores referencias a Creative Commons: “Los pilares básicos de la legislación de propiedad intelectual se establecieron en el entorno analógico, por lo que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la Sociedad de la Información ha impactado de forma especial en el régimen tradicional de la propiedad intelectual. Internet y las nuevas tecnologías están permitiendo que cualquier persona pueda distribuir y publicar una obra o cualquier tipo de información, con un coste reducido y un alcance potencial muy elevado. Por este motivo, están surgiendo nuevos mecanismos de protección de los derechos de propiedad intelectual, que nacen ya en el escenario digital. Son las denominadas iniciativas copyleft. Esta nueva generación de sistemas de regulación de la propiedad intelectual que tienen su máximo exponente en el proyecto Creative Commons, tienen como objetivo complementar la regulación tradicional, ofreciendo la posibilidad a los titulares de derechos de poder especificar que sus obras se pueden distribuir, copiar o modificar sin que quien lo haga tenga que pedir permiso previo y manteniendo el reconocimiento de la autoría. Los defensores de este tipo de iniciativas argumentan que no equivalen a un “todo gratis” y que se sustentan sobre una justificación económica. El número de páginas Web crece de forma constante por lo que progresivamente la atención del usuario se dispersa. El valor se genera cuando se consigue atraer la atención a una determinada página Web. En este contexto, las iniciativas copyleft jugarían un papel relevante como mecanismo para aumentar el valor de la información. El reconocimiento de la autoría se convierte en la marca que permite al autor recibir por vía indirecta la recompensa por su trabajo. La extensión del uso de licencias copyleft como Creative Commons es todavía limitado, pero comienzan a aparecer experiencias en nuestro país que afectan a diferentes sectores de la industria cultural”.

Frente a las categorías tradicionales de bienes de origen decimonónico, en el siglo XX surge una nueva categoría, a saber, la de los archivos digitales. Éstos no son más que una lista más o menos larga de unos y ceros, y no de átomos, como ocurriría en el caso de los muebles, inmuebles o semovientes a que se refiere nuestro Código Civil. La transmisión de los archivos digitales no implica traslado posesorio, exige un tiempo mínimo, hasta el punto

de ser casi instantánea, y sirve para su propagación hasta cualquier punto del planeta. Algunos de estos archivos sirven como aplicaciones (*software*), mientras que otros contienen datos que para ser aprehendidos o percibidos por el destinatario deben nutrir o pasar a través de una aplicación (estos datos pueden consistir en texto, audio o imagen o imágenes que, caso de ser sucesivas, darán lugar a vídeo). De este modo, y como dice Javier de la Cueva (*infra cit.*), “*estos son los elementos nucleares de la actual revolución tecnológica: listas de bits que funcionan como aplicaciones, listas de bits que funcionan como datos, aparatos que copian las listas y cables y ondas entre los aparatos*”.

El movimiento *Copyleft* nace en la década de los 70 en el Instituto Tecnológico de Massachusetts y cristalizó en 1984 en la redacción de la llamada Licencia General Pública que partía de cuatro libertades: (i) libertad de usar la obra (p.e., un *software*) sin restricciones; (ii) libertad de estudiarla y adaptarla a las necesidades del usuario; (iii) libertad de redistribución y (iv) libertad de mejoras y de publicación de esas mejoras. El *Copyleft* no deja de ser una modalidad de *Copyright* en el que, frente al sistema tradicional de control de la copia, se promueve su distribución y la mejora de la misma, en definitiva, se anima a la innovación. La Licencia General Pública contiene una cláusula seminal en virtud de la cual, si quien recibe una obra pretende transformarla y redistribuir las transformaciones, deberá hacerlo también bajo el sistema GPL, asegurando así que no se cierre una obra y que quien la transforma no dé a los demás menos de lo que recibió.

La filosofía que animaba al movimiento *Copyleft* salto del campo de la informática hacia el de otras obras, las literarias, artísticas, científicas, técnicas, etc... de mano de las Licencias *Creative Commons*, nacidas en 2002 de manos de Lawrence Lessig, Profesor de Derecho de la Universidad de Stanford, especialista en ciberderecho y fundador del “*Center for Internet and Society*”. Las diferentes licencias **Creative Commons** se basan en combinar distintas propiedades. Estas propiedades son (*Wikipedia*):

- 1.^a **Attribution (by) o Reconocimiento:** Obliga a citar las fuentes de esos contenidos. El autor debe figurar en los créditos. El creador permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra mientras se reconozca y cite adecuadamente al autor original.
- 2.^a **Noncommercial o NonCommercial (nc) o No comercial:** Obliga a que el uso de los contenidos no pueda tener bonificación económica alguna para quien haga uso de contenidos bajo esa licencia. Se permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra mientras no sea utilizada con fines comerciales.
- 3.^a **No Derivative Works o NoDerivs (nd) o Prohibición de obras derivadas:** Obliga a que esa obra sea distribuida inalterada, sin cambios. El creador permite copiar, distribuir y comunicar públicamente copias inalteradas de la obra, pero no realizar trabajos derivados de ellas.
- 4.^a **ShareAlike (sa) o Redistribución bajo la misma licencia:** Obliga a que todas las obras derivadas se distribuyan siempre bajo la misma licencia del trabajo original. Se permite distribuir obras derivadas sólo bajo una licencia idéntica a la que regula la obra original.

Las licencias *Creative Commons* surgen así de la combinación de las anteriores propiedades. Sin embargo, como no todas las combinaciones son posibles (Vg., es incoherente la combinación de las opciones “prohibición de obras derivadas” y

“redistribución bajo la misma licencia”, ya que esta última opción se aplica a las obras derivadas), el número total de licencias CC posibles sería sólo el de 11 (sobre ejemplos concretos de las mismas V. GRETEL 2005: “*Los derechos relacionados con la creación en el mundo digital. Una revisión de Creative Commons*”. Revista BIT, febrero-marzo 2005. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid).

Creative Commons es el primer intento con visos de prosperar de un sistema para ofrecer un rango flexible de protección de sus derechos a los autores y artistas. Se trata de una evolución del tradicional “todos los derechos reservados” hacia un “algunos derechos reservados” o, incluso, “ningún derecho reservado”. Estas licencias son plenamente válidas desde el punto de vista legal, pues se apoyan en los mecanismos previstos en las Leyes de Propiedad Intelectual de la mayoría de los estados, las cuales, por otro lado, han sido objeto de una amplia homogeneización en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). La idea vertebradora de *commons* (comunes) se refiere a recursos que no se rigen por la propiedad privada, sino que cualquiera puede utilizarlos sin un permiso especial, como una “calle pública”. A pesar de la llamada “tragedia de los comunes”, según la cual el uso público de un recurso conduce a su agotamiento, se entiende que las ideas o las creaciones artísticas no disminuyen su valor al ser extendidas a más “usuarios” (Vid. GRETEL “*El Sector Audiovisual y su Evolución. La explotación de los contenidos audiovisuales en la transición a los nuevos medios digitales. Creación e industria de contenidos, escenarios y retos futuros del sector TIC, propiedad intelectual y derechos de los usuarios*”; editado por el Colegio de Ingenieros de Telecomunicación; Madrid, 2005; disponible en <http://www.coit.es>).

El movimiento *Copyleft* ha obtenido un cierto reconocimiento dentro de la jurisprudencia española (Ss. de 2 de febrero de 2006 del Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid; de 11 de abril de 2007 del Juzgado de Primera Instancia de N.º 4 de Madrid; y de 5 de julio de 2007 de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid). Las conclusiones que de dichos pronunciamientos se extraen son que si un determinado establecimiento acredita que el repertorio es *Copyleft* no ha de pagar a la SGAE, pues no deja de seguir la petición de aquellos autores que aspiran a la difusión de su obra eludiendo las condiciones impuestas por los canales de distribución pertenecientes a la industria (V. De la Cueva, J.: “«*Permitido copiar*»: *Copyleft* como superación del Copyright”; en Revista del Consejo General de la Abogacía Española; N.º 55 de abril de 2009; Págs. 46 y Ss).

Para una comprensión de los aspectos tecnológicos del funcionamiento de un DRM puede consultarse: Hoyos A., Jiménez Holgado, J. A., Bernárdez, R. M., Esteve Pradera, J. “*Tecnologías para la protección de contenidos digitales y análisis de negocios*” en Boletín de la Sociedad de la Información: tecnología e innovación de *Fundación Telefónica*; 9 de febrero de 2006⁹.

(4) La lucha contra la piratería

Junto a opciones como las descritas en el epígrafe anterior, de contenido más constructivo, se sitúan otras más enfocadas hacia la simple represión de la piratería, en un intento por evitar que ésta termine por destruir en Internet la cadena de valor asociada a la creación intelectual.

⁹ Disponible en la web: <http://sociedaddelainformacion.telefonica.es/jsp/articulos/detalle.jsp?elem=2031>.

En esta línea, podría destacarse la aprobación en el primer cuatrimestre de 2009 por el legislativo francés del proyecto de Ley de Protección de derechos en internet, que contemplaba la suspensión de los abonos a internet para los internautas que pirateasen archivos, después de haber sido advertidos en dos ocasiones. Se preveía la aparición de la Alta Autoridad de Protección de Derechos sobre Internet, como autoridad encargada de dar los avisos a los internautas que pirateasen archivos y de dictaminar sobre la interrupción de las conexiones para los reincidentes. No se preveía que, durante el tiempo de la interrupción del servicio, los infractores hubieran de abonarlo, lo que dio lugar a no pocas quejas de los operadores de telecomunicaciones. Frente a esta medida, los Diputados de la izquierda propugnaban la imposición a los infractores de la denominada “contribución creativa”, destinada a financiar la creación en la red (V. Edición Digital de *Cinco Días* de 3 de abril de 2009).

Por esas mismas fechas, la prensa digital (*El Progreso de Lugo*) se hacía eco de la condena por un Tribunal de Estocolmo de los cuatro responsables del portal de Internet sueco “*The Pirate Bay*” a un año de cárcel y al pago de una indemnización de 30 millones de coronas (2,7 millones de euros) por violar los derechos de propiedad intelectual. Fundada en Estocolmo en 2004, “*The Pirate Bay*” estaba considerada el principal sitio de Internet del mundo para compartir películas, música, juegos y programas, y se estimaba que contaba con entre 22 y 25 millones de usuarios en todo el mundo. La sentencia consideraba que facilitando la descarga de archivos mediante la tecnología *torrent*, y sabiendo que entre ellos figuraba material protegido por derechos de autor, los responsables de la web habían violado “*de forma objetiva*” la Ley sobre Propiedad intelectual.

En cambio, el Tribunal de Justicia Europeo rechazó el 14 de abril de 2011 de manera preliminar la posibilidad de imponer a las operadoras de telefonía y a los proveedores de internet la obligación de establecer sistemas de filtrado para detectar y bloquear la actividad de los usuarios que compartiesen a través de la red obras musicales o audiovisuales con derechos de autor. Se trataba de que la sociedad belga de gestión de derechos de autor, *Sabam*, en 2004 había logrado que un tribunal nacional obligase al proveedor *Scarlet* a vigilar e impedir, so pena de multa diaria de 2.500 euros, que sus clientes enviasen o recibiesen mediante programas *peer to peer* algún archivo musical del repertorio de sus autores. *Scarlet* recurrió esa sentencia y el caso llegó hasta el Tribunal Europeo.

El dictamen, elaborado por el magistrado español Pedro Cruz Villalón, Abogado General, ni siquiera aceptaba esa obligación cuando emanase de una autoridad judicial. A su juicio, supondría un control generalizado y preventivo de toda la clientela de la compañía y acabaría extendiéndose, tarde o temprano, a todos los proveedores de internet. El magistrado señalaba que esa obligación solo la podría imponer un juez si existiese una ley nacional que dejase clara la posibilidad de limitar los derechos y libertades de los internautas. Cruz Villalón señalaba que con “*el establecimiento del mencionado sistema de filtrado y de bloqueo se limita el derecho al respeto del secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de los datos personales*”, así como “*la libertad de información*”. Esos derechos fundamentales, advertía el magistrado, solo se podían limitar por una ley “*clara y previsible*”.

Este criterio se ha visto confirmado por la Sentencia del caso Sabam de 16 febrero 2012 (JUR 2012\58747; Ponente J. Malenovsky) en la que se sienta que “*las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (LCEur 2000, 1838), relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la*

información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 (LCEur 2001, 2153), relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, y 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (LCEur 2004, 2330), relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, leídas conjuntamente e interpretadas a la luz de los requisitos derivados de la protección de los derechos fundamentales aplicables, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un requerimiento judicial hecho por un juez nacional por el que se ordene a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer un sistema de filtrado de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios; que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela; con carácter preventivo; exclusivamente a sus expensas, y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar en la red de dicho proveedor archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor”.

También en España se han intentado adoptar por el Gobierno medidas para la protección de los derechos de propiedad intelectual en la red que han provocado encendidas protestas por parte de la comunidad de internautas, habiéndose llegado a especular con la posibilidad de cierre de webs de descarga ilegal por parte de la autoridad administrativa y sin intervención de la judicial. En esta línea, mediante Resolución del Ministerio de Presidencia de 12 noviembre 2009 fue creada una Comisión Interministerial de Trabajo para el asesoramiento en la lucha contra la vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante páginas de Internet [BOE 21 noviembre 2009, núm. 281, (pág. 98797); RCL\2009\2244].

Transcribimos, por su grafismo, determinados pasajes del Preámbulo, en los que se pretendía basarse la creación de esta Comisión: “*La revolución digital y la evolución de las llamadas «nuevas tecnologías», en su condición de fenómenos en constante desarrollo, están suponiendo una oportunidad formidable para la creación y la difusión de los contenidos culturales, pero también han hecho surgir y continúan haciendo aparecer, en paralelo, nuevas modalidades de defraudación de los derechos de Propiedad Intelectual. Este conjunto de circunstancias está ocasionando, además de la vulneración de los derechos de Propiedad Intelectual mediante páginas de Internet, cuantiosas pérdidas al sector de las industrias culturales con la consiguiente destrucción de empleo y riqueza de un sector que genera cerca del 4% del Producto Interior Bruto. Asimismo, la competencia que supone el tráfico ilegal existente, sobre todo en el entorno digital, dificulta notablemente las posibilidades de desarrollo de nuevas vías de negocio en dicho marco, limitando una indudable vía de expansión económica, habiendo pasado también este tema a ocupar un lugar preferente en la agenda internacional y europea, así como en los diversos foros dedicados a la materia de Propiedad Intelectual.[...] Tal y como se indica en las Conclusiones del Consejo de Ministros de la Unión Europea del 20 de noviembre de 2008, relativas al desarrollo de las ofertas legales de contenidos culturales y creativos en línea y a la prevención y la lucha contra la piratería en el entorno digital, la piratería en línea puede perjudicar de forma duradera a la adecuada retribución de los titulares de derechos de Propiedad Intelectual, y, más allá de sus consecuencias en la comercialización de los soportes físicos tradicionales (CD, DVD, etc.), constituye un freno importante al desarrollo de la oferta legal de contenidos culturales y creativos en línea, de la que depende, en gran*

medida, el dinamismo de la industria europea de los contenidos culturales y creativos, y amenaza la creación y la diversidad culturales.”

Además, había que destacar la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible (Proyecto de Ley 121/2010/000060, de 30 marzo; LEG\2010\916, Legislatura: IX; Proyecto de Ley de Economía Sostenible). En ella se preveía que pudiera, con autorización judicial, interrumpirse Internet a aquellos abonados que descargasen archivos protegidos por derechos de autor. En este sentido, se introducían modificaciones en el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, de aprobación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI).

Se daba nueva redacción al Art. 158 LPI y, a través de ella, se creaba la Comisión de Propiedad Intelectual dentro del Ministerio de Cultura (su funcionamiento ha pasado recientemente a ser regulado por Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre - RCL\2011\2567). Dentro de ésta existían dos secciones.

La Sección Primera tendría funciones *“de mediación y arbitraje y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”* entre, por una parte, las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y, por otra, las asociaciones de usuarios de su repertorio u organismos de radiodifusión (funciones de arbitraje) y entre las mismas sociedades gestoras de derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución de contenido audiovisual por cable para el caso de que éstas no llegasen a obtener autorización de aquellas para la distribución por cable de una emisión de radiodifusión (funciones de mediación).

La Sección Segunda se encargaría de *“velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de los servicios de la sociedad de la información”*. Se modificaba el Art. 8 LSSI para prever la *“salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”* como una de las causas para restringir la prestación de servicios en el artículo 8 de la LSSI. La Sección podría adoptar las medidas para que se interrumpiera la prestación de un servicio de la sociedad de la información o para retirar los contenidos que vulnerasen la propiedad intelectual por parte de un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, o que hubieran causado o fueran susceptibles de causar un daño patrimonial. También podría requerir a los prestadores de los Servicios de la Sociedad de la Información para que cedieran los datos que permitieran la identificación del responsable de la infracción de los derechos de propiedad intelectual. La ejecución de estos actos, en cuanto pudieran afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución, requeriría de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; siendo la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo. Las anteriores medidas se entendían sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, fueran procedentes.

Todas las anteriores medidas del Proyecto han terminado cobrando ya fuerza de Ley a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55). En particular, es su Disposición final cuadragésima tercera la que lleva la rúbrica de *“Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,*

para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico”.

Frente a los anteriores impulsos legislativos, la actuación de los Juzgados y Tribunales ha revelado una mayor reticencia de éstos a la hora de aplicar sanciones civiles y, desde luego, penales a los usuarios de internet por estos motivos.

En esta línea, podrían citarse las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sentencia núm. 83/2011 de 24 febrero- AC 2011\86 – y Sentencia núm. 301/2011 de 7 julio JUR 2011\254296). La Audiencia consideraba que la actividad desarrollada en la página web de facilitar el enlace o conexión a una red p2p, que permitía compartir archivos -obras musicales o videográficas-, entre los que se encontraban obras del repertorio de la demandante contribuía indirectamente a la infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, pero no llevaba a cabo directamente estos actos. El ofrecimiento del enlace no suponía un acto de disposición del archivo ni de comunicación pública ni de reproducción. Se trataba de hechos que podían dar lugar a un pronunciamiento de cesación, pero no a la indemnización de daños y perjuicios.

Contra lo anterior, en la sentencia del JP Gasteiz (Álava), núm. 2, sentencia núm. 122/2011 de 15 abril (JUR 2011\164620), se condena por delito contra la propiedad intelectual, por comunicar públicamente una obra artística sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos, a través de la página web «www.infektor.com», que contenía enlaces a otras direcciones para llevar a cabo la descarga ilegal de archivos, recibiendo ingresos en concepto de publicidad; y ello por la existencia, en este caso sí, de un claro ánimo de lucro.

Sin duda, el último hito de importancia en toda esta materia ha venido constituido por el cierre el 19 de enero de 2012 por la policía judicial de EE.UU. (FBI) del portal *Megaupload*, uno de los mayores portales de descargas de archivos en internet. *Megaupload* estaba en funcionamiento desde 2005 y permitía a sus usuarios subir archivos y compartirlos con otros internautas, que los podían descargar desde cualquier otro ordenador. Hasta ese momento la compañía no se había visto perjudicada, judicialmente amparada en el hecho de que parte de los contenidos que alojaba eran legales.

(5) El canon digital

Podría empezar por hacerse referencia a algún pronunciamiento judicial como el muy reciente relativo al caso del “*Elrincondejesus.com*” (v. sentencia JPI Barcelona, núm. 7, sentencia núm. 67/2010 de 9 marzo, JUR 2010\90760). La SGAE interpuso demanda contra esta página web de enlaces, demanda finalmente desestimada por la autoridad judicial. Para ésta el sistema P2P no entrañaba, en sí mismo, vulneración de los derechos de propiedad intelectual. En P2P, el intercambio de archivos a través de redes de pares o “*peer to peer*” se apoyaba en un sistema de transmisión directo de datos entre ordenadores en red sin necesidad de clientes ni servidores fijos. Es decir, cada ordenador de la red funcionaba a su vez como servidor, y por eso los intercambios se realizaban entre iguales o pares.

Los contenidos con derechos de autor estaban protegidos en España por el Código Penal y la Ley de Propiedad intelectual. Era delito plagiar, reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra sin permiso, “con ánimo de lucro” y en perjuicio de tercero. Era ilícito civil realizar cualquier tipo de explotación sin permiso del titular de los derechos. En

España, la copia privada estaba reconocida por la ley como una cesión de derechos del autor, o de quien los poseyera, y era un límite a la exclusividad de los derechos de explotación de la obra.

La sentencia dejaba claro que, con la legislación vigente, era perfectamente legal mantener una página de enlaces a sitios de descarga ya que el enlace no suponía un acto de explotación de la obra. Además, la sentencia respaldaba la legalidad del P2P siempre que los archivos (música, vídeo, etc.) proviniesen de una fuente legítima (un original o una copia privada), no se comerciase con ellos y no se consumase una comunicación pública (los intercambios P2P lo eran entre dos usuarios). De hecho, el Juez consideraba que el sistema de “links”, el mero hecho de enlazar, no suponía ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública de las obras protegidas, requisitos que imponía la ley para considerar la vulneración de los derechos de autor.

La compensación equitativa por copia privada (el llamado canon) era un mecanismo de compensación a los titulares de los derechos de autor por las copias privadas. Se gravaban los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital indiscriminadamente con un canon por copia privada. Los fabricantes, importadores o distribuidores habían de abonar dicho canon a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Es decir, en España estaba permitido copiar música, películas, series, etc. para uso personal (no para uso colectivo), y siempre que no se hiciera negocio con esas copias. La sentencia aludía al canon y determinaba que los soportes en los que se grababan las descargas ya pagaban ese canon, por lo que quedaban legitimadas como copias privadas.

Precisamente en relación con el contenido del canon digital, y dejando atrás el contenido de esa sentencia nacional, en mayo de 2010, el dictamen de la Abogada General del Tribunal de Justicia de la UE, Verica Trstenjak, sentaba que el canon digital por copia privada se estaba aplicando de forma ilegal en España. Lo anterior era así porque el canon establecido a favor de artistas, autores y productores sólo podía gravar los equipos y materiales de reproducción digital que presumiblemente se fueran a destinar a la realización de copias privadas y no podía aplicarse “indiscriminadamente” a empresas y profesionales que claramente adquirieran los aparatos y soportes materiales para otras finalidades ajenas a la copia privada. Básicamente, porque ello no era compatible con la normativa comunitaria, ya que no constituía “una compensación equitativa” en el sentido que recogía la Directiva 29/2001 entre los afectados (los titulares de derechos de propiedad intelectual y los obligados directa o indirectamente al pago). El Dictamen fue emitido al hilo de un caso que enfrentaba a la SGAE y a la sociedad Padawan, que vendía dispositivos de almacenamiento electrónico (CD-R, DVD-R, MP3...). La primera reclamaba a la segunda el pago de una compensación a tanto alzado por copia privada de 16.759 euros correspondientes a los dispositivos comercializados entre septiembre de 2002 y septiembre de 2004. La Audiencia Provincial de Barcelona preguntó al Tribunal europeo sobre si el sistema de gravamen español era conforme a la Directiva.

La sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010 en el asunto C-467/08, ha venido a confirmar los planteamientos de la Abogada General, al fallar, entre otros puntos, que: *(i) “el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 ha de interpretarse en el sentido de que el «justo equilibrio» que debe respetarse entre los afectados implica que la compensación equitativa ha de calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento de la excepción de copia privada. Se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la*

previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados”; (ii) “El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados - como sería el caso de empresas u organismos públicos - y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29”.

La Sala Tercera del Tribunal de Luxemburgo concluía que, en el caso de los productos comprados por personas físicas, *“no es necesario verificar en modo alguno que éstas hayan realizado efectivamente copias privadas (...) ni que hayan causado efectivamente un perjuicio a los autores de obras protegidas”*. El Tribunal recordaba que su jurisprudencia anterior ya apuntaba que en materia de derechos de autor bastaba la mera posibilidad de que el usuario pudiera tener acceso a obras protegidas, para que se le impusiera una determinada exacción. Los Jueces citaban al respecto la sentencia que reconoció el derecho de la SGAE a cobrar por los televisores colocados en las habitaciones de los hoteles (v. *infra*).

Finalmente, la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a *Padawan*, tienda de informática, de tener que pagar los 16.759 euros que le reclamaba la *Sociedad General de Autores (SGAE)* por la venta de soportes digitales. La audiencia admitió que la entidad de gestión de derechos de autor tenía la potestad de aplicar el canon sobre los soportes digitales vendidos a particulares, pero no así a las empresas y profesionales. La sentencia iba más allá y eximía a *Padawan* de realizar cualquier tipo de pago por considerar que resultaba imposible calcular qué parte de ese material se destinaba a uso doméstico.

Importante ha sido también la Sentencia de 22 marzo 2011 (JUR 2011\92757) de la Audiencia Nacional que, por cuestiones procedimentales, ha anulado la Orden PRE/1743/2008, de 18 junio, que establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción. Se entendía que se trataba de un Reglamento dictado en ejecución de una norma con rango legal y no, meramente, de un acto administrativo. Por ello, era preceptivo el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado y de las memorias justificativa y económica. Su omisión llegaba a determinar la nulidad de pleno derecho.

ii) El retraso de partida en la Unión Europea

Como observan los autores [Knieps, G.: *“Regulatory reform of European telecommunications: Past experience and forward-looking perspectives”*, ponencia del “12th ITS (International Telecommunications Society) European Regional Conference”, Dublín (Irlanda), 2-3 de septiembre], la primera grieta en el modelo monolítico europeo basado en un único incumbente monopolizando los mercados de las redes y servicios de las telecomunicaciones fue una decisión adoptada por la Comisión en 1982 y confirmada por la

Corte Europea de Justicia en 1985, por la que *British Telecom* no podría ya prohibir a otros competidores el envío de télex. El mensaje importante del caso *BT* fue que la Comisión era capaz de aplicar las reglas de competencia del Tratado de Roma en el ámbito de las telecomunicaciones, regulado hasta entonces por el Derecho Público de los diferentes Estados miembros.

Al margen de las dificultades para la aparición de un mercado europeo de contenidos audiovisuales, a las que se hizo más arriba referencia, se observa que la UE partió también con un importante retraso en lo referente a la transmisión (redes y servicios) con respecto a otros países, como, por ejemplo, EE.UU., Australia o Canadá, cuyos mercados habían seguido fortaleciéndose gracias a un progresivo saneamiento de la competencia.

En el mismo año 98, en que el mercado europeo de las telecomunicaciones apenas si empezaba a estar liberalizado, empresas de cable americanas ya establecidas en el sector se vieron obligadas a contrarrestar la competencia reduciendo sus precios en un 50 % y, en un caso concreto, incluso en algo más del 90 %, a ofrecer de forma gratuita transmisiones de pago por visión, a mejorar la calidad de sus sistemas o a añadir más programas a su oferta básica de TV por cable. También por esas fechas, en Australia, los nuevos operadores que competían en el sector del cable ampliaron su oferta de servicios, en comparación con la de los operadores ya implantados, a fin de generar beneficios adicionales.

Pese a ciertas rémoras, lo cierto es que esa distancia ha llegado a acortarse de forma muy significativa en la última década. Algunos Estados miembros como Dinamarca, Países Bajos o Finlandia figuraron, por ejemplo, entre los mercados de crecimiento más rápido en el segundo semestre de 2003, si bien es cierto que sus cifras de penetración de partida eran ya relativamente elevadas. Francia asistió a un vigoroso crecimiento de las conexiones DSL que la situó en índices de penetración del sector de las telecomunicaciones por encima del promedio de la UE. Los datos de Grecia e Irlanda mostraron también un crecimiento significativo y un verdadero despegue del mercado.

A pesar de que tanto EE.UU. como Corea del Sur mejoraron su comportamiento en 2007, en julio de ese año Dinamarca y los Países Bajos tenían los índices de penetración de la banda ancha más elevados del mundo, y en ocho estados miembros ese índice era más elevado que en EE.UU. No obstante, la situación de, en particular, el mercado Coreano parecía aún muy alejada. Éste se mostraba como modélico en todo lo referente a la aparición de nuevos servicios (portabilidad absoluta del acceso a IT de banda ancha desde 2006 y también de servicios de TV digital interactiva y portátil) y a la optimización de las infraestructuras (tasas de penetración de la banda ancha por encima del 23 % en 2007 y previsión de una red convergente de banda ancha a 50/100 MBts en 2010 para 20 millones de usuarios).

Como algunos de los principales factores causantes de ese retraso inicial del mercado europeo de las comunicaciones electrónicas de que venimos tratando tal vez cupiera identificar dos interrelacionados, a saber, el suministro conjunto de redes de telecomunicaciones y de TV por cable por parte de los operadores tradicionales y las dificultades de acceso al bucle local desglosado. A los anteriores habría que añadir las demoras en la implantación de la Red Transeuropea de Telecomunicaciones. Sobre todos estos puntos volveremos más adelante en otros epígrafes de este apartado.

iii) Repaso de la situación europea por sectores

(1) Referencia general

Informes de la Comisión referidos al periodo 2002/2003 vinieron a subrayar el frágil estado del mercado de las comunicaciones electrónicas a la vista de una serie de factores entre los que descollarían la desaceleración económica mundial, el estallido de la burbuja de IT y el nivel de endeudamiento por parte de algunos participantes en el mercado a causa de inversiones en el aumento masivo de redes de infraestructura o en la adquisición de licencias de tercera generación de telefonía móvil.

Sin embargo, en otoño de 2003 se percibían ya síntomas de recuperación de la economía en términos generales, que habrían de dejarse sentir también en el segmento de las comunicaciones electrónicas. Últimamente, la iniciativa de crecimiento i2010, a la que se hará más abajo referencia, puesta en marcha por la Comisión en julio de 2003, ha insistido en la necesidad de fortalecer el segmento de las comunicaciones electrónicas mediante el fomento de las conexiones de banda ancha¹⁰.

(2) El segmento de las tecnologías de la información y de la comunicación

(a) TIC y productividad

Como observa la doctrina especializada (*GAPTEL*, Pérez, J., y otros, “*Productividad, crecimiento económico y TIC*”, editado por Red.es, Marzo de 2004), la función de producción relaciona cantidades de factores de producción (*input*) empleados, con niveles de producto (*output*) obtenidos. Los *inputs* o factores de producción clásicos son el trabajo y el capital. Existe una Ley de la economía que responde al llamado fenómeno de los rendimientos marginales decrecientes y conforme a la que la producción derivada de una unidad adicional de factor, es cada vez menor a medida que aumentamos la cantidad de ese

¹⁰ Pueden destacarse como fuentes manejadas para la elaboración de este epígrafe y de los que siguen: **(1.º)** Octavo informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones – Telecomunicaciones en Europa - Reglamentación y mercados, 2002 (COM/2002/0695 final), **(2.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Reglamento y Mercados de Comunicaciones Electrónicas Europeas 2003 - Informe sobre la aplicación del paquete regulador de comunicaciones electrónicas de la UE [SEC(2003) 1342] /* COM/2003/0715 final */; **(3.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2004 [SEC(2004)1535] /* COM/2004/0759 final */; **(4.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe) [SEC(2006)193] /* COM/2006/0068 final */; **(5.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones - Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2006 (Duodécimo informe) {SEC(2007) 403} /* COM/2007/0155 final */; **(6.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones – Informe sobre el Mercado Único Europeo de las Comunicaciones Electrónicas 2007 (Décimotercer Informe) SEC(2008) 356} COM(2008) 153 final; **(7.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Conectando Europa a alta velocidad: evolución reciente del sector de las comunicaciones electrónicas /* COM/2004/0061 final */; **(8.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Conectando Europa a alta velocidad : estrategias nacionales de banda ancha {SEC(2004) 599} /* COM/2004/0369 final */.

factor utilizado. Lo anterior determina que, a largo plazo, una economía no pueda llegar a crecer sobre la base de la simple agregación de factores y que, para ese crecimiento, sea necesario acudir al cambio tecnológico que supone que, con los mismos niveles de capital y trabajo, sea posible obtener una mayor producción. Desde esta perspectiva las TIC se revelan de capital importancia.

Puede apuntarse como sustrato teórico de lo anterior la llamada “economía de la información”, que surge a mediados de los años 70 con la crisis del petróleo para superar las crisis del desarrollo basado en el modelo fordista, que implicaba la producción masiva de bienes de consumo a partir del empleo también masivo de mano de obra (pleno empleo) y del consumo igualmente masivo de productos con un alto coste energético y de materias primas. En la sociedad postindustrial definida por Bell en 1973, el crecimiento debía basarse en la economía de la información, es decir, en la manipulación de bienes inmateriales.

Se acepta generalmente que las TIC pueden contribuir al incremento de la productividad por tres vías: (1. ª) un incremento de la producción y de la productividad en el propio sector TIC como consecuencia de la innovación implementada en dicho sector; (2. ª) a consecuencia de lo anterior y de la rebaja de precios y de la mejora de calidad de los bienes y servicios TIC, una reducción de los costes de producción en el sector no TIC que, a su vez, permitirá invertir en I + D dentro de dicho sector no TIC; (3. ª) derivado de lo anterior, un incremento de la productividad de los factores de producción, a saber, capital y empleo.

Desde que en 1987 R. Solow anunciara su paradoja conforme a la que “*Los ordenadores se ven por todas partes menos en las estadísticas de productividad*”, han sido muchos los esfuerzos realizados para rebatirla. En el caso concreto de EE.UU., trabajos como el de Oliner y Sichel [ver Oliner, D.S. and D.E. Sichel (2001), “*The Resurgence of Growth in the Late 1990s: Is Information Technology the Story*”, *Board of Governors of the Federal Reserve System, Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No. 4, pp. 3-22; y los mismos autores, (2002): “*Information Technology and Productivity: Where Are We Now and Where Are We Going?*”, *Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review*, 3rd Quarter, 87(3), pp. 15-44.] muestran que la contribución del capital TIC al crecimiento económico estadounidense, supera de una manera clara y rotunda a la del resto de capital (no TIC), fundamentalmente a partir de la década de los 90.

En el caso de Europa, por la ausencia de datos estadísticos tan abundantes, resulta más complicada la prueba de ese impacto de las TIC en la productividad. Básicamente, los estudios elaborados para la economía europea muestran que el crecimiento de las ramas productoras de las TIC y la mayor utilización de estos bienes como factor productivo han tenido un efecto positivo sobre la expansión del PIB, aunque inferior que en el caso americano. Según datos de la Comisión Europea facilitados en 2005, las TIC representaban en la UE un 40 % del incremento de la productividad; conforme a la información facilitada por la OCDE también en 2005, en el periodo 1995-2000, el 84 % del crecimiento de la productividad en EE.UU. se produjo gracias a las TIC. Por otra parte, ese crecimiento de las TIC en Europa no parece haber sido suficiente para contrarrestar el efecto de otros factores que han incidido negativamente [puede consultarse en este sentido Ark, B. van, y otros: (i) “*ICT and productivity in Europe and the United States. Where do the differences come from?*”, *CESifo Economic Studies*, Vol. 49, 3/2003, pp. 295-318; (ii) “*ICT Investment and Growth Accounts for the European Union, 1980-2000*”, *final Report on “ICT and Growth Accounting” for DG Economics and Finance of the European Commission, Brussels*; <http://www.eco.rug.nl/GGDC/dseries/Data/ICT/euictgrowth.pdf>, (2002)].

No obstante, otros estudios acometidos por el profesor Jorgenson de Harvard, basados en datos y metodología estadística más actuales [(i) Jorgenson, D.W., (2003), “*Information Technology and the G7 Economies*”, Harvard University, trabajo presentado en *Prices, Productivity and Economic Growth*, Banco de España. Octubre; (ii) Jorgenson, D.W., (2001), “*Information Technology and the U.S. Economy*”, *American Economic Review*, Vol. 91, No. 1, pp. 1-32.; (iii) Jorgenson, D.W., and K. Motohashi (2003), “*Economic Growth of Japan and the U.S. in the Information Age*”, Tokyo, *Research Institute of Economy, Trade, and Industry*, July] han logrado demostrar que el “milagro” americano del crecimiento de la productividad en los últimos años, debido en gran parte a las TIC, no es exclusivo de este país. El resto de economías más desarrolladas también han experimentado una contribución al crecimiento muy importante de este *input* a raíz sobre todo del gran descenso de los precios ocurrido en la segunda mitad de los 90. En concreto, el análisis de Jorgenson se centra en las economías de los países del denominado G-7, es decir, de los siete países más ricos del planeta, y en todos ellos demuestra que existe un aumento muy importante de la inversión en tecnologías de la información y equipamiento después de 1995, y que esta inversión significó una parte importante del crecimiento económico experimentado en todas estas economías, no únicamente en la de los Estados Unidos como hasta ahora se creía.

Refiriéndonos a la situación de España, los riesgos, aparentemente confirmados por la reciente evolución de la economía, han sido los derivados de la existencia de crecimiento económico sin incremento de la productividad o, puesto en otros términos, la constatación de un crecimiento económico de corto recorrido que no se ha visto respaldado por un incremento de la productividad que permita confiar en un crecimiento económico también a largo plazo con vistas a converger con las economías más avanzadas que nos rodean. En este sentido, si bien la economía española pudo crecer más en los albores del siglo XX que otras de su entorno, bien pudo haberlo hecho con tasas de incremento de la productividad menores. Lo anterior puede encontrar su explicación en el dato de que los incrementos de producción, que no de productividad, se sustentaron más en la creación de empleo que en la inversión en capital. Es decir, que se crearon más puestos de trabajo, lo que inevitablemente supuso un incremento de los *outputs*, sin embargo la intensificación del capital expresada en el *ratio* capital/trabajo descendió de forma muy considerable.

La situación en España es la de que el gasto en I + D procedente del sector privado se sitúa en el 0,5 % del PIB, casi igual que hace 10 años, menos de la mitad del promedio de la UE, y una tercera parte del promedio correspondiente de la OCDE. Una empresa como *Microsoft* gasta al año en torno a 7.000 millones de dólares en actividades de investigación y desarrollo, cantidad que, según la propia *Microsoft*, supone, más de una vez, lo que se gasta en toda España en investigación pública y privada. Siendo éste el panorama, el estudio de *GAPTEL* termina por concluir¹¹: “*Sin duda el desequilibrio es patente, se necesita innovar para que*

¹¹ Sobre toda esta materia puede consultarse, entre la extensa bibliografía traída a colación en el estudio de *GAPTEL*: (i) Banegas, J. (2003), “*La nueva economía en España. Las TIC, la productividad y el crecimiento económico*”, Colección La sociedad red, Alianza Editorial, Madrid; (ii) Colecchia, A., y P. Schreyer (2002), “*The Contribution Of Information And Communication Technologies To Economic Growth In Nine OECD Countries*”, OECD Economic Studies No. 34, 2002/I, Paris; (iii) Estrada y López Salido (2001). “*Accounting for Spanish Productivity Growth Using Sectoral Data: New Evidence*”, Banco de España, Working Paper nº 0110; (iv) Gordon, R.J., (2000). “*Interpreting the 'One Big Wave' in US Long-Term Productivity Growth*” CEPR Discussion Papers 2608, C.E.P.R.; (v) Gordon, R.J., (2002). “*Two centuries of Economic Growth: Europe Chasing the American Frontier*” Northwestern University, Economic History Workshop, (17 de octubre); (vi) Ontiveros, E. (2001). “*La Economía en la Red*”. Taurus, Madrid; (vii) Pilat, D., y A.W. Wycoff (2003), “*Production And Use Of ICT: a Sectoral Perspective On Productivity Growth In The OCDE Area*”,

las empresas inviertan según las necesidades derivadas de la innovación, e invertir en la innovación ya existente para generar más recursos. Inversión e innovación se complementan, pero una y otra no deben dejar de incrementarse”.

(b) Situación general

El concepto de TIC es difuso. Si atendemos a la definición que de las TIC se da en el glosario disponible en la web de Red.es, éstas son *“un conjunto de herramientas, habitualmente de naturaleza electrónica, utilizadas para la recogida, almacenamiento, tratamiento, difusión y transmisión de la información”.*

En palabras del Comité Económico y Social Europeo [v. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — i2010 — Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo COM (2005) 229 final (DO C 110 de 9.5.2006, p. 83/88)]: *“Las TIC son «tecnologías de ámbito general». Estas tecnologías permiten la transformación de prácticamente toda la sociedad puesto que se diseminan en numerosísimas aplicaciones, a menudo integradas entre sí. Otro ejemplo de «tecnología de ámbito general» en el siglo XX podría ser el motor de combustión. Cuando se inventó el coche, no fue la industria automovilística la fuerza que impulsó el prolongado tirón que registraron las economías occidentales en el siglo XX, sino las infraestructuras que construimos para hacer uso del automóvil, desde las carreteras y los nuevos sectores de servicios hasta el cambio en los modelos de vida y los sistemas de distribución de mercancías”.*

En esta misma línea de pensamiento, puede observarse como, del igual modo que la revolución industrial fue posible por la invención de la máquina de vapor y por su posterior perfeccionamiento y aplicación a las industrias extractivas y manufactureras, así como a la construcción y al transporte, la evolución de la banda ancha es lo que permite proporcionar servicios y contenidos que anteriormente eran suministrados de una manera diferente, en ocasiones más ineficiente. La influencia decisiva ejercida por las TIC sobre la economía en general se traduce en afirmaciones como la de que *“las barreras a la adopción y uso eficiente de las nuevas tecnologías son cruciales para entender el crecimiento económico moderno”* (S. L. Parente & E. Prescott; *“Barriers to Riches”*).

Entre **1995** y **2000**, el 40 % del aumento de la productividad registrado en la UE se debió a las TIC. En el año 2000 este sector representó alrededor del 8 % del PIB de la UE y el 6 % del empleo, siendo uno de los más innovadores y productivos. Para el año **2004** las previsiones eran las de que el mercado europeo de las TIC fuera a situarse en un valor de 611.000 millones de euros (de los que 37.362 millones corresponderían al español, frente a los 35.401 millones de 2003). Estas cifras arrojaban para 2004 una previsión de crecimiento de las TIC en Europa del 3,1 % y del 5,5 % en España. Tales previsiones de crecimiento del ramo de las TIC en nuestro país, por encima de la media europea, se correspondían con las referidas a la economía en general: en el periodo 1995-2003 la tasa de crecimiento anual del PIB en España fue la del 3,31 % frente al 2,16 % de la UE de los 15.

OECD Economic Studies No. 35, 2002/2; (viii) Steindel, C., y K.J. Stiroh (2001), *“Productivity: What Is It, and Why Do We Care About It?”*, Federal Reserve Bank of New York, Staff Reports nº122, (abril).

Se advertía, sin embargo, que estos datos no debían llevar a ser excesivamente complacientes. Voces autorizadas dentro del sector, como la del Presidente de la *Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones de España (AETIC)*, Jesús Banegas, venían advirtiéndolo sobre los riesgos de descuidar el factor del I + D. En este sentido, no se dudaba en calificar el español como un modelo más basado en la “transpiración” o empleo de factores que en la “inspiración” o progreso técnico. Y como indicadores de lo anterior se apuntaban los siguientes datos: **(a)** España estaba a la cola en la generación de patentes (18 por millón de habitantes frente a la media europea de 128); **(b)** los porcentajes de empleo en I + D en las empresas españolas eran muy bajos (un 1,6 % frente al 5,7 % de Alemania y al 10,2 % de EE.UU.); **(c)** sólo un 7 % de las empresas de nuestro país investigaban de modo sistemático; **(d)** la contribución porcentual de la fabricación TIC al PIB fue sólo del 0,62 % (frente al 1,12 % de la UE de los 15 y al 1,71 % de EE.UU.) y la de los servicios TIC del 3,67 % (frente al 4,82 % de la UE de los 15 y al 5,03 % de EE.UU.).

Entre los factores causantes de lo anterior se destacaban los que siguen: **(a)** la elevada presión fiscal traducida en que el tipo medio impositivo sobre los beneficios empresariales se situase a la cabeza de los de la UE o en que las tasas parafiscales en el ámbito de las telecomunicaciones superasen a las cuotas del Impuesto sobre la renta de las sociedades; **(b)** las altas cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de las empresas que rayaron el 25 % en 2003, frente a la media de la UE apenas por encima del 15 %; o **(c)** un presupuesto TIC del Gobierno decreciente, escaso y parcialmente ejecutado (Banegas Núñez, J.; Ponencia “*Metamorfosis de la economía española: para seguir avanzando*” en XX Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo).

Además de su escasa magnitud, la inversión en I + D en nuestro país presentaba otras singularidades con respecto a la verificada en otros países de la UE: “*Como característica distintiva del caso español respecto a la mayoría de los países de su entorno, hay que destacar que los principales agentes con los que cooperan las empresas españolas para realizar su I+D son las universidades y otros organismos públicos, en contraste con lo observado en la UE, donde destacan además los acuerdos con proveedores y clientes, no tan frecuentes en España. Además, el proceso innovador en España tradicionalmente ha ido dirigido a buscar la reducción de costes, dejando en un segundo plano la innovación en productos y por lo tanto la diferenciación a través del valor añadido. España es la octava potencia del mundo en términos de PIB y, sin embargo, ocupa el puesto 25 sobre 104 países en cuanto a desarrollo tecnológico y el 31 en implantación de las TIC. No parece que la posición sea sostenible a largo plazo si las empresas no adoptan la tecnología, y entre ellas las TIC, como modo de mejorar su productividad*” (“Sociedad de la Información España 2006” de Telefónica).

Paradójicamente, ese retraso en la implantación de las TIC en nuestro país se daba a pesar de que las mismas se llevaban una buena parte del presupuesto destinado a I + D: “*En España la inversión en I+D realizada por el sector TIC constituye un porcentaje muy elevado sobre la inversión total del país. Así el 33% de la inversión realizada por las empresas en España en I+D durante el año 2004 pertenecía al sector de las TIC. Todavía más relevante es la contribución en innovación del sector TIC, que constituye el 42 % del total también en el año 2004. De las 22 empresas españolas que se encuentran entre las 1.000 europeas que más invierten en I+D, la primera y la tercera pertenecen al sector TIC. Se trata, en concreto, de un operador de telecomunicaciones (Telefónica) y de una empresa dedicada a las Tecnologías de la Información (Indra)*” (Ídem Supra).

En la UE, las TIC representaron el 5,8 % del PIB (frente al 6,3 % de EE.UU.), el 3 % del empleo cualificado (frente al 3,8 % de EE.UU.) y el 18 % de las inversiones (frente al 29 % de EE.UU.) según el “*Informe sobre el desarrollo mundial de las telecomunicaciones/TIC 2006*” de la UIT. Los gastos totales en el área de tecnologías de la información movieron en España más de 18.800 millones de euros durante 2006, una cifra que supuso un crecimiento del 7 % en relación al ejercicio anterior (Fuente *Forrester Research*). Pese a ello, el gasto total en Tecnologías de la Información y Comunicaciones en España se mantenía como uno de los más bajos de los países de la OCDE y las tasas de crecimiento seguían siendo inferiores a las registradas en los últimos años del siglo XX. En **2008** el hipersector TIC facturó en España 102.668 millones de euros en, según *AETIC*, lo que suponía un estancamiento con respecto a la facturación registrada en 2007, situación que con anterioridad sólo había llegado a darse en 1992.

Para **2009**, las previsiones en cuanto a la evolución de todo el sector TIC a escala mundial eran poco halagüeñas. Los datos publicados por alguna consultora (*Gartner*) anunciaban un retroceso del gasto en TIC aún mayor que en 2001, tras la explosión de la burbuja de Internet. Si en este último año el gasto se redujo en un 2,1 %, las previsiones para 2009 eran las de un retroceso del 3,8 %. La misma consultora advertía de una caída sin precedentes en la inversión en determinados segmentos tecnológicos, un 14,9 % en *hardware*, un 1,7 % en servicios de IT y un 2,9 % en el sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas. Sólo se preveía un incremento de la inversión en *software*, un 0,3 %.

En ese mismo año 2009, y volviendo al escenario español, la industria tecnológica española vivió el peor año de su historia. Según *AETIC*, la facturación del hipersector TIC español bajó un 9 %, hasta 93.861 millones de euros. Se trataba de la mayor caída en los 39 años sobre los que se disponía de registros. Además el retroceso de facturación había afectado a todos los segmentos del negocio. El área que había experimentado la peor evolución había sido la industria de la telecomunicación, pero también el volumen de negocio de la electrónica de consumo había caído un 11 % hasta 3.899 millones de euros. Asimismo, las tecnologías de la información (TI) registraron una caída en su volumen de negocio del 9 % hasta 16.128 millones.

En **2010**, los ingresos en el sector de las tecnologías de la información (TI) crecieron un 3,6 %, hasta los 18.097 millones de euros, lo que suponía un crecimiento superior al de la media de la UE cifrado en el 2,7 %. La actividad del sector aportó un 1,56 % al PIB, mejorando en tres puntos básicos el valor de 2009. Por segmentos, la venta de equipos mejoró un 7,2 %, hasta 3.503 millones de euros, gracias a la renovación del parque de dispositivos del sector empresarial y al crecimiento registrado en la venta de *tablets* y miniportátiles. En cuanto al *software*, los ingresos subieron un 0,8 %, hasta 1.824 millones, y los servicios cayeron un 0,2 %, pese a que la gestión de contenidos a través de internet creció más de un 20 %. Las empresas del sector dedicaron el 4,2 % de sus ingresos, es decir 762 millones, a I+D; una partida que había caído por primera vez desde 1994 (Fuente *Ametic*).

Tras el estancamiento del mercado en 2009, las fusiones y adquisiciones en el sector de las TIC recuperaron su actividad en 2010. En ese año se registraron 393 operaciones (un 32% más que en 2009), con un valor total de 75.700 millones de euros, más del doble que el año anterior, cuando sumaron un valor de 36.800 millones (Fuente: “*Informe de PwC sobre transacciones en el mercado tecnológico*”). 2010 supuso la vuelta a las grandes operaciones, pues se completaron 18 transacciones superiores a los 1.000 millones de euros, cifra que

duplicó la de 2009. Estas compras estuvieron lideradas, además, por las compañías americanas; por ejemplo, el número de empresas de EE UU que adquirió alguna empresa europea subió un 68 %. Por zonas geográficas, EE UU recuperó su dominio y acumuló el 39 % del volumen total, con 127 operaciones nacionales, cuya inversión ascendió a los 39.000 millones de euros. En Asia se registraron 98 operaciones con un valor total de 11.000 millones de euros. Por su parte, las compañías europeas recobraron sus inversiones y Europa acumuló el 25 % de la actividad (en comparación al 17 % de 2009).

En **2012**, el hipersector TIC español, que aglutinaba ocho sectores (entre ellos, contenidos digitales, tecnologías de la información y las comunicaciones y electrónica de consumo), estaba formado por un total de 24.371 empresas, lo que suponía el 1,61 % de todas las existentes en la estructura productiva española. Además, empleaba a 386.009 trabajadores, el 2,10 % de la fuerza laboral del país. El hecho de que este hipersector constituyera casi el 2 % de la estructura productiva nacional y, sin embargo, supusiera el 6 % del PIB se interpretaba como un indicativo de que las empresas de esta industria eran muy productivas. También destacaba la elevada cualificación del sector, cuyos empleados representaban el 5,7 % de los trabajadores con titulación superior. Esto hacía que las TIC resultaran clave para salir de la crisis, por su transversalidad, y que pudieran emplearse como palanca para impulsar esa misma salida (Fuentes: *Cinco Días* de 14 de abril de 2012 y Red.es).

(3) El segmento de las comunicaciones electrónicas

Según se desprende del anterior epígrafe, y para nuestros efectos, conviene retener que las TIC conforman un ámbito más amplio que el de las comunicaciones electrónicas, al que engloban y desbordan. La razón de lo anterior sería, sobre todo, la de que las TIC incluyen los servicios de la Sociedad de la Información, que sólo constituyen servicios de comunicaciones electrónicas cuando implican el transporte de señal; lo que no ocurriría, por ejemplo, en la sola visita de *websites* (*Vid Supra*). En el medio o largo plazo, estas diferencias tenderán a diluirse por efecto de la convergencia tecnológica.

Si nos centramos en este concreto sector, el de las comunicaciones electrónicas, cabría apuntar los siguientes datos. Entre **1999** y **2001**, el valor del mismo en Europa aumentó en un 24%. En **2002**, según las estimaciones, registró un crecimiento de entre un 5 % y un 7 %, es decir, algo inferior al 9,5% de 2001, pero por encima de la tasa de crecimiento del PIB cifrada en el 1 %, lo que revelaba la buena salud de que gozaba este segmento. En **2003**, el crecimiento nominal del sector vino a situarse entre el 3,7 % y el 4,7 %, mientras que el índice de crecimiento nominal del PIB de la UE vino a ser del 3 %. Las consideraciones de la Comisión apuntadas en otros epígrafes en cuanto al retroceso del segmento se basaron en este último dato.

A partir de **2004**, el ramo de los servicios de comunicaciones electrónicas recuperó el tono y vino a consolidarse como factor esencial de impulso para la economía europea, en términos de crecimiento, prosperidad e innovación, con unas perspectivas cada vez más favorables. Dentro de las TIC, el segmento que más creció en ese año fue el de las comunicaciones electrónicas con un porcentaje del 5,6 %, frente a la media de todo el sector TIC cifrada en el 5,4 %. Este crecimiento en parte se debió a la instauración del nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas que garantizaba la competencia en el mercado europeo.

En **2005**, el valor del sector de las TIC ascendió a 614.000 millones de euros, de los cuales 273.000 millones correspondieron a servicios de comunicaciones electrónicas. En **2006**, ese

mismo valor del sector TIC se situaba en los 649.000 millones de euros y, de ellos, 289.000 millones eran atribuibles a servicios de comunicaciones electrónicas (es decir, que tanto en 2005 como en 2006 los servicios de comunicaciones electrónicas representaron un 44,5 % de todo el sector TIC). Suponía lo anterior que en 2005 la tasa de crecimiento disminuyó para situarse entre un 3,8 y un 4,7 % y, más aún, en 2006, en que bajó hasta el 2,3 %. En España, también en 2006, la tasa de crecimiento fue superior a la europea, en concreto del 5,8 %, aunque también inferior a la de 2005. En 2006, el gasto en comunicaciones en nuestro país era aún comparable al de las grandes economías y se mantenía un poco por encima de la media europea (3,8% del PIB en España frente al 3,37% de la media europea).

En **2007**, los ingresos procedentes del segmento de las comunicaciones electrónicas en Europa se estimaron en 293.000 millones de euros, frente a los 289.000 millones de 2006 (crecimiento del 1,38 %). Por otra parte, comenzaban a hacerse sentir dentro de este segmento los efectos de la fortísima crisis global. Síntoma de lo anterior, en lo que a nuestro país se refiere, fue la cancelación de más de 700 licencias de telecomunicaciones por la CMT.

También en España, el informe de la CMT referido al cuarto trimestre de **2008** advertía una caída de los ingresos totales de los servicios de comunicaciones electrónicas, aunque se mantenían al alza en el conjunto del año. El mercado de las industrias de la telecomunicación cayó un 10 % en 2008, hasta 5.413 millones, siendo lo más preocupante la caída del 17 % dentro de la inversión en redes.

Para **2009**, la consultora *Gartner* advertía de una caída del 2,9 % en la inversión en el sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas a escala mundial. En España, en ese mismo año 2009, se produjo una caída de facturación en la industria de la telecomunicación del 24 % hasta 4.098 millones de euros. Esto era debido principalmente a una menor inversión en redes, pero también los servicios de telecomunicaciones habían caído un 4%.

En julio de **2010** la CMT presentaba datos que certificaban la frustración de las perspectivas de inversión en redes de banda ultra ancha de nueva generación (velocidades en torno a los 100 megas) por parte de los operadores de telecomunicaciones. En 2009 la inversión de los operadores de telecomunicaciones cayó un 17,3 % hasta los 4.277 millones, la cifra más baja desde 1997, antes de la liberalización del mercado en España. El presidente de la CMT achacaba la rebaja de inversión a las restricciones de los bancos a la financiación por las menores expectativas de crecimiento y a la escasa demanda. Todo ello, en su conjunto, había tenido un claro reflejo en los ingresos del sector. Por primera vez desde la liberalización, el negocio de las telecomunicaciones había perdido fuelle y había cedido posiciones. La caída era del 5,4 % y la cifra final de 41.765 millones de euros.

(4) El segmento de la banda ancha

(a) En el mundo

El término “ancho de banda” está relacionado con las características físicas de un sistema de telecomunicaciones y se refiere a la velocidad a la que puede transferirse la información. En sistemas analógicos, como la telefonía tradicional de circuito conmutado, se mide por la frecuencia (en Hertzios). En sistemas digitales, se mide por el número de *bits* por segundo. El término “banda ancha” (*Broadband*) suele utilizarse para describir las conexiones a Internet

que son “permanentes” y ofrecen una velocidad significativamente más elevada que las conexiones por marcación (*Dial Up Access*), haciendo posible la oferta de contenidos, aplicaciones y servicios innovadores.

La mayor parte de las definiciones actuales vinculan la banda ancha a la capacidad de transmisión. Sin embargo, dado que la velocidad evoluciona con el desarrollo de aplicaciones que demandan un mayor ancho de banda, las definiciones de este tipo pueden quedar obsoletas en breve plazo. Así, por ejemplo, cuando la velocidad predominante en EE.UU. era de 2,5 Mbps - 10 Mbps, en la UE era de 512 Kbps - 2 Mbps (fuentes: IDATE, FCC). Por estas razones, existen definiciones muy diversas de la banda ancha. Según la Recomendación I.113 de la UIT, banda ancha es la capacidad de transmisión que es más rápida que la RDSI a velocidad primaria. La FCC considera de banda ancha las velocidades superiores a 200 Kb/s, y la OCDE, los servicios con capacidad descendente de al menos 256 Kb/s.

Recientemente, en España, el Art. 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55), que lleva la rúbrica de *“Inclusión, como parte integrante del servicio universal, de una conexión que permita comunicaciones de datos de banda ancha a una velocidad de 1 Mbit por segundo”*, ha venido a disponer: *“1. La conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet, garantizada por el servicio universal de telecomunicaciones, deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo. Dicha conexión podrá ser provista a través de cualquier tecnología. El Gobierno, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, mediante Real Decreto, establecerá las condiciones de acceso de banda ancha a la red pública y podrá actualizar esta velocidad de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica, teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios. 2. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta de los Ministros de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda, y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, garantizará el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal. En particular, podrá fijar un precio máximo para las conexiones que permitan comunicaciones en banda ancha incluidas dentro del servicio universal”*.

Desarrollando estas ideas (GAPTEL, “Banda Ancha”, Red.es, Julio 2004): *“La alta capacidad o velocidad de transmisión es un concepto relativo que evoluciona en el tiempo hacia demandas de mayores velocidades, y que varía significativamente de país a país. En un primer momento se denominó banda ancha a aquellas conexiones a Internet que poseen una capacidad mayor que las conexiones telefónicas tradicionales o dial-up y surgieron diversas definiciones. Hoy hay un amplio acuerdo en que ligar la definición de banda ancha únicamente a una capacidad de transmisión ofrece una pobre dimensión de este concepto y condena a dicha definición a caer rápidamente en la obsolescencia. En la línea de recientes informes de la Unión Europea, debe entenderse banda ancha como: Conjunto amplio de tecnologías que han sido desarrolladas para soportar la prestación de **servicios interactivos innovadores**, con la característica del **siempre en línea** (always on), permitiendo el **uso simultáneo de servicios de voz y datos**, y proporcionando unas velocidades de transmisión que **evolucionan** con el tiempo, partiendo de los 128Kb de velocidad en sentido descendente que puede considerarse actualmente el mínimo para la denominación de Banda Ancha”*.

A escala mundial un dibujo de la situación de la banda ancha puede encontrarse en el citado *“Informe sobre el desarrollo mundial de las telecomunicaciones/TIC 2006 de la UIT”*

(*Supra Cit.*). Los datos se refieren al número total de clientes en el mundo con acceso a IT de banda ancha (**años 2003, 2007 y 2011**) a través de cada una de las plataformas de suministro de servicios de banda ancha (DSL, fibra óptica, cable y bucle local inalámbrico). En DSL los datos eran: 100 millones en 2003; 200 millones en 2007 y 400 millones (esperados) en 2011. En fibra: menos de 100 millones en 2003; más de 200 millones en 2007 y más de 400 millones (esperados) en 2011. En cable: más de 100 millones en 2003; unos 300 millones en 2007 y más de 500 millones (esperados) en 2011. En bucle local inalámbrico: más de 100 millones en 2003; más de 300 millones en 2007 y menos de 600 millones (esperados) en 2011.

Según informaciones de la prensa económica de septiembre de 2009 (*Diario Cinco Días*: edición digital), en Japón, el 48 % de las conexiones de banda ancha se hacían por fibra óptica (la nueva red que llevaba a los hogares velocidades de conexión a internet de 100 megas y televisión de alta definición) y en Corea del Sur, la cifra era del 44 %. En Europa, mientras tanto, el porcentaje era del 2 %.

A escala mundial, entre 2010 y 2011, llegaron a percibirse síntomas del progreso de la banda ancha fija (datos de *Broadband Forum* para el primer trimestre de 2011). En términos interanuales, el avance fue del 11,9 % hasta superar los 540,6 millones de clientes. A lo largo del último año, la banda ancha fija había incorporado en todo el mundo más de 57,6 millones de nuevos usuarios. Asia fue la zona de mayor crecimiento, con un crecimiento interanual del 16,21 % hasta superar los 226,4 millones de usuarios de banda ancha fija. A continuación se situó el área de Oriente Próximo y África con un avance interanual del 11,49 % hasta superar los 16,4 millones de clientes. Europa registró un crecimiento interanual del 9,20 % frente a un 8,55 % de América.

(b) En Europa

Como ya se apuntó, el progreso del segmento de las comunicaciones electrónicas ha ido estrechamente vinculado al de la banda ancha. Esta es la razón de la existencia de diversas iniciativas europeas encaminadas a promover el desarrollo de la banda ancha que coexisten con las adoptadas en el ámbito nacional. Por citar sólo algunos ejemplos de estas últimas:

- **La red de área metropolitana irlandesa**. Esta iniciativa implicaba la construcción de anillos de fibra óptica de alta velocidad para enlazar los distritos comerciales básicos de 19 ciudades del país en asociación con las organizaciones gubernamentales locales y regionales. Estas redes metropolitanas suministrarían banda ancha a empresas, centros escolares, hospitales y usuarios privados en régimen de acceso abierto. Se comprometieron 64 millones de euros para la primera fase del programa referida al bienio 2003-2004. Una entidad neutral sería la encargada de gestionar las redes. Esta iniciativa se complementaría además con otros 140 millones de euros procedentes de fondos públicos, a invertir hasta 2007, para ofrecer infraestructura de banda ancha de acceso abierto en todas las ciudades con una población superior a 1.500 habitantes, previéndose un régimen de agrupación para facilitar a las pequeñas comunidades la puesta en común de sus demandas de banda ancha.
- **El proyecto de Pirineos Atlánticos**. Francia quería respaldar el establecimiento de una infraestructura abierta, al servicio del público en general, en una zona geográfica donde, o bien ni siquiera había banda ancha, o bien su cobertura se consideraba insuficiente al haber un solo proveedor que prestara este servicio. La Comisión señaló

que el proyecto habría de limitarse a proporcionar infraestructura y acceso a los operadores, pero sin prestar directamente servicios a los usuarios finales.

- **Los proyectos de Escocia, Midlands Orientales y Lincolnshire (Reino Unido).** Implicaban la prestación de servicios de extremo a extremo más allá del mero suministro de infraestructura para permitir el acceso. La Comisión consideró que, si bien era cierto que contenía elementos de ayuda, el proyecto no falseaba la competencia en una medida contraria al interés común, dado que contenía múltiples salvaguardias que garantizaban que solamente iba a concederse la ayuda mínima necesaria.

En el bienio **2002-2003** el número de conexiones de banda ancha en Europa creció espectacularmente. El índice de penetración medio de la banda ancha en la UE, definido como porcentaje de la población total que representaba el número de abonados, pasó de menos del 3,4 % a finales de 2002 al 6 % a finales de 2003. Las líneas fijas de acceso de banda ancha llegaron casi a duplicarse en un año. En octubre de 2002, el número de conexiones de banda ancha en la UE ascendía a 10,6 millones, a fines de junio de 2003 había 17,5 millones, cuatro meses más tarde ese número era de 19,5 millones y, a finales de ese mismo año 2003, el número de conexiones ascendía a 22,8 millones.

No obstante lo anterior, en noviembre de 2003, la Comisión seguía subrayando la debilidad de la competencia en el sector de la banda ancha en el que la demanda se encontraba claramente por debajo de la oferta en todos los Estados miembros, en gran medida, como consecuencia de la ausencia de contenidos atractivos que ofrecer por este medio.

Con la llegada de **2004**, el sector repuntó con el de las comunicaciones electrónicas. El número total de líneas de acceso de banda ancha aumentó hasta alcanzar los 29,6 millones de líneas, lo que representaba el 6,5 % de la población de la UE de los 25. La expansión de la banda ancha se intensificó rápidamente hasta casi alcanzar los 53 millones de líneas en **2005**, lo que supuso un aumento cercano a 20 millones a lo largo de ese año y el 11,4 % de la población de la UE. También entre octubre de 2005 y octubre de **2006** se produjo un incremento rayano en los 20 millones de líneas, lo que arrojaba una cifra global de unos 73 millones. Esta cifra suponía una tasa de penetración del 15,7 % de la población de la UE en 2006.

A marzo de **2008**, la tasa media de penetración de la banda en la Europa de los 27 era del 20 % (por detrás del 22,1 % de EE.UU.). De esos 27 estados, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Suecia eran líderes mundiales con casi un tercio de sus hogares conectados. Estos países europeos, junto con Reino Unido, Bélgica, Luxemburgo y Francia, tenían cifras de penetración de banda ancha superiores a las de Estados Unidos en julio de 2007. Para **2009**, el informe del Ejecutivo comunitario ponía de relieve que la conexión a internet de banda ancha seguía creciendo en Europa y que sólo en ese año se habían instalado más de 11 millones de líneas fijas. También la banda ancha móvil había aumentado un 54 % a lo largo de 2009 y registraba un nivel de penetración del 4,2 % en el conjunto de la UE. Para **2010**, las previsiones/aspiraciones de la Comisaria Europea de Telecomunicaciones de la UE (Viviane Reding) eran las de que la tasa de penetración de la banda ancha en la UE se situara en un 30 %.

A mediados de 2003, las tasas de penetración de la banda ancha por países de la UE presentaban aún importantes diferencias. En julio de 2003, las tasas de penetración de la

banda ancha en los distintos países europeos, con excepción de Luxemburgo, que no facilitó datos, y de Grecia e Irlanda, donde este medio resultaba ser prácticamente inexistente, era la siguiente: Bélgica, Dinamarca, Países Bajos y Suecia, con un índice de penetración de aproximadamente el 10%; Austria y Finlandia, donde el índice de penetración era casi del 7%; Alemania, España, Francia y el Reino Unido, con un índice de penetración de aproximadamente el 4%; Portugal e Italia con un índice de penetración por debajo del 3%.

Esas diferencias subsistían tres años después, en 2006: los países nórdicos presentaban tasas de penetración superiores al 25 %, frente a la tasa media de penetración en Europa del 15,7 %. En julio de 2007, países como Dinamarca, con un 37,2 % de tasa de penetración, o Países Bajos, con un 33,1%, estaban muy por encima de otros como, por ejemplo, Italia, con un 15,9 %. La diferencia entre los Estados miembros con penetración más elevada y más baja pasó de 27,4 puntos porcentuales en enero de 2007 a 28,0 en enero de 2008. En noviembre de 2009, frente a la media europea del 23,9 %, Dinamarca, Holanda y Suecia lideraban la clasificación de países con más despliegue de banda ancha, con una tasa de penetración en torno al 40 %.

Además de por países, había también diferencias importantes entre la disponibilidad de la banda ancha en las zonas urbanas y rurales. En enero de 2008, la cobertura de la DSL en las zonas rurales era del 71,3 %, frente a un 89,3 % a escala nacional y a un 94 % en zona urbana. En el caso del cable, la diferencia era aún mayor, pues la cobertura en zona rural era de sólo el 7,4 %, frente a un 35,6 % a escala nacional. La distancia entre la cobertura de la DSL y el cable en las zonas rurales con respecto a la media nacional era particularmente significativa en Eslovaquia, Italia, Letonia y Alemania. Se esperaba que la liberación de frecuencias derivada de la transición a la tecnología digital permitiera incrementar el acceso de banda ancha en las zonas rurales mediante soluciones inalámbricas.

También las tasas de penetración de las diversas tecnologías de banda ancha presentaban importantes diferencias. En julio de 2002, las líneas ADSL representaban un 67,6 % de las conexiones de banda ancha en Europa, en junio de 2003 un 71 % (12,46 millones de conexiones de banda ancha sobre un total de 17,5 millones) y en enero de 2004 el 74 %. Esta tecnología ganaba terreno frente al cable que, de representar el 24 % de las conexiones de banda ancha en junio de 2003 (4,1 millones eran líneas de acceso por módem de cable sobre ese total de 17,5 millones de conexiones de banda ancha), pasó a suponer sólo el 22 % de esas mismas conexiones en enero de 2004. El porcentaje restante del 4-5 %, sobre el que copaban esas dos tecnologías, lo representaban otras tecnologías, principalmente satélite y fibra óptica (0,9 millones de conexiones en junio de 2003).

A comienzos de 2008, la DSL seguía siendo, con mucho, la tecnología de acceso en banda ancha predominante en la UE, representando en torno al 80 % de la totalidad de las líneas. No obstante, su posición relativa con respecto a otras tecnologías había evolucionado, con un crecimiento del 22,4 % en 2007 frente a un 34,5 % en 2006. Al mismo tiempo, las tecnologías alternativas, sobre todo el cable, pero también la fibra al domicilio (FTTH), el acceso inalámbrico (WLL) y el móvil, estaban empezando a ofrecer la posibilidad de una competencia significativa entre plataformas. El Consejero Delegado de *Telefónica*, Julio Linares, en su intervención en el XXIII Encuentro de Telecomunicaciones, organizado por la patronal *Aetic* celebrado en Santander, achacaba la falta de desarrollo de estas redes en España a la intervención de la Comisión Europea, que desincentivaba la inversión (*vid infra*), y advertía de que la diferencia entre un desarrollo rápido de la banda ancha y uno lento con el horizonte de 2014 significaba poner en peligro un crecimiento del PIB europeo de 400.000

millones. Optar por lo primero crearía 1,8 millones de puestos de trabajo más que quedarse en la vía lenta, según las cifras de *Telefónica*.

La apertura de los mercados a la competencia llevó a un retroceso de posiciones de los incumbentes históricos de telecomunicaciones en el segmento de la banda ancha. Así, en el mercado total de la banda ancha, la cuota de los operadores históricos en enero de 2004 era del 57 %, frente al 60,6 % de enero de 2003. La cuota de los operadores históricos en el mercado de la banda ancha pareció seguir disminuyendo en el bienio 2007-2008: un 46,3 % en enero de 2008, contra el 46,8 % en enero de 2007 de promedio. La cuota de mercado media de los ex monopolios de la UE (hoy operadores con Poder Significativo de Mercado) se mantenía en noviembre de 2009 en aproximadamente el 45 %, siendo la cuota más alta la del 80 % de Chipre y la más baja la del 27 % del Reino Unido.

Aún así, subsistían importantes diferencias, en función del estado miembro. En 2003, la cuota de mercado de los nuevos competidores en banda ancha mejoró en España, Francia, Italia, Finlandia y Suecia. En algunos otros países (Alemania y Luxemburgo, en particular) el operador histórico seguía poseyendo una cuota relativamente alta (un 93 % del total de las líneas de banda ancha en Alemania). En Portugal, Dinamarca y Finlandia, el operador histórico poseía también una parte de la red de cable. En Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Portugal y el Reino Unido, el operador tradicional parecía estar recuperando cuota de mercado.

Dentro del mercado global de la banda ancha, ese retroceso de los operadores históricos de telecomunicaciones también se percibió en tecnologías DSLx. Así, la cuota de mercado media de los operadores históricos en dicho segmento de la DSL se fue reduciendo paulatinamente, para situarse en el 73,7 % del mercado en enero de 2004, frente a más del 80 % del año anterior y al 85,6 % correspondiente a julio de 2002. Pero también aquí subsistían importantes diferencias por países. P.e., datos del Informe sobre el desarrollo de la Sociedad de la Información en España “*eEspaña 2003*” realizado por la Fundación AUNA revelaban que a junio de 2003 el 90 % de las líneas ADSL en Francia y Alemania correspondían a *Deutsche Telekom* y a *France Telecom*, respectivamente, frente al 60 % que disfrutaba *British Telecom* en el Reino Unido y el 95 % del mercado de que disponía *Telefónica* en España.

En términos generales, podrían distinguirse tres grupos de países (GAPTEL, “*Banda ancha*”, Red.es, Julio 2004):

- 1) **Países con fuerte presencia de operadores de cable.** A este grupo pertenecían Bélgica, Holanda, Austria y Reino Unido. Estos países se caracterizaban porque los operadores de cable tenían cuotas superiores al 38 % en el mercado de la banda ancha. En este grupo de países, la competencia en infraestructuras se había mostrado muy eficaz.
- 2) **Países en que el incumbente de fija poseía red de cable.** Era el caso de Dinamarca, Portugal, Finlandia y Luxemburgo. En este grupo de países, el operador incumbente, además de conexiones de banda ancha mediante tecnología ADSL, tenía un porcentaje del total de las conexiones de cable (en Dinamarca, el 35,1%, en Portugal, el 82 %, en Finlandia, el 49,5%, y en Luxemburgo el 16,4%). Por consiguiente, la competencia entre infraestructuras no siempre era sinónimo de competencia real, pues el operador incumbente poseía una cuota de mercado apreciable de las conexiones de banda ancha a través del cable.

3) **Países en los que el ADSL era la tecnología mayoritaria, pero existían alternativas.**

En estos países, aún cuando el ADSL era la tecnología mayoritaria, existían otras tecnologías alternativas que solían tener una cobertura territorial notoriamente menor. Suecia, Francia, Italia, Alemania y España pertenecían a este grupo. La presencia territorial reducida de estas nuevas tecnologías en estos países provocaba el dominio del ADSL como tecnología de banda ancha. El motivo de incluir a Alemania en este grupo era que, a pesar de la existencia de una infraestructura de cable para la prestación de servicios de televisión, hasta la fecha no se había actualizado para la prestación de servicios de banda ancha, en buena medida porque había pertenecido hasta hacía poco tiempo al operador incumbente.

(c) En España

En España, como en Europa, el crecimiento del sector de la banda ancha a lo largo de los últimos años se ha debido principalmente a la presión competitiva, a la voluntad de los operadores fijos de compensar la erosión del volumen de negocios de la telefonía vocal y al desarrollo de las infraestructuras. En cuanto al primero de los factores, se explica porque la extensión de banda ancha viene presidida por economías de red, de escala y de alcance que suponen, respectivamente, que, a mayor densidad de red, mayor número de usuarios conectados y mayor número de servicios prestados a través de una misma infraestructura, mayores sean los beneficios obtenidos y mayor el margen de maniobra de los operadores para reducir los precios aplicados a los usuarios.

En cuanto al segundo de los factores, por ejemplo, en nuestro país, durante el año **2004**, los ingresos por voz de *Telefónica* de España fueron de 3.281 millones de euros, un 2,5 % inferiores a los del ejercicio anterior. Sin embargo, los ingresos totales de este operador fueron de 10.955,8 millones, un 2,4% superiores a los de 2003. Esto respondía a que la banda ancha llegó a generar unos ingresos de 290,5 millones de euros que compensaban la pérdida de 182,9 millones de euros del negocio de voz.

Respecto al despliegue de infraestructuras, en España la extensión de la banda ancha ha estado ligada principalmente al despliegue del ADSL. A octubre de **2006**, más del 75 % de los accesos de banda ancha en los hogares españoles correspondían a la tecnología ADSL y poco más del 20 % a módem de cable, mientras que el resto de tecnologías tenían una presencia mínima en términos porcentuales (Fuente: Cinco Días de 5.10.2006, que se remitía al Informe de la CMT).

En 2006, España presentaba una tasa de penetración de la banda ancha del 15 % de la población. En julio de **2007**, el número de líneas de banda ancha en nuestro país se situaba en un total de 7,4 millones, situando la densidad de la banda ancha en 16,8 líneas por cada 100 habitantes. En **2008**, la tasa de incremento de la banda ancha en España con respecto al año anterior se situó por encima del 15 %. En julio de **2009**, el total de líneas de banda ancha se situó en 9,4 millones, un 8,7% más que en julio de 2008, lo que representaba una penetración de la banda ancha en torno al 20,7 % de la población, mientras que la penetración de la banda ancha móvil era sólo del 3,2 %.

De acuerdo con el Informe anual de la Sociedad de la Información en España 2008, si bien España estaba por debajo de la media europea en cuanto al número de hogares con acceso a IT (un 51 % frente al 60 % europeo), el porcentaje de hogares españoles con IT que disponía

de banda ancha era del 88 %, frente a la media europea del 80 %. En diciembre de 2009, las líneas de banda ancha suponían un 70 % de las líneas de acceso a Internet comercializadas en nuestro país.

En noviembre de 2009, en España la cuota de mercado de *Telefónica* se situaba en torno al 56 %, siendo la sexta mayor de toda la UE. La fuerte posición del incumbente de telecomunicaciones en España y, consecuentemente, la existencia de una competencia en el segmento de la banda ancha más debilitada que en otros países de nuestro entorno se ponía también de relieve en los datos ofrecidos por la CMT en su Informe sobre precios de banda ancha correspondiente a diciembre de 2009. Las mismas se podían contratar en España por 32,5 euros al mes, mientras que la media de las mejores ofertas europeas era de 30,6 euros. En velocidades superiores a 10 megas la mejor oferta comercializada en el mercado español, de 35,8 euros, era un 14,7 % superior a la media de las mejores ofertas de la Unión Europea, de 31,2 euros. En velocidades más bajas, hasta 2 megas, la mejor oferta española, de 36,8 euros, era un 30,4 % superior a la media de las mejores ofertas de la Unión Europea, de 28,2 euros. En cuanto a la oferta de *Telefónica*, la misma era un 69,7 % más cara que la media de las mejores ofertas en Europa en velocidades entre 2 y 10 megas, un 19 % en velocidades de hasta 2 megas y un 63 % en velocidades superiores a los 10 megas.

(5) El segmento de la telefonía fija

(a) Situación general

De todos los segmentos estudiados, probablemente sea éste el único en el que resulte difícil apreciar alguna relación con la transmisión de contenidos audiovisuales, lo que constituye el eje de esta tesis. En todos los demás resulta fácil establecer esa vinculación: **(a)** los segmentos de las comunicaciones electrónicas y de la banda ancha presentan lazos con la transmisión o difusión de contenidos audiovisuales, ya sea sobre protocolo Internet o no; **(b)** también las tasas de penetración de la telefonía móvil pueden tener repercusión en las del sector de la TV desde el momento en que los terminales móviles tienden a hacerse herramientas aptas para la recepción de esos mismos contenidos audiovisuales. En cualquier caso, como hablamos siempre de segmentos interrelacionados, y por dejar completo el cuadro, extenderemos la exposición también al segmento de la telefonía fija.

Tras la afluencia masiva de nuevos operadores en la primera fase de liberalización, que entre **1998** y **2001** supuso un incremento en el 113 % de los existentes, el número de operadores autorizados para prestar servicios públicos de telecomunicaciones en Europa comenzó a disminuir. La debilidad de la economía europea frenó la llegada de nuevos operadores, provocando una serie de quiebras y reforzando la tendencia a la concentración de empresas. Globalmente, todo indicaba que el número real de competidores en cada mercado nacional de comunicaciones fijas era, en realidad, claramente inferior tanto al de operadores autorizados como al de operadores activos. De hecho, la gran mayoría de países de la UE no contaba con más de 3 ó 4 competidores importantes en el mercado de la telefonía vocal pública.

Con ser ésta la situación general, no dejaban de apreciarse ciertos síntomas positivos. Y así, en **2002**, los consumidores siguieron disfrutando de una reducción general de los precios, gracias al descenso del 5 % respecto a 2001 en el coste de las llamadas fijas de ámbito nacional a cargo de los operadores tradicionales y del 4 % en el de las llamadas internacionales. Lo anterior suponía una reducción global de las tarifas con respecto a 1998

de casi un 50 % para las comunicaciones nacionales y de casi de un 40 % para las comunicaciones internacionales.

Además, los precios cobrados por los nuevos competidores eran significativamente más bajos que los de los operadores tradicionales. Las tarifas de los primeros fueron en algunos países inferiores a las de los segundos en un 56 % en las llamadas nacionales y en un 65 % en las internacionales. El número de operadores que ofrecían un acceso a los servicios fijos basándose en su infraestructura propia aumentó un 42 % entre agosto de 2001 y agosto de 2002, con 50 operadores más en el mercado.

Aunque a lo largo de 2001 los operadores tradicionales de red fija perdieron parte de su cuota en el mercado de las llamadas internacionales y nacionales de larga distancia, su participación en el mercado de las comunicaciones locales se estabilizó en torno a un 89 %, tomando como criterio los ingresos al por menor. Los operadores tradicionales seguían predominando en lo que se refería a las redes y las llamadas locales, pese a la llegada de nuevos agentes al mercado, los cuales sólo tenían un acceso directo al 8,3 % de los abonados.

En **2004**, el número de operadores que se incorporaron al mercado aumentó por vez primera. En ese año y a raíz de la liberalización del sector, un 20 % de los consumidores europeos utilizaban un operador alternativo para las llamadas locales y un 31 % para las llamadas nacionales de larga distancia o internacionales, si bien este dato tendría que completarse con el de que, en muchas ocasiones, ese operador alternativo era el incumbente en otro Estado distinto, p.e., *Telefónica* en Reino Unido. En los nuevos Estados miembros, la liberalización era reciente y la penetración de la infraestructura fija relativamente escasa. Por ello, la cuota de mercado de los operadores históricos seguía siendo superior al 90 %.

Pese al declive general e ininterrumpido del sector de la telefonía fija, todavía constituía la fuente de ingresos más importante de los operadores fijos, con un valor de 85.800 millones de euros en **2005**. En **2006**, lo anterior seguía siendo cierto, a pesar de que en ese año la disminución de ingresos de los servicios fijos se situó entre el 4,55 y el 5,1 %.

En **2007**, los ingresos de la telefonía vocal fija siguieron disminuyendo a un ritmo aproximado del 5 %, estimándose que dichos ingresos ascendieron a 79.000 millones de euros. La disminución del volumen del tráfico cabía atribuirlo a la preferencia creciente por los servicios móviles y de voz IP. Por otra parte, se percibía que en ese año 2007 las cuotas de mercado de los operadores históricos fijos por ingresos al por menor y por volumen de tráfico casi se habían estabilizado, salvo en el caso de las llamadas internacionales, donde habían seguido disminuyendo.

En España, en 2006, había 15.552.000 suscripciones a telefonía fija en los hogares; lo que implicaba una tasa de penetración del 82 %. El informe de la CMT anunciaba un retroceso de los ingresos por telefonía fija en 2008 del 2,56 %. En el mismo informe se observaba como, para paliar las consecuencias de la crisis, las operadoras habían optado por rebajar los precios un 11,3 % en ese mismo año 2008, frente a una subida el año anterior. Según la misma CMT, en julio de 2009 el parque total de líneas fijas se reducía a 19,8 millones de números, 32 millones menos que líneas celulares. Para 2010 las previsiones eran las de una reducción de la tasa de penetración de la telefonía fija hasta el 79 % (Fuente: *Orange*).

(b) Liberalización de precios en telefonía fija

Tras la implantación en 2000 del régimen de autorización previa bajo la fórmula de precios máximos (*price cap*), las tarifas del servicio de telefonía fija de *Telefónica* entraron en 2006 en un proceso de liberalización tras el análisis de los mercados de referencia correspondientes realizados por la CMT. El *price cap* estaba definido sobre un conjunto amplio de servicios minoristas de *Telefónica*. Su desaparición dejó libertad de establecimiento de precios finales, excepto para la cuota de conexión y de abono.

En efecto, en marzo de 2006 el Consejo de la CMT decidió que el precio de la cuota de conexión (importe único que pagaban los usuarios al contratar el servicio de telefonía fija) y de la cuota de abono (cantidad mensual por el mantenimiento de este servicio) de las líneas individuales de *Telefónica* de España seguiría regulado. La CMT estableció que, hasta el 1 de enero de 2007, la regulación de la cuota de abono y de conexión se mantendría conforme a lo fijado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (Orden Pre 4079/2005, de 27 de diciembre de 2005, por la que se dispuso la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 22 diciembre 2005, por la que se aprobaba el marco de regulación de los precios de determinados servicios prestados por *Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal*, para el año 2006; BOE 29 diciembre 2005, núm. 311/2005) y que, a partir de esa fecha, las variaciones de la cuota de conexión y de la de abono mensual quedarían regidas por el mecanismo del IPC-X, adoptando el valor de 0 el término X para el 2007 y donde el IPC correspondería al límite máximo del objetivo de inflación determinado por el Banco Central Europeo (2 %). La CMT entendió asimismo que los precios así fijados para estos dos conceptos se considerarían como máximos en todo el territorio nacional y por tanto *Telefónica* de España no podría aplicar discriminaciones geográficas de precios en estos dos conceptos (Fuente: Informe de la CMT 2006).

Para 2008, tras un periodo de consulta pública entre los operadores afectados, la CMT sentó que el precio de la cuota de abono sólo subiría de acuerdo con la inflación, por lo que la “X” sería cero, mientras que la cuota de conexión no variaría.

Para 2009, la CMT congeló el precio de las cuotas de abono y conexión de *Telefónica* al establecer que el valor de “X” sería el mismo que el del IPC. La propia CMT fundaba esta decisión en que “*se ha producido una paulatina reducción de los costes medios en los que incurre Telefónica por la prestación del servicio, a la vez que han aumentando los ingresos medios por línea, a pesar del progresivo descenso en el número de líneas*”. Respecto a la cuota de conexión, la CMT entendía que era un concepto que estaba en “*una clara fase de madurez-declive*” y se había convertido en una forma de competir entre los operadores que optaban en muchas ocasiones por la cuota gratuita.

Para el resto de conceptos diferentes de las cuotas de abono y conexión, el tránsito consistía, básicamente, en liberar la política comercial de la operadora del imperativo de una autorización del Consejo de Ministros para estructurar su operativa en el mercado, aunque manteniéndola sometida al criterio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), organismo regulador del sector, a la hora de fijar o autorizar las variaciones aplicadas a las cuotas de alta y abono.

Conforme al nuevo sistema, *Telefónica* estaba obligada a comunicar a la CMT con 21 días de antelación “*los precios y condiciones aplicables a los servicios que formen parte de su*

catálogo general, incluyendo los bonos y tarifas especiales y el desglose de los precios en el caso de paquetes”, que era tanto como decir someter toda su estrategia comercial a eventual objeción e incluso prohibición por parte del regulador. Más aún, éste se reservaba la potestad de bloquear a posteriori la aplicación de cualquier precio tácitamente autorizado si “detecta una incidencia anticompetitiva en el mercado”. En cierto modo, podía afirmarse que la modificación real había consistido en sustituir un régimen de autorización de precios por otro de precios comunicados, lo que cambiaba poco, más bien nada, las reglas de competencia en el ámbito de la telefonía fija. Igual que en el esquema previo, el modelo de intervención se fundamentaba en la posición dominante que Telefónica ostentaba en el mercado de acceso, tras cerca de una década de haber perdido el privilegio monopolista (Fuente: DigiWorld 2007).

(6) El segmento de la telefonía móvil

El crecimiento del sector de la telefonía móvil a lo largo de los últimos años se ha venido basando, principalmente, en el desarrollo de los servicios de valor añadido, como los servicios de datos sobre redes móviles y, en un futuro próximo, a raíz del estancamiento o caída de los ingresos por servicios de voz a consecuencia de la feroz competencia, ese mismo crecimiento tendrá que fundarse en el suministro de contenidos audiovisuales basado en esas mismas redes móviles gracias a la implantación de la tecnología UMTS (que no ha terminado de arrancar por las dificultades tecnológicas y financieras que siguieron a la adjudicación de las licencias UMTS) o a su sustitución por otros estándares.

Para la tecnología UMTS su predecesora, la GSM, puso el listón muy alto. Ilustran el éxito de esta última a escala mundial ciertos datos extraídos del “Informe sobre el desarrollo mundial de las telecomunicaciones/TIC 2006 de la UIT”. La tecnología de comunicación móvil GSM fue lanzada en **1991** y, en **2006**, ya contaba con 690 redes en 213 países y con 2.000 millones de clientes (más del doble que el número de usuarios de PC y que de internautas) y, en ese mismo año 2006, seguía creciendo al ritmo de 15 usuarios por segundo (lo que representaba la población de España, unos 40 millones, en un mes). La industria tardó 20 años en llegar a los 1.000 millones de abonados, tres años en alcanzar los 2.000 millones, y estaba en camino de alcanzar su propósito de llegar a los 3.000 millones en un periodo de dos años (datos del Informe de Telefónica. “La Sociedad de la Información” para 2006).

También en 2006, los datos correspondientes al número de móviles y a la tasa de penetración de la telefonía móvil en el mundo y en sus diferentes regiones y áreas geográficas eran los siguientes: **(a)** 2.346 millones de teléfonos móviles en el mundo (tasa de penetración del 36 %); **(b)** 234 millones en América del Norte (tasa del 71 %); **(c)** 267 millones en América Latina (tasa del 47 %); **(d)** 416 millones en Europa Occidental (tasa del 104 %); **(e)** 209 millones en el área geográfica conformada por África y Oriente Medio (tasa del 18 %); **(f)** 91 millones en Japón (tasa del 72 %); **(g)** 336 millones en el área geográfica constituida por Europa Central y del Este (tasa del 70 %).

Centrándonos en Europa, entre **1998** y **2000**, este mercado se caracterizó por una rápida propagación, con incrementos anuales del índice de penetración en la UE en torno al 20 %. En **2002**, aunque el número de abonados a servicios móviles siguió aumentando, el índice de crecimiento fue sólo del 6 %, frente al 69 % de 2000 y al 36 % de 2001. En algunos Estados miembros, el índice de penetración en el mercado de los móviles alcanzó casi el nivel de saturación y, en cuatro de ellos, rebasó el 85 %. A 1 de agosto de **2003**, había 305,6 millones de usuarios de teléfonos móviles en la UE. El número de abonados a servicios móviles había

aumentado a un ritmo superior que en 2002 y el 81 % de los ciudadanos de la UE poseían por entonces un teléfono móvil.

En **2004** el porcentaje de penetración medio de los servicios de telefonía móvil era del 83 % en la Unión Europea de los 25. En **2005**, el porcentaje de penetración medio de los servicios de telefonía móvil fue casi del 93 % en la UE de los 25, habiéndose registrado un aumento considerable en los nuevos Estados miembros. En **2006**, el número de usuarios de telefonía móvil en la UE ascendía a 478,4 millones con lo que la penetración superaba ya el límite teórico del 100 %, situándose en el 103 % frente al 93-95 % de 2005. En **2007**, la penetración siguió en aumento, hasta abarcar el 111,8 % teórico de la población.

Aunque la brecha entre estados miembros no era tan significativa como, por ejemplo, en el segmento de la banda ancha, se observaban, no obstante, diferencias. Por países, el año 2003 arrojaba los siguientes datos. Por primera vez, en un Estado miembro de la UE, Luxemburgo, el número total de teléfonos móviles (prepago y abono) era superior a la población (115 teléfonos por 100 habitantes). Luxemburgo fue también el país que experimentó el mayor aumento en el número de abonados - un 16 % -, seguido por Dinamarca, un país que también mostraba un alto índice de penetración (84 %). Una serie de Estados miembros, en los que el índice de penetración estaba próximo al 90 %, también habían experimentado incrementos significativos en este valor desde 2002, entre el 7 % y el 10 %. Esto contrastaba con la situación en Bélgica y los Países Bajos, que presentaban los índices más bajos de penetración (73 % y 74 %, respectivamente) y las tasas más bajas de crecimiento anual (2 % en los Países Bajos, 4 % en Bélgica). En 2006, Luxemburgo seguía encabezando la lista de países por niveles de penetración con un 171 % (incluidas personas de Estados miembros vecinos que lo visitaban diariamente por trabajo), seguido de Italia con un 134 % y Lituania con un 133 %.

En cuanto a la evolución de la posición de los nuevos competidores frente al operador tradicional, entre 1998 y 2000 los nuevos competidores captaron la mayoría de sus clientes en detrimento de la filial de telefonía móvil del operador tradicional y, en 2000, los operadores tradicionales y los nuevos competidores se repartían el mercado a partes iguales. A 1 de agosto de 2003, la cuota de mercado de la filial de móvil del operador tradicional había aumentado en tres Estados miembros, reduciéndose en los otros doce. Como resultado, la cuota de mercado de los operadores principales se había reducido ligeramente hasta el 46,7 % de los abonados (reducción del 0,5 %), consolidándose así una tendencia iniciada en 2000 conforme a la que la filial de telefonía móvil del operador tradicional habría ido perdiendo cuota de mercado con relación a sus competidores, pero a un ritmo mucho más lento que en el periodo 1998-2000 (cuotas del 50 % en 2000, 48 % en 2001 y 47 % en 2002).

La mayor competencia facilitó una progresiva minoración de los precios aplicados a los abonados. La competencia en el mercado de los servicios móviles al por menor permitió disminuir la factura mensual del consumidor en un 23 % en el periodo comprendido entre 2000 y 2002. En 2006, los precios siguieron bajando como consecuencia de la intensificación de la competencia, poniendo de manifiesto reducciones en la UE de hasta el 13,9 % entre 2005 y 2006.

Y respecto a la evolución por ingresos, en ese mismo año 2006, los ingresos procedentes de los servicios móviles aumentaron en un 4,6 %, cifra inferior a la de 2005. Esta reducción de la tasa de crecimiento sugería que el mercado comenzaba a madurar. En 2007, los ingresos

del sector móvil pasaron de los 133.000 millones de euros de 2006 a aproximadamente 137.000 millones, con un crecimiento del 3,8 %.

Otro sensor importante de la evolución del mercado de los servicios de telefonía móvil, por lo que se comenzó diciendo, era el constituido por el desarrollo de los servicios tercera generación (3G). En 2003, los servicios de comunicaciones móviles de tercera generación estaban ya disponibles en cuatro Estados miembros (Italia, Reino Unido, Suecia y Austria) y en proceso de lanzamiento en otros. En el primer semestre de ese año 2003, el número de abonados 3G se calculaba en torno a los 375.000 en Italia, 195.000 en el Reino Unido, 12.000 en Suecia y 10.000 en Austria. En 2004, la Comisión consideraba que las redes de los operadores móviles de tercera generación habrían de cubrir un 43 % de la población al finalizar 2004 y que el desarrollo de los servicios comerciales debía permitir alcanzar el mercado de masas a partir de 2005.

En 2006, también se apreciaron signos de una mayor penetración de la tercera generación (3G): en Italia, por ejemplo, el regulador estimaba en unos 12 millones el número de abonados 3G, frente a 2,6 millones a finales de 2004. Entre un 10 y un 15 % de los abonados europeos de comunicaciones móviles poseían en ese año 2006 un teléfono 3G. A junio de **2008**, había en Europa 101,5 millones de clientes a la red 3G, de un total de 910,8 millones de suscriptores móviles, lo que suponía un 11,1% de penetración de mercado. El mayor porcentaje de suscriptores de 3G se situaba en Suecia, Noruega e Italia, con más del 25 %, a las que seguían Portugal, Austria y España (Fuente: Informa).

Pasando a centrarnos en España, un resumen de la situación del mercado de los servicios minoristas de telefonía móvil podían encontrarse en el Informe de la CMT para el año 2006: *“El 2006 fue un año de notable crecimiento en el mercado de servicios móviles, aunque a un ritmo inferior al del año anterior. Las líneas crecieron en 3,4 millones, un 8,3%, los ingresos aumentaron el 10,8% y el tráfico de voz creció a un ritmo del 19,6%. La utilización de la telefonía móvil aumenta año tras año y también lo hace la penetración. Según la última encuesta de Eurostat, en España el 82% de los hogares disponía a finales de 2006 de, al menos, una línea móvil, similar a la tasa registrada en la UE. Esta penetración superó la de la telefonía fija, que en España abarcó el 72% de los hogares. En contraste con lo ocurrido en la telefonía fija (la demanda de líneas fijas prácticamente no creció, y cada vez se cursa un menor volumen de tráfico de voz por éstas) en las redes móviles ocurrió lo contrario. El peso de cada uno de estos dos mercados por ingresos finales de voz también arrojó un saldo positivo para los operadores móviles que generaron más volumen que los de redes fijas. A final de año entraron nuevos agentes en el mercado de servicios por redes móviles. Xfera, con la marca Yoigo, operador que dispone de licencia para operar en redes 3G, comenzó su actividad en la última parte del año. Después de la decisión de la CMT que posibilitó la entrada al mercado de operadores móviles virtuales (OMV), a finales de año se firmaron varios acuerdos entre éstos y los operadores con red propia, y tres de ellos iniciaron su lanzamiento comercial”.*

En cuanto a la evolución de la tasa de penetración de servicios móviles en el mercado español, en 1999 había en España 14.975.000 líneas dadas de alta; en 2005 había 42.694.000; en 2006, 45.487.000; y, en julio de **2009**, 52 millones de líneas de telefonía móvil (un 4,4% más que en julio de 2008). La tasa de penetración de la telefonía móvil en España era en 2006 del 106 %, la de un 112,7 % en julio de 2009 y las previsiones para **2010** situaban esta tasa de penetración en un 117 % (Fuente Orange).

Durante el año 2005, el número de clientes de contrato superaron a los clientes de prepago, rompiendo con ella la situación existente en España. Este proceso de migración denotaba un aumento en el grado de madurez de los usuarios de telefonía móvil. Por otra parte, a julio de 2009, *Movistar* (el operador móvil de *Telefónica*) alcanzaba una cuota de mercado del 43,84 %. Le seguía *Vodafone*, que superaba el 31,13 % de participación en el mercado de móviles español.

Y respecto a la evolución por ingresos, en 2005, los ingresos por servicios de telefonía móvil representaron en el mercado español 17.914 millones de euros, frente a los 5.918 millones de 1999. Según el Informe de la CMT para 2008, los ingresos de la telefonía móvil crecieron a lo largo de ese año 2008 un 1 %, si bien en el cuarto trimestre experimentaban ya un retroceso. Más recientemente, en el Informe España 2009 de la *Fundación Orange* se alertaba de que 2009 podía ser “*el primer año en que caigan los ingresos de la telefonía móvil*”, después de haber crecido a un ritmo medio de un 23 % en los últimos años y un 1% en 2008 hasta los 14.945 millones de euros.

Este último dato se interpretaba como un síntoma de la saturación del mercado. La saturación del mercado se destacaba como uno de los factores que dificultaban la innovación y la dedicación de recursos a I + D: los operadores necesitados de fidelizar a sus clientes en un mercado casi esquilado vendrían a protagonizar ofertas muy agresivas con importantes reducciones de sus márgenes de beneficios.

iv) Factores determinantes de restricciones a la competencia en el ámbito de la transmisión

(1) La concentración de las redes de telecomunicaciones y de televisión por cable en el operador histórico

La Comisión, en los albores de la liberalización (1998), ponía ya de relieve que esa concentración y gestión conjunta de redes de TV por cable y redes de telecomunicaciones por parte de antiguas empresas monopolísticas en los diferentes Estados miembros había llevado a que el grado de desarrollo de servicios y redes distara de ser el óptimo; ello hasta el punto de que un 59 % de los usuarios recurrieran a los servicios de un operador de cable controlado total o parcialmente por el principal prestador de servicios de telecomunicaciones (v. Comunicación de la Comisión relativa a la evaluación con arreglo a las normas de competencia del suministro conjunto de redes de telecomunicaciones y de televisión por cable por parte de un único operador así como de la supresión de las restricciones al suministro de capacidad de transmisión de televisión por cable a través de las redes de telecomunicaciones - Diario Oficial nº C 071 de 07/03/1998 p. 0004 – 0017).

Los efectos de lo anterior quedaban agravados por el hecho de que únicamente esas dos clases de redes, cable y RTPC, las únicas dos alámbricas, se revelaran idóneas para, con las debidas adaptaciones, servir a la transmisión de contenidos y servicios multimedia avanzados como los de vídeo bajo demanda y los de carácter interactivo; en estos últimos su carácter bidireccional hacía indispensable disponer de senda de vuelta para la señal.

Los operadores conjuntos carecerían de alicientes para mejorar sus redes de TV por cable a fin de lograr la plena capacidad bidireccional. Lo anterior respondía a que, con dicha mejora, no obtendrían ninguna ventaja financiera ni ingresos netos adicionales, habida cuenta que la

red de TV por cable perfeccionada competiría para la captación de clientes con el núcleo principal de actividad del operador de la red de telecomunicaciones integrado no sólo por la actividad de telefonía, sino también por el servicio de acceso a IT y otros servicios multimedia avanzados como el de vídeo a la carta.

Por lo demás, resultaría improbable que el propietario conjunto optara por dedicarse específicamente al suministro TV por cable tomando en cuenta que dicha actividad representaba exclusivamente una pequeña proporción del total de ingresos generados por la actividad combinada de telecomunicaciones y de cable, en concreto, promediando en la Unión Europea, menos del 10 % de dichos ingresos en 1998.

Consideraciones como las anteriores sirvieron a la Comisión para establecer: *“de todo lo expuesto se puede concluir que la propiedad conjunta de las redes de telecomunicaciones y de cable en una situación de posición dominante es posiblemente el freno más importante al desarrollo del mercado y a los efectos favorables a la competencia de la liberalización, en un momento en el que Europa está entrando en la era de los multimedia”*.

Sin perjuicio de la adopción de medidas en casos concretos sobre la base de los entonces Arts. 85 y 86 del Tratado, que con mayor razón debían ser aplicados en casos de posición dominante en dos mercados o segmentos como de hecho ocurría, se instaba a la adopción de medidas reguladoras a fin de garantizar la separación estructural o jurídica de las entidad gestora de la red de TV por cable respecto de la que lo era de la red de telecomunicaciones. No se consideraba, a este respecto, suficiente con las normas sobre contabilidad separada, cuyos efectos beneficiosos se hacían sentir en el ámbito de la política de precios, pero que no alcanzaban a otros ámbitos de la estrategia empresarial de los operadores de red implicados.

Esa medida reguladora demandada vino a estar constituida por la Directiva 1999/64/CE de la Comisión por la que vino a modificarse la Directiva 90/388/CEE con objeto de garantizar que las redes de telecomunicaciones y de televisión por cable propiedad de un único operador fueran entidades jurídicas independientes (DO L 175 de 10.7.1999, p. 39/42).

Y así, el Art. 9 de la citada directiva, hoy ya derogada por el nuevo marco regulador, vino a disponer: *“Los estados miembros velarán porque ningún organismo de telecomunicaciones explote su red de televisión por cable por medio de la misma entidad jurídica utilizada para su red pública de telecomunicaciones cuando tales organismos: a) estén bajo el control del estado miembro de que se trate o goce de derechos especiales y b) ocupe una posición dominante en una parte sustancial del mercado común de suministro de redes públicas de telecomunicaciones y servicios públicos de telefonía vocal y c) explote, en la misma zona geográfica, una red de televisión por cable con arreglo a unos derechos especiales o exclusivos”*.

El contenido de este artículo que se deja reproducido de esa Directiva hoy derogada es idéntico al del Art. 8 de la vigente Directiva 2002/77 de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Competencia). Este último precepto viene a prever que la Comisión, a propuesta del Estado miembro de que se trate, pueda poner término al deber de separación jurídica cuando exista un grado suficiente de competencia en los niveles de las infraestructuras y del bucle local.

La propia Directiva de Competencia define en su Art. 1 los derechos especiales, que tienden a suprimirse, con las siguientes palabras: “**derechos especiales**: los derechos concedidos por un Estado miembro a un número limitado de empresas por medio de un instrumento legal, reglamentario o administrativo que, en una zona geográfica específica: a) designen o limiten, con arreglo a criterios que no sean objetivos, proporcionales y no discriminatorios, a dos o más el número de tales empresas autorizadas a suministrar un servicio de comunicaciones electrónicas o emprender una actividad de comunicaciones electrónicas, o b) confiera a una empresa o empresas, con arreglo a tales criterios, ventajas legales o reglamentarias que dificulten gravemente la capacidad de otra empresa de prestar el mismo servicio de comunicaciones electrónicas o emprender la misma actividad de comunicaciones electrónicas en la misma zona geográfica y en unas condiciones básicamente similares”.

Coherente con este planteamiento, la Comisión ha visto con buenos ojos las operaciones por las que los operadores tradicionales han venido a desprenderse de su segmento de red de TV por cable. Mediante dos decisiones, autorizó la venta a *Callahan Invest Limited* de la red regional de televisión por cable de *Deutsche Telekom* (DT) en Renania del Norte/Westfalia [KNW; v. Decisión de la Comisión de 19/06/2000 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto no IV/M.0046 - *Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein - Westfalen*) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo (Diario Oficial n° C 262 de 13/09/2000 p. 0005 – 0005)] y en Baden-Württemberg [KBW; v. Decisión de la Comisión de 01/08/2000 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto no IV/M.0050 - *Blackstone/CDPQ/Kabel Baden-Württemberg*) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo, *Diario Oficial n° C 323 de 14/11/2000 p. 0004 - 0004*]. En su evaluación de las concentraciones notificadas, la Comisión llegó a la conclusión de que las operaciones no crearían o reforzarían una posición dominante.

(2) Las restricciones a la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes de cable

La otra vertiente del problema, afrontado por la Comisión en la misma comunicación (*supra* pág. 112), se cifraba en las restricciones existentes para la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes de cable, fundamentalmente, por la existencia de un cuello de botella en el bucle local, punto del que trataremos en los epígrafes siguientes, pero también por otros motivos como podrían ser los relacionados con la regulación emanada de cada Estado miembro.

Para ilustrar esto último, cabría citar como el 8 de abril de 2004 la Comisión dirigió a Francia un dictamen motivado por no haber cumplido la Directiva sobre el cable (Directiva 95/51/CE de la Comisión, de 18 de octubre de 1995, por la que se modificaba la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados; DO L 256 de 26.10.1995, p. 49/54), así como la Directiva sobre la plena competencia (Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modificaba la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones; DO L 74 de 22.3.1996, p. 13/24). Si la Directiva 1999/64 – *Supra* pág. 113 – había incidido sobre el problema ya analizado de la concentración en un solo operador de las redes de telecomunicaciones y de TV por cable, el objeto de esa otra Directiva (95/51) era el de afrontar la segunda vertiente del problema que ahora estudiamos,

a saber: la infrautilización de las redes de TV por cable en cuanto a la prestación del más amplio espectro de servicios de telecomunicaciones.

El motivo de ese Dictamen era que Francia mantenía un régimen especial para la prestación de servicios de telecomunicaciones por cable y, según esas dos directivas, los Estados miembros debían permitir que los operadores de redes de televisión por cable prestaran servicios de telecomunicaciones en las mismas condiciones que cualquier otro operador de telecomunicaciones. En algunos puntos importantes, Francia mantenía un régimen jurídico diferenciado para las actividades de telecomunicaciones de los operadores de cable, de modo que el comienzo en la prestación de esos servicios requería, por sistema, una consulta previa de todos los municipios interesados. Sucedió que se había llegado a impedir a un operador de cable que prestara servicios de telefonía en varios municipios ante el dictamen desfavorable de estos últimos. Por otra parte, los operadores de cable no disfrutaban de los mismos derechos de uso de instalaciones públicas que los operadores de otras redes de telecomunicaciones. En particular, los cánones para el uso de instalaciones públicas no tenían los mismos límites. Esta situación suponía un grave perjuicio para las actividades de los operadores de cable y les disuadía de incorporarse a esos ámbitos, además de impedir la aparición de redes de cable como infraestructuras alternativas para prestar servicios de telecomunicaciones.

La Comisión aconsejaba también la supresión de posibles restricciones a la prestación de servicios de TV a través de redes de telecomunicaciones para no dar lugar a la existencia de un entorno reglamentario asimétrico, por más que estos servicios no estuvieran desarrollados a la fecha de la comunicación (apenas diez años después de la Comunicación de la Comisión, los servicios de TV a través de la RTPC eran ya una realidad y así lo demostraba el caso de *Imagenio* en España).

(3) Las dificultades de acceso al bucle local

(a) Planteamiento del problema

Inciendo sobre otro de los aspectos determinantes de restricciones a la competencia en el ámbito de la transmisión, el relativo a las dificultades de acceso al bucle local, cabría también dejar hechas importantes reflexiones [V. 2000/417/CE: Recomendación de la Comisión, de 25 de mayo de 2000, sobre el acceso desglosado al bucle local: prestación competitiva de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los multimedia de banda ancha y los servicios de Internet de alta velocidad (DO L 156 de 29.6.2000, p. 44/50)].

La acumulación en un solo operador de las actividades de telecomunicaciones y de prestación de servicios televisivos por cable llevaría consigo que una sola empresa controlara las dos principales vías de acceso a los hogares, dado que los sistemas de TV por cable, a través del Cable Modem, y los que se basan en la RTPC, reforzada con las tecnologías DSL, pueden competir en igualdad de condiciones en el bucle local a fin de suministrar todo tipo de servicios multimedia y de telecomunicaciones. Estas estructuras heredadas de situaciones anteriores seguían expandiéndose con rapidez y en el medio plazo se revelaban como las principales formas de acceso en el segmento local.

Pese a la culminación sobre el papel del proceso liberalizador en telefonía vocal, a fecha de 1 de enero de 1998, en la mayoría de los Estados miembros la preponderancia de los

operadores preexistentes permanecía indiscutida en una parte significativa de los mercados de las telecomunicaciones.

La banda ancha ya estaba disponible en las redes troncales nacionales e internacionales, a través de enlaces de fibra óptica de enorme capacidad. Sin embargo, el principal motivo de esa situación residía en la existencia de un auténtico cuello de botella (*bottleneck*) en el segmento del bucle local o “del último kilómetro” (*last mile*), verdadera clave de que los operadores preexistentes disfrutaran de un acceso privilegiado a los usuarios finales para la oferta de servicios minoristas de telecomunicaciones. Esto era así a pesar de que en 2000 varios Estados miembros (Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Italia, los Países Bajos y el Reino Unido) habían impuesto ya o establecido de forma oficial fechas para el obligatorio acceso al bucle local desglosado.

Poniendo lo anterior en palabras de la Comisión en su Quinto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Quinto informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones; COM/99/0537 final): *“la red de acceso local continúa siendo uno de los segmentos menos competitivos del mercado liberalizado de las telecomunicaciones, porque los nuevos operadores no tienen infraestructuras de red alternativas y extensas y, con las tecnologías tradicionales, no pueden igualar las economías de escala y de alcance de los operadores tradicionales que tienen un peso significativo de mercado en la red fija. Esta situación se debe a que los operadores han ido extendiendo sus antiguas redes de cobre de acceso local durante períodos de tiempo considerables, protegidos por derechos exclusivos, y han podido financiar sus inversiones mediante ingresos de carácter monopolista”*.

La situación anterior vino, hasta cierto punto, a paliarse con la aprobación del Reglamento 2887/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 sobre el Acceso desagregado al bucle local (Reglamento LLU; DO L 336 de 30.12.2000, p. 4/8), mediante el que vino a obligarse a los operadores notificados a publicar y mantener actualizada una oferta de referencia relativa al acceso desagregado a su bucle local, de forma que los eventuales beneficiarios de la misma no tuvieran que pagar por elementos o recursos de red que no fueran los necesarios para el suministro de sus propios servicios, y a satisfacer toda solicitud razonable de dichos beneficiarios encaminada a obtener el acceso desagregado al bucle local en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias. Últimamente, tras la implementación en cada mercado nacional de las medidas previstas en el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, la Comisión ha propugnado la eliminación de esta norma por considerarla ya innecesaria.

(b) Desglose del bucle local

(i) Clases de desglose

La Comisión se refiere a tres formas de verificar el desglose, a saber: **(i)** desglose completo del bucle local; **(ii)** uso compartido del bucle local; y **(iii)** acceso de flujo binario de datos de alta velocidad. Sin perjuicio de ahondar sobre cada una de esas tres formas en los siguientes epígrafes, puede comenzar por destacarse que suele hablarse de una escalera de inversión, de modo que el suelo vendría ser la simple reventa, a la que nos referiremos más abajo, en la que el entrante compite con el incumbente sólo en servicios, pero no en infraestructuras, al

no invertir en las mismas; un primer peldaño, el del acceso indirecto; un segundo, el del acceso compartido y un tercero, el del desglose completo.

A este respecto se encuentran, entre las obras especializadas (GAPTEL, “Banda ancha”, Julio 2004, Editado por Red.es), consideraciones como las siguientes: *“La regulación plantea un modelo de desarrollo progresivo de la competencia en escalera, desde la reventa, hasta la desagregación completa del bucle. Los primeros pasos (reventa, bitstream) permiten una competencia con un nivel de inversión bajo por parte de los nuevos entrantes, y un nivel de diferenciación de la oferta igualmente bajo. Los últimos niveles (bucle desagregado y bucle compartido) requieren una inversión muy superior por parte de los entrantes, pero igualmente permite un nivel de diferenciación de la oferta mucho mayor, casi equiparable al despliegue de una infraestructura de acceso alternativa. Desde el punto de vista legal, la principal diferencia entre el bitstream y el desagregado es que mientras que el bucle desagregado y el bucle compartido están ambos recogidos como obligatorios en el nuevo marco regulatorio europeo de Comunicaciones Electrónicas, el acceso indirecto y la reventa han sido regulados principalmente mediante legislación europea genérica o mediante una o varias directivas. Esto ha acarreado dos consecuencias: (1. ª) En muchos casos ha sido complejo obligar al operador incumbente a realizar una oferta de acceso indirecto en los términos en los que se le ha requerido. (2. ª) El acceso indirecto se ha regulado de forma diferente en los países de la Unión Europea, siendo particularmente crítico el modo como el regulador fija el precio mayorista que el incumbente debe ofrecer a los restantes operadores (orientado a costes frente a margen sobre precio minorista)”*.

En enero de 2008, la Comisión ofrecía la visión de un ascenso generalizado en esa escalera de inversión en toda la UE. A pesar de depender considerablemente de la reventa para ofrecer banda ancha a sus clientes, los nuevos operadores estaban alejándose de la simple competencia basada en el servicio. Los bucles locales desagregados al por mayor, que representaban ya el 12,8 % de las líneas RTPC en la UE, habían crecido a lo largo del año 2007, en un 54,2 % la desagregación total y en un 33,8 % el acceso compartido, mientras que el acceso indirecto (*bitstream*) había llegado a crecer en un 10,5 %. El hecho de que a enero de 2008 existieran 23,5 millones de líneas desagregadas, frente a las 11,6 millones de revendidas y a las 6,0 millones de líneas de acceso indirecto, sugería, en efecto, que los nuevos operadores estaban incrementando sus inversiones.

(ii) Desglose completo y desglose compartido

El desglose completo del bucle local cede al nuevo operador el uso exclusivo de espectro de alta frecuencia disponible en la línea de cobre, permitiendo así el aprovechamiento de las tecnologías y servicios DSL más avanzados e innovadores, es decir, velocidades de hasta 60 Mbyte/s al usuario utilizando VDSL (*Very High Speed DSL*). La consecuencia es que el usuario se desvincula totalmente del operador incumbente.

Hay una gran variedad de tecnologías DSL que se conocen genéricamente por xDSL¹². Cada tipo de tecnología DSL tiene un conjunto único de características en cuanto al rendimiento (capacidad máxima de banda ancha), distancia a la que se mantiene el rendimiento máximo (medida a partir del conmutador), frecuencia de transmisión y coste. Pueden destacarse: **(i)** DSL asimétrica [*Asymmetric DSL* (ADSL)]: se utiliza para el acceso rápido a Internet; **(ii)** DSL simétrica [*Symmetric DSL* (SDSL) y DSL simétrica de alta

¹² Para una información completa sobre las tecnologías DSL puede visitarse <http://www.adsl.com>.

velocidad (HDSL)]: se utiliza para líneas arrendadas de 2Mbit/s. El HDSL o *High Speed DSL* es un DSL de alta velocidad, pero sin llegar a la del VDSL o *Very high-speed DSL*; (iii) DSL de muy alta velocidad [*Very high-speed DSL* (VDSL)]: se utiliza para líneas arrendadas de alta capacidad y servicios de banda ancha.

En 2003, en la UE, sólo el 19 % de las líneas de acceso a la banda ancha al por menor de los nuevos competidores que utilizaban la red del operador tradicional eran líneas completamente desagregadas. De otra parte, los precios cobrados por la desagregación habían disminuido durante 2002, de manera que el coste medio total mensual por la desagregación completa (cuota de abono mensual más la tarifa de conexión amortizada durante un año) era, en ese año 2003, de 19,4 euros, es decir, un 9,5 % más barata que en 2002.

Para 2006, la CMT resaltó que, en el ámbito de la UE, los proveedores alternativos siguieron subiendo en la escalera de inversión, con más de 4,1 millones de nuevos bucles locales totalmente desagregados, lo que suponía un aumento del 79 %, y aportando varios miles de millones de euros de inversión en nueva infraestructura. En España, el número total de bucles desagregados, tanto completamente como compartidos, se situó a finales de ese año 2006 por encima de los 939.000. El incremento en 2006 fue de 504.000 bucles, cifra superior al total de bucles desagregados existente en diciembre de 2005. De este incremento, la mayor parte correspondió a bucles totalmente desagregados, con un aumento de 255.000 y una tasa de crecimiento de casi el doble que la de la modalidad de bucle compartido.

También en España, importante ha sido la Resolución de la CMT de 7 de abril de 2011 sobre la revisión de precios de las ofertas de referencia sobre la base de los resultados del ejercicio 2008 de la contabilidad de costes de *Telefónica de España, S.A.U.* Esta resolución perjudicó sobre todo a operadores alternativos, *Jazztel*, *Orange* y *Vodafone*, que veían subir el precio que pagaban a *Telefónica* por el desglose completo, y benefició a *Telefónica*, que reduciría algo la presión por sus malos resultados en España, al recibir más dinero de sus rivales, aunque los ingresos adicionales que conseguiría iban a limitarse a 16 millones de euros al año. Hasta ese momento, *Jazztel*, *Vodafone* y *Orange* pagaban a *Telefónica* 7,79 euros al mes por cada alquiler de línea. La CMT decretaba una subida del 6,8 %, por lo que pasarían a pagar 8,32 euros.

La CMT justificaba la subida en que los costes de *Telefónica* así lo requerían, según la contabilidad de 2008, la última presentada. Sin embargo, el documento entregado por el ex monopolio tenía ciertos errores que llevaron al regulador a pedir una nueva contabilidad distinta a un experto independiente.

Pero la CMT no esperó a que estuviera listo este informe para subir los precios. En una decisión, que aseguraba que tenía carácter transitorio hasta que estuvieran los datos definitivos, el regulador había usado un parámetro que ningún país europeo utilizaba a este fin y que había provocado las críticas de Bruselas: la comparación internacional, que se basaba en un análisis comparativo con otros países y no en un análisis de precios, según la CE. Por eso, Bruselas había pedido a la CMT que no aprobase esta medida con tanta celeridad y que esperase a que estuviera listo el nuevo informe. El regulador nacional prefirió hacer caso omiso de esta petición aprobando la subida; si bien, incluyendo en el texto de su resolución el informe crítico de Bruselas.

España vivía en una paradoja: tenía los precios de banda ancha más caros de Europa con unos de los precios mayoristas más bajos. La CMT era la que suministraba los datos para estas dos afirmaciones, la última de ellas, basada en los precios de trece países. Según este baremo, España era la cuarta nación europea con los precios de alquiler de bucle más baratos. Una explicación para esta diferencia era que la red de *Telefónica* era más eficiente que la del resto de los ex monopolios, porque en todos los casos, salvo el de España a partir de estos acontecimientos, los precios mayoristas se fijaban con referencia a los costes.

Frente al desglose completo que acabamos de estudiar, el uso compartido de la línea de cobre permitía el acceso del operador entrante a las altas frecuencias del espectro no utilizadas por el operador preexistente para ofrecer algunos servicios ADSL, es decir, velocidades en descenso de hasta 8 Mbyte/s, de modo que las frecuencias bajas continuaban siendo utilizadas por el propio operador preexistente para prestar los servicios básicos de telefonía vocal por la misma línea de cobre (la *Unión Internacional de Telecomunicaciones, UIT*, había elaborado especificaciones técnicas para la velocidad máxima ADSL de hasta 8 Mbyte/s en bajada y 1 Mbyte/s en sentido ascendente en su Recomendación G.992; la ADSL podía alcanzar sus velocidades máximas a una distancia no superior a 4 kilómetros). El tráfico telefónico y el de datos se disociaban mediante un separador (*splitter*) situado antes del conmutador del operador preexistente. Como consecuencia, no se producía una desvinculación total del usuario con el operador incumbente porque, al menos, seguiría pagando la cuota de abono asociada a la línea telefónica.

En 2003, en la UE, las 171.000 líneas compartidas representaban el 6 % de las líneas DSL de los nuevos competidores que empleaban la red del operador tradicional, frente al 1,5% de octubre de 2002. Este incremento del 241 % se concentraba en 5 países: Dinamarca, Francia, Países Bajos, Finlandia y Suecia. La reducción de precios cobrados por el desglose compartido fue del 28 %, con una bajada el coste medio total mensual por la desagregación completa en la UE de 15,9 euros en 2002 a 11,4 euros ese año 2003. En 2006, en la UE siguieron bajando los precios del acceso compartido de manera mucho más perceptible, incluso, que para el acceso totalmente desagregado.

(iii) Acceso indirecto y reventa

El acceso de flujo binario de datos de alta velocidad (acceso indirecto o *bitstream acces*) no es propiamente un desglose. Consiste en que el operador preexistente monta un enlace de acceso de alta velocidad a las instalaciones del cliente, por ejemplo, instalando su configuración y equipo ADSL preferidos en su red de acceso local, y luego lo pone a disposición de terceros, de tal manera que puedan prestar servicios de alta velocidad a los clientes a través de las frecuencias más altas del bucle. El operador preexistente presta también servicios de transmisión o transporte de datos al nuevo operador para llevar el tráfico a un nivel ascendente de la red donde este último tenga ya presencia.

Un nuevo operador que pretenda explotar el LLU debe desplegar su propia red básica, al menos, hasta las centrales locales del operador histórico, donde nace el par de cobre que llega hasta el domicilio de cada abonado, y que pueden llegar a ser miles en un Estado miembro de la UE cualquiera. Aquí es donde adquiere un cierto atractivo esta última modalidad de acceso, sobre todo en la fase inicial de despliegue de red del operador entrante, al permitirle ofrecer servicios de banda ancha antes de dicho despliegue. Para el operador tradicional, la ventaja fundamental es que no compromete su política de infraestructura, al no exigirse coubicación, de modo que se ve libre para sustituir más adelante esa red por otra más potente,

Vg. de fibra, o para no hacerlo, en este último caso con el consiguiente riesgo anticoncurrencial, pues así marca el ritmo de introducción de nuevos servicios que supongan innovación respecto de los ya existentes.

En Francia, por ejemplo, la Autoridad Nacional de la competencia llegó a la conclusión de que se estaba produciendo un abuso derivado de lo anterior, lo que permitió a la Autoridad Nacional de reglamentación obligar al operador tradicional a emitir una oferta al por mayor en acceso indirecto. En Italia se impidió al operador tradicional que ofreciera tarifas al por menor hasta que la Autoridad Nacional de reglamentación no hubiera aprobado unas tarifas al por mayor. Toda esta problemática se relaciona con la del estrechamiento de márgenes (*price squeeze*) a que nos referiremos.

En la reventa, lo característico del revendedor es que carece de cualquier elemento de red, propio, de modo que su actividad se limita a interponerse o a actuar como intermediario a fin de comercializar, bajo su propia marca, servicios de telecomunicaciones totalmente basados en la red de otro u otros operadores. O, dicho en otras palabras, el producto que el incumbente proporciona al nuevo entrante es técnicamente el mismo que el que vende a sus clientes finales. En este esquema, el nuevo entrante no necesita invertir en infraestructuras, sólo tiene que comercializar, distribuir y facturar un producto.

En 2003, en la UE, el método de acceso indirecto se encontraba por delante del desglose completo y del compartido, al representar el 24,3 % de las líneas DSL de los competidores que recurrían a la red del histórico para la prestación de servicios, y sólo era superado por el método de reventa, con un porcentaje del 51 %.

En España, en 2006, se produjo un intercambio de las posiciones relativas del acceso desagregado y del acceso indirecto. De este modo, las conexiones suministradas mediante desagregación de bucles aumentaron hasta representar el 14 % del total, mientras que las de acceso indirecto pasaron a constituir sólo el 8,4% de las líneas de Internet de banda ancha (Fuente: Informe de la CMT 2006). En términos absolutos, 2006 se cerró con 939.000 bucles desagregados frente a algo menos de 600.000 líneas de acceso indirecto y reventa.

En España, *Telefónica* viene prestando el acceso indirecto a través de dos modalidades, a saber: **(a)** el servicio GigADSL, en el que la interconexión se ofrece en diversos puntos de red en nivel ATM (el *Asynchronous Transfer Mode* o Modo de Transferencia Asíncrono se basa en una tecnología de transmisión de datos en forma de paquetes; la información se divide en pequeñas células que se transmiten individualmente y se procesan de manera asíncrona); **(b)** el servicio ADSL-IP donde esa misma interconexión se ofrece en un único punto nacional en nivel IP [sobre las diferencias entre *Asynchronous Transfer Mode* (ATM) e IP *Vid Infra*].

En 2006, *Wanadoo*, *Ya.com* y *Jazztel* prestaban servicios ADSL a 640.000 clientes alquilando directamente a *Telefónica* su oferta mayorista, generalmente de un mega. Esta fórmula dejaba poco margen de ganancia al operador y muy pocas posibilidades de bajar precios o hacer planteamientos originales, pero era muy ágil y permitía cubrir el mercado nacional de forma rápida. Esas mismas compañías, también en 2006, prestaban dichos servicios a 742.000 usuarios recurriendo al desglose del bucle total o parcial. Esta fórmula, aún exigiendo una inversión más elevada, y suponiendo un despliegue más lento, permitía velocidades altas y a precios atractivos (Fuente: *Cinco Días* 5.10.2006).

Estos datos vendrían a confirmar el cambio de estrategia de los operadores, que a través de la desagregación total del bucle estarían en condiciones de ofrecer al cliente un mayor número de servicios, de voz y audiovisuales, de forma empaquetada y con condiciones de servicio particulares, p.e., distintas velocidades de conexión y tasas de transferencia de datos garantizadas. Todo ello les permitiría diferenciar sus ofertas del resto de operadores y mantener una relación exclusiva con sus clientes.

(c) Alternativas en el bucle local al par de hilos de cobre

(i) Aproximación

Alternativas como las redes de fibra óptica, los bucles inalámbricos o las redes de TV por cable mejoradas o DTH (sistemas de satélite *direct to home*) no llegan, a día de hoy, a estar dotadas de entidad bastante como para erigirse en alternativa al par trenzado de hilos metálicos o de cobre, dada la envergadura de las inversiones necesarias o el coste absoluto de una duplicación a escala nacional de la red del operador preexistente que permita alcanzar una cobertura de población semejante, factores estos bastantes para conformar una barrera casi infranqueable a la entrada de cualquier competidor.

La competencia entre infraestructuras no está generalizada en la UE y esa es la razón de que sea indispensable abrir el acceso en el bucle local. Las expectativas son las de que la DSL y el módem de cable sigan siendo las plataformas predominantes a corto y medio plazo, ya que el período de despliegue de las nuevas infraestructuras será más largo.

Es probable que las redes de acceso converjan hacia arquitecturas similares, acercándose cada vez más la fibra al usuario final, que quedará conectado por cable de alta velocidad, DSL, enlaces inalámbricos o la propia fibra, en el caso de que esta última llegue hasta el hogar (*Fiber to the Home* o FTTH). En el futuro, se prevé la coexistencia de varias tecnologías que competirán entre sí (competencia entre instalaciones) y que también se complementarán mutuamente, propiciando soluciones tecnológicas híbridas que se espera faciliten una amplia cobertura.

Por otra parte ha de considerarse que aún cuando la competencia entre infraestructuras resulte deseable, la maximización de este principio puede, en cambio, conducir a resultados no deseables. En su informe (IPN 52/11) sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la LGT para adaptarla a las Directivas 2009/136/CE y 2009/140/CE de mejora de legislación para la reforma del “*Paquete Telecom 2002*”, la CNC advirtió de lo anterior. Se incluía en el Art. 3 de la LGT, sobre “*Objetivos y principios de la Ley*”, una letra b) con el siguiente objetivo: “*promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras incluyendo, cuando proceda, la competencia basada en infraestructuras y fomentando la innovación*”.

La CNC advertía: “*En determinados ámbitos, como el de las redes de telecomunicaciones fijas, en los que las inversiones suelen conllevar considerables costes hundidos de difícil rentabilización para los operadores más pequeños, la consagración expresa del fomento de la competencia en infraestructuras puede ir en detrimento de la eficiencia general y del adecuado desarrollo competitivo de algunos mercados de servicios de comunicaciones electrónicas, en los que la competencia efectiva podría aportar mayor eficiencia. Incluso cuando ello se sujeta a matización en el texto («cuando proceda»), el hecho de que la Ley se decante expresamente por el fomento de dicha competencia en infraestructuras puede ser contraproducente para el desarrollo del juego competitivo en mercados donde dicha*

competencia es posible y deseable. Por ello, desde el punto de vista del interés general no se considera apropiado establecer expresamente la competencia en infraestructuras como objetivo de la Ley de Telecomunicaciones. Se recomienda eliminar dicha alusión”.

(ii) Alternativas inalámbricas

En general, las tecnologías inalámbricas, cuyo funcionamiento precisa de espectro radioeléctrico, están erigiéndose rápidamente en alternativas atractivas para la cobertura de zonas rurales y apartadas, en las que la mejora de la infraestructura existente puede resultar particularmente costosa. Dentro de esas tecnologías inalámbricas, cabría citar los servicios de telefonía móvil de tercera generación, cuya principal ventaja con respecto al par metálico sería la de permitir un acceso móvil, o el satélite, en el que esa ventaja consistiría en una mayor cobertura.

De lo que se trata es de evolucionar desde un “sistema móvil”, que permite el acceso a la información desde lugares remotos y en circunstancias difíciles, a un “sistema ubicuo”, donde, gracias a la uniformización de las redes y su convergencia hacia una sola, sería posible el acceso a esa misma información en cualquier momento lugar y circunstancia (Ovejero Rodríguez, L; Ponencia “*Integración de sistemas ubicuos: una nueva propuesta de valor*” en el XX Encuentro de las Telecomunicaciones de la *Universidad Internacional Menéndez Pelayo*). Lo anterior, llevado al plano de la difusión, se intenta expresar con los términos anglosajones de “*timeshifting*” (la posibilidad de ver la televisión en el momento más adecuado para el espectador, con independencia del momento en que se difunda o se “cuelgue” en la Red) y “*placeshifting*” (posibilidad de acceder a la televisión desde cualquier lugar del mundo; es a la disponibilidad geográfica lo que el “*timeshifting*” a la temporal).

Sin embargo, prestaremos una mayor atención a los bucles inalámbricos que, con respecto al par trenzado, ofrecen sobre todo la ventaja de su flexibilidad. Se trata de métodos ideados para evitar totalmente el uso de enlaces fijos, como en el caso de los radioenlaces, que exigen el uso de señales de radio de alta frecuencia emitidas por un equipo receptor/transmisor ubicado en los locales del abonado. El inconveniente de estos sistemas es que utilizan señales radioeléctricas de onda muy corta, lo que exige estar en la línea visual de transmisión.

Estas limitaciones hacen que los sistemas de bucle radioeléctrico sean, a corto y medio plazo, más adecuados para satisfacer las necesidades específicas de los profesionales y las pequeñas empresas o de los particulares con necesidades especiales, y también que sigan siendo poco económicos para prestar servicio a la gran mayoría de las viviendas particulares. También hacen que su uso haya de limitarse a zonas rurales, más que a zonas urbanizadas, o al centro de ciudades, o a empresas, con edificios altos o mástiles dónde colocar la antena receptora.

Dentro de estos sistemas de bucle radioeléctrico se inscriben el comúnmente conocido como *Wi-fi* [en materia de redes inalámbricas *Wi-fi* puede verse a Redondo, J.L.; Castellano, J.; Ruano, V.; “*Wi-fi, análisis, diagnóstico y políticas públicas*” de GAPTEL (noviembre de 2003; editado por Red.es]. El término *Wireless Fidelity (Wi-fi)* surge como marca de certificación o de conformidad con estándares WLAN, sin embargo ambos términos, *WLAN* y *Wi-fi*, tienden ya a emplearse como sinónimos. La *Wireless Area Network (WLAN)* es una tecnología de acceso inalámbrico a redes de comunicaciones electrónicas de ámbito reducido o de área local que se ha expandido con fuerza en EE.UU., donde la industria informática,

con empresas como *Intel* o *Microsoft*, al revés que en Europa, tiene un mayor peso específico que la de la telefonía móvil (esta última cuenta allí con tasas de penetración mucho más bajas que en el Viejo Continente). Así pues, *Wi-fi* se interpreta en clave tecnológica como una apuesta de la industria informática por captar una parte del valor asociado a la movilidad que tradicionalmente viene monopolizando el teléfono móvil.

Mediado el 2005, había 84.000 puntos con conexión *Wi-Fi*, tecnología inalámbrica de corto alcance que poseían la mayor parte de los nuevos ordenadores portátiles, en todo el mundo, de los que, aproximadamente, el 32 % se localizaban en la región Asia-Pacífico, donde, tras haber alcanzado su madurez, esa tasa de penetración se había reducido desde el 39 % del año anterior. En esa región, la operadora pública de *Wi-Fi* con mayor crecimiento era *Telstra*, que, de los 339 puntos de conexión o *Hot Spots* con que contaba en el primer cuarto de 2005, había pasado a 711 en el segundo. Otras compañías con mayor número de puntos presentaban unas menores tasas de crecimiento, como *Korea Telecom*, con 12.412, lo que representaba el 50 % de los de la región. De 2004 a 2005, Europa aumentó su cuota mundial de *hotspots* del 40 al 42 por ciento, así como Norte América que pasó del 21 al 26 por ciento (Fuente: *Telecom. and Media*; v. *supra*).

En EE.UU. surgieron iniciativas importantes y llamativas, como la de *Google* en San Francisco, ciudad montañosa de unos 700.000 habitantes, donde llegó a emprender un proyecto de acceso a IT gratuito sobre *Wi-fi* que pretendía financiarse gracias a los ingresos obtenidos mediante la inserción de publicidad en IT. Lo anterior suponía la entrada en competencia con proveedores asentados de acceso a IT de banda ancha como *SBC Communications* (activo a través de Red Telefónica Pública Conmutada) o *Comcast* (activo a través de cable).

En Europa, el desvío del interés hacia este nuevo sector se vio en parte alentado por los retrasos en el despliegue y puesta en funcionamiento de la red de telefonía 3G basada en el UMTS. En ese continente, las previsiones eran las de que *Wi-fi* y telefonía móvil tendieran a complementarse. La mayor penetración de los terminales móviles frente a los dispositivos de recepción portátil hacía que fabricantes como *Motorola* llegaran a plantearse la adaptación de sus móviles para *Wi-fi*. Por otra parte, los operadores de redes móviles estudiaban el recurso a la tecnología *Wi-fi* en el deseo de no perder ingresos en lugares públicos de mucho tránsito como aeropuertos o estaciones de ferrocarril donde pudiera haber *Hot Spots* instalados. El *Hot Spot* o Punto Caliente era el Punto de Acceso, generalmente localizado en lugares con gran tráfico de público, que proporcionaba servicios de red inalámbricos de banda ancha a visitantes móviles (nómadas). La idea era la de la búsqueda de efectos sinérgicos entre los niveles de cobertura, calidad de servicio y movilidad ofrecidos por la telefonía móvil y los de economía, flexibilidad y velocidad garantizados por *Wi-fi*. De esta manera, Internet móvil, a través de teléfono móvil, e Internet nómada, a través de *Wi-fi*, coexistirán para complementarse, y el mayor ancho de banda que proporcionaba *Wi-fi* facilitaría, además, a los operadores móviles la prestación de servicios multimedia.

Al margen de los servicios *Wi-fi* ofrecidos en vivienda y lugar de trabajo, el campo natural de expansión de este servicio es el de las concentraciones de personas en grandes espacios públicos donde existan *Hot Spots*. Estos son a menudo gestionados por operadores de redes fijas, que los ven como una prolongación natural de su red troncal a la que están conectados, al modo de las tradicionales cabinas de teléfono. La estrategia de despliegue de *Hot Spots*, previsiblemente, sólo resultaría rentable en los espacios con un mayor trasiego de personas, mientras que en otras ubicaciones el modelo de negocio tendría que basarse, más que en la

rentabilidad directa, en el valor añadido: un agente que no es operador de telecomunicaciones, p.e. un empresario hotelero, puede ofrecer servicios añadidos como los de acceso a IT, de modo que el retorno de la inversión se pretenderá obtener más por la vía del factor de diferenciación que por la de la remuneración directa.

Las limitaciones de *Wi-fi* en cuanto a su alcance y cobertura, unos pocos de cientos de metros, siempre que no se interpongan barreras físicas, han intentado superarse con el estándar inalámbrico *WiMax* (*Worldwide Interoperability for Microwave Access* o Interoperabilidad Mundial de Acceso a través de Microondas), que ofrece además un mayor ancho de banda. Mientras que *WiMax* ofrece tasas de transferencia de hasta 70Mbit/s y una cobertura a distancias de hasta 10 kilómetros desde una estación base, *Wi-fi* ofrece una tasa de transferencia de 11-54 Mbit/s y una cobertura a distancias de 300 metros.

Aunque a corto plazo no se manejase la opción de *WiMax* para el acceso residencial, en un futuro podría ser una realidad, sustituyendo con enorme ventaja a las conexiones ADSL o de cable, y haciendo que la verdadera revolución de la banda ancha llegara a zonas rurales de difícil acceso, a las que no llegaban las redes cableadas. Varias compañías de telecomunicaciones de todo el mundo se llegaron a agrupar para el impulso y desarrollo de esta tecnología en el *WiMax Forum*, entre ellas, *Siemens*, *Dell*, *SBC*, *Sprint* u otras importantes. Así, *WiMax*, basada en el sistema de radio multipunto, LMDS, se revela más apropiada que *Wi-fi* para el suministro de contenidos audiovisuales de banda ancha sobre bucle inalámbrico.

En España se planteó la toma de control por parte de *Telefónica* de una de las seis adjudicatarias de las frecuencias necesarias para operar con el estándar *WiMax*, *Iberbanda*, mediante un acuerdo con sus tres principales accionistas, *Grupo Prisa*, *El Corte Inglés* y *Omega Capital*, para hacerse con un 45 % de la compañía, con opción a un 6 % adicional. De esas seis adjudicatarias sobrevivían sólo tres: la propia *Iberbanda*, *Neo-Sky* y *Banda Ancha, S.A. (BASA)*. A pesar de que la CMT había manifestado que las ventajas que *Telefónica* obtendría de la nueva tecnología eran razón suficiente para descartar que no quisiera desarrollarla, el TDC (Informe sobre el expediente de concentración económica C 93/05 *Telefónica/Iberbanda*) no fue de la misma opinión. Para éste (véanse las conclusiones 8ª y 9ª de su Informe) la operación afectaba al mantenimiento de la competencia en el mercado mayorista y minorista de acceso a Internet de banda ancha, en el que el dominio por *Telefónica* de las redes aérea (inalámbrica) y terrestre (alámbrica) limitaría enormemente la posibilidad de competir para el resto de operadores, y pondría en riesgo la expansión y desarrollo de la tecnología *WiMax*, en un estadio aún incipiente en el que era especialmente vulnerable. Lo anterior se agravaba por la existencia de fuertes barreras de entrada económicas, costes hundidos asociados al tendido de infraestructuras e irreplicabilidad de la red de *Telefónica*, y normativas, concesión demanial para operar en las frecuencias necesarias del espectro radioeléctrico. Además, cabía añadir que, como habían puesto de manifiesto los propios competidores, se trataba de una tecnología que podría llegar a poner en evidencia las carencias estructurales del ADSL de *Telefónica* basado en su par de cobre.

(iii) Alternativas alámbricas

Serían fundamentalmente las redes de TV por cable, recurriendo al módem de cable, y la fibra óptica. El módem es un equipo utilizado para adecuar o modular las señales digitales de una computadora a una línea telefónica o a una red digital de servicios integrados (RDSI).

La redes de cable, que fueron concebidas para la transmisión de señal de TV en un sentido, exigen mejoras costosas para la prestación de servicios de telecomunicaciones dado el carácter bidireccional de éstas. La prestación de servicios de alta velocidad a través de esas redes obliga a que los clientes compartan la capacidad de un canal de cable, lo cual quiere decir que, mediante los módems de cable para datos de alta velocidad, no se obtiene la misma capacidad que con el par de cobre mejorado mediante las tecnologías DSL, que se aplican específicamente a cada usuario final.

Además, las redes de cable normalmente, excepto quizás en algunos países cuya situación concreta habría que evaluar (Reino Unido), no tenían una densidad de cobertura nacional que permita a los nuevos operadores ofrecer servicios en los mismos mercados geográficos que los operadores preexistentes, tanto en lo que se refiere a servicios minoristas de telefonía vocal tradicional como a los más innovadores servicios DSL.

Sobre este particular, no dejan de ser ilustrativas las afirmaciones de la DG IV (Asunto IV/M.1439 Telia/Telenor; n.º 32; *Vid Infra*): *“Las redes de cable han sido diseñadas, por lo general, para transmitir el tráfico en una sola dirección y por eso tienen una estructura «arborescente» o de «cascada» que no es la idónea para la telefonía. Por el contrario, en el sistema de telefonía tradicional - basado en una estructura de estrella - cada abonado tiene su bucle local individual a la central local, que solamente transporta su propio tráfico. Es menos probable que se sobrecarguen los hilos del bucle de cobre, independientemente de cuántos abonados utilicen su teléfono simultáneamente. Por el contrario, en las redes de cable tradicionales existe el riesgo de que las conexiones «troncales» dentro del sistema se sobrecarguen por el tráfico telefónico de retorno. Pero las redes pueden adaptarse. El primer paso es reservar parte del ancho de banda del cable para crear un trayecto de ida y otro de retorno del tráfico telefónico. El sistema debe ser reconfigurado para dividirlo en unidades servidas independientemente de, por ejemplo, 500-1000 abonados, para garantizar que las rutas arteriales no estén sobrecargadas en los momentos de máxima demanda. Puede ser necesario aumentar la capacidad en las líneas clave del tronco, añadiendo cables o sustituyendo el sistema de cobre coaxial por fibra óptica, para que el sistema pueda gestionar todo el tráfico. En ese caso, es preciso invertir en la electrónica necesaria para «iluminar» -poner en funcionamiento- las fibras ópticas. Se requiere módem de cable en cada extremo de la línea. Por consiguiente, las redes de cable no desarrolladas no son un sustituto inmediato para la red de telecomunicaciones, pero pueden acondicionarse para ello con alguna inversión”.*

Por su parte, la fibra óptica presenta con relación al hilo de cobre la indudable ventaja de un mayor ancho de banda. En Suecia e Italia se desarrollaron nuevas plataformas que llevaban la fibra al hogar, aunque principalmente en zonas urbanas. También, a fines de 2005, *Deutsche Telekom* anunciaba su intención de desarrollar en diez ciudades alemanas, entre ellas, Colonia, Düsseldorf, Fráncfort y Leipzig, una red de fibra óptica para un acceso a Internet de hasta 50 Mbits/s, con la pretensión de que el acceso se extendiera a 40 ciudades más en 2007. El montante de la inversión ascendía a unos 3.000 millones de euros.

No obstante las anteriores y otras iniciativas semejantes, las redes de fibra óptica sólo son competitivas actualmente en enlaces de transmisión ascendente y, en lo que se refiere a la red de distribución minorista, en segmentos especiales como las redes que conectan edificios de oficinas o zonas geográficas estrechamente definidas. Distinta situación a la, por ejemplo, vivida en Japón y Corea, donde el parque de líneas DSL se ha estancado y el crecimiento lo ha protagonizado la fibra, FTTx, con gran despliegue de redes e inversiones cuantiosas. El 26

% de las conexiones de banda ancha en Japón se prestaron a través de redes de acceso ópticas (IDATE, DigiWorld 2007).

(iv) Situación en España, en Europa y en el mundo de las redes de acceso de nueva generación

El proyecto “*Futura*” de *Telefónica* implicaba el lanzamiento de pruebas piloto en hasta 12 capitales de provincia españolas a partir de noviembre de 2008, una inversión de 1.000 millones de euros hasta 2010. En general, el mismo debía ser examinado en un contexto de incertidumbre en cuanto a su rentabilidad y modelo de negocio.

A 25 de abril de 2008, sólo 14 países en el mundo contaban con una red de fibra que superara el 1 % de los hogares (incluyendo no sólo la fibra hasta el hogar, sino también hasta el nodo), según el *Fiber to the Home Council*, y de ellos sólo 6 eran europeos. En general, son los incumbentes los que se encuentran en la tesitura de actuar o no como pioneros y, probablemente, el principal acicate provendrá de la presión competitiva ejercida por los cable operadores. Lo cierto es que, al menos en nuestro país, la prensa digital (*CincoDías.com* de 19 de marzo de 2009) ponía de relieve como la crisis económica contribuía a desterrar la idea del despliegue por *Telefónica* de su red de nueva generación de modo inmediato, haciéndose eco de declaraciones de la propia CMT conforme a las que se esperaba una demanda de fibra muy limitada en los años venideros.

Igualmente, en el Informe de la OCDE sobre despliegue de las nuevas redes ultrarrápidas de Internet se subrayaba que, al cierre de 2008, la media de conexiones de este tipo sobre el total de líneas de banda ancha en los países de la UE-15 era del 1,28 %. La *FTTH Council* destacaba que se trataba de una penetración baja: los 31 países europeos sobre los que se habían recabado datos por esta organización, a diciembre de 2008, sólo representaban 1,7 millones de clientes de fibra, con 11,2 millones de hogares en los que una de estas redes ultrarrápidas pasaba lo suficientemente cerca como para conectarse, si así lo querían.

Otros datos facilitados por la Edición Digital de Cinco Días (24/08/2009): *En Japón, por ejemplo, 48% de las conexiones de banda ancha se hacen a través de fibra, mientras que en Corea del Sur el porcentaje es del 43%. En Europa, sólo Suecia y Eslovaquia muestran un nivel de penetración de dos dígitos; el resto, está muy por debajo, y la mayoría ni siquiera llega al 1%. Es el caso de España, donde la OCDE cifra la penetración de la fibra en el 0,29% de los accesos de banda ancha. Puesto que a cierre de año había algo más de nueve millones de líneas de acceso a internet a alta velocidad, ese porcentaje implica menos de 26.300 conexiones de fibra. El FTTH Council no proporciona una cifra de abonados a la fibra en España; sólo apunta que Telefónica tiene 250.000 hogares pasados por esta nueva red, pero no los clientes que efectivamente ha conseguido. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) habla de 585.567 accesos de fibra nacionales, pero se refiere más a las conexiones que disfrutan desde hace tiempo las empresas con alto volumen de tráfico. Cuando el regulador alude al despliegue que ha comenzado a hacer Telefónica de su red FTTH -fibra hasta el hogar- cifra en 2.255 los accesos activos de esta compañía en el segmento residencial y 98 en el empresarial. Es decir, 2.353 líneas de fibra sobre un total de 9,06 millones de conexiones de banda ancha. El panorama, además, no es alentador, porque Telefónica ha anunciado una ralentización de sus planes de despliegue debido a la crisis. El ex monopolio británico BT, en cambio, ha optado por el camino contrario y ha comunicado que acelerará el despliegue de su red ultraveloz, con el objetivo de tentar a los clientes con la mejora tecnológica. En España, la red de fibra tampoco recibirá el impulso de los operadores alternativos, muy reacios a invertir. El FTTH Council hace un repaso del*

despliegue de red de fibra en 28 países europeos por operadores y la conclusión es que son los recién llegados los que están impulsando esta tecnología, no los ex monopolios. El país con más hogares pasados por la red ultrarrápida -que tienen acceso a ella, aunque no sean clientes- es Francia y sólo medio millón son de France Télécom. Sus competidores, en cambio, suman casi cuatro millones, con el convencimiento de que son ellos los que tienen que adelantarse al operador histórico para ganar la partida en una tecnología nueva en la que parten en la misma posición que el ex monopolio. En Italia la situación es parecida, con 7.200 hogares pasados por Telecom Italia y dos millones por Fastweb, un operador alternativo. En España sucede lo contrario. Telefónica cuenta con 250.000 hogares pasados y sus rivales, con 10.000, según los datos del FTTH Council. En total, los ex monopolios de los 28 países suman 1,7 millones de hogares pasados, frente a 7,24 millones de los operadores alternativos”.

(v) La Recomendación de la Comisión sobre las redes de acceso de nueva generación

Ha, cuando menos, de mencionarse la existencia de la Recomendación de la Comisión, de 20 de septiembre de 2010, relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación (NGA) (2010/572/UE: DO L 251 de 25.9.2010, p. 35/48). Partía de la “Agenda Digital para Europa”, que se había presentado en mayo de 2010, que había fijado unos objetivos en materia de despliegue y adopción de la banda ancha rápida y ultrarrápida, y que había previsto varias medidas para fomentar el despliegue de las redes de acceso de nueva generación (NGA) basadas en la fibra óptica.

La Recomendación iba referida a los mercados de acceso al por mayor a la infraestructura de red (mercado 4) y acceso de banda ancha al por mayor (mercado 5). A fin de mantener la coherencia de enfoque, se disponía que la revisión de los mercados 4 y 5 de la Recomendación 2007/879/CE debería tener en cuenta las redes NGA y que cada ANR debería llevarla a cabo de manera coordinada y en los plazos previstos.

La Recomendación se centraba en las obligaciones específicas impuestas a los operadores con PSM; en España, como sabemos ya, *Telefónica*. No obstante, cuando se justificase por resultar la duplicación de una infraestructura económicamente ineficiente o físicamente inviable, los Estados miembros podrían también imponer a las empresas que explotasen una red de comunicaciones electrónicas las obligaciones de uso compartido recíproco de las instalaciones que resultasen adecuadas para superar los puntos de estrangulamiento en la infraestructura de obra civil y en los segmentos de terminación.

Ante el despliegue de redes de fibra en zonas nuevas, las ANRs debían revisar si procedía modificar las obligaciones impuestas existentes para asegurarse de que se aplicaban con independencia de la tecnología de red desplegada. Asimismo, se preveía que lo anterior pudiera dar lugar a la definición de mercados geográficos subnacionales atendida la existencia de diferentes condiciones de competencia en las diversas partes del territorio nacional, en función de la existencia o no de despliegue de fibra.

De conformidad con los principios establecidos en la Directiva 2002/19/CE, si el operador con PSM desplegase FTTH, las ANRs deberían en principio imponer el acceso desagregado al bucle de fibra. Solo podría estar justificada una excepción en las zonas geográficas en las que fuera probable que la presencia de varias infraestructuras alternativas, tales como las redes FTTH y/o el cable, en combinación con las ofertas de acceso competitivas, fuera a propiciar una competencia efectiva en el nivel descendente.

Dentro del mercado 4 se insistía en que las ANRs dispusieran de la información adecuada sobre si se disponía, y dónde, de conductos y otras instalaciones de bucle local a efectos del despliegue de las redes NGA. El operador con PSM debía facilitar el acceso a todos estos elementos en las mismas condiciones a su propia división en el mercado descendente y a los terceros que lo solicitasen. Por esa razón, el operador debía mantener una oferta de referencia respecto de dicho acceso.

También dentro de este mercado 4, dado que, en el contexto de la fibra hasta el hogar (FTTH), la duplicación del segmento de terminación del bucle de fibra sería, normalmente, costosa e ineficiente, se hacía necesario facilitar el acceso al segmento de terminación de la infraestructura de fibra desplegada por el operador con PSM, haciendo posible el acceso de los entrantes a un nivel de la red del operador con PSM que permitiera a los entrantes conseguir la escala mínima eficiente para hacer posible una competencia real y sostenible.

En este acceso podían ser impuestas obligaciones de transparencia y no discriminación y obligarse a la publicación del operador con PSM de una oferta de referencia (que habría que integrarse en la oferta de referencia para el LLU o bucle local desglosado). Los precios de acceso debían ir orientados a costes, pero computando, y teniendo también en cuenta el riesgo (prima de riesgo) de la inversión implícita en el despliegue de estas NGA, investidas de una mayor incertidumbre que las tradicionales (el retorno de la inversión sería menos seguro). Se admitía el recurso a los acuerdos verticales mediante rebajas vinculadas a contratos a largo plazo que permitieran una reducción real del riesgo de la inversión. Se insistía, en todo caso, en que la orientación de precios a costes permitiera eludir todo riesgo de pinzamiento o compresión de márgenes. Se contemplaba la posibilidad de la regulación *ex ante* de los precios sobre la base, también, de la orientación a costes.

Se alentaba el despliegue basado en líneas multifibra que permitiese a cada operador alternativo controlar su propio acceso hasta el usuario final mediante fórmulas de coinversión. La adopción de todas estas medidas en el mercado 4, ascendente con respecto al mercado 5, podían hacer innecesarias cualesquiera otras en el mismo mercado número 5, si bien se dejaba advertida la necesidad de que las ANRs se mantuvieran vigilantes a fin de evitar restricciones de la competencia como las asociadas a estrechamientos de márgenes.

Cuando sólo se hubiera operado la sustitución de cable por la fibra hasta un punto de distribución intermedio, en la Recomendación se preveía la aplicación de los mismos principios y la imposición de las mismas obligaciones que en el caso del acceso al bucle, sólo que referida al subbucle de cobre.

En el caso de resultar necesarias las obligaciones específicas en el mercado 5, éstas podrían ser las siguientes. Si se constataste la existencia de PSM en el mercado 5, deberían mantenerse o modificarse las medidas relativas al acceso de banda ancha al por mayor para los servicios existentes y sus sustitutos en la cadena. Las ANRs deberían considerar el acceso de banda ancha al por mayor sobre VDSL como sustituto en la cadena del acceso de banda ancha al por mayor existente sobre bucles solo de cobre. Las ANRs deberían obligar al operador con PSM a que se pusieran a disposición los nuevos productos de acceso de banda ancha al por mayor, en principio, al menos seis meses antes de que el operador con PSM o su filial minorista comercializasen sus correspondientes servicios NGA al por menor, a menos que existieran otras salvaguardias eficaces que garantizaran la no discriminación. También

aquí se imponía la orientación de precios a costes, teniendo en cuenta las diferencias en cuanto a ancho de banda y calidad de las distintas ofertas mayoristas.

Finalmente, respecto a la migración, se preveía que las obligaciones relacionadas con el PSM que existieran en los mercados 4 y 5 deberían mantenerse y no verse afectadas por la modificación de la arquitectura y la tecnología de redes existente, a menos que se llegase a un acuerdo sobre una trayectoria de migración adecuada entre el operador con PSM y los operadores que disfrutasen en ese momento de acceso a la red de dicho operador. En ausencia de tal acuerdo, las ANRs deberían velar por que se informase a los operadores alternativos, con antelación no inferior a cinco años, si procedía teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, de cualquier cierre de puntos de interconexión tales como la central del bucle local. Este período podría ser inferior a cinco años si se facilitase un acceso plenamente equivalente en el punto de interconexión. Las ANRs deberían instaurar un marco transparente para la migración de las redes de cobre a las de fibra.

Ante el texto de la Recomendación, la industria, sobre todo los antiguos monopolios, temían que el texto limitase su capacidad de rentabilizar unas inversiones en fibra óptica que, según los cálculos de la Comisión Europea, ascendían a unos 3.700 millones de euros anuales. La comisaria (N. Kroes) reconoció que el despliegue de nuevas redes exigiría una inversión multimillonaria durante los años siguientes (a razón de unos 3.000 millones de euros anuales por parte los operadores dominantes y 700 millones por la de los alternativos). Kroes rechazó la petición de algunos reguladores, como el alemán, partidarios de eximir de las normas de competencia a las nuevas redes. *“No podemos arriesgarnos a que la transición hacia la nueva tecnología nos lleve a una re monopolización del sector de las telecomunicaciones”*, zanjaba la comisaria holandesa.

(d) La evolución del segmento del bucle local

(i) En España

En el caso de España, en 2000, existía un sistema de *price cap*, es decir, de precio máximo regulado, que no permitía a *Telefónica* elevar sus cuotas por encima de cierto límite en el tramo minorista. Por otra parte, en el segmento mayorista, en el que *Telefónica* facilitaba el acceso su par de cobre a otros operadores, existía también un sistema de tarifas reguladas, en el que el precio cobrado resultaba de aplicar un porcentaje de descuento a los precios máximos impuestos a *Telefónica* en el tramo minorista. Para la Comisión este sistema era incoherente y llevaba a una reducción de los márgenes comerciales de los competidores.

Telefónica fue objeto de importantes sanciones por su retraso en facilitar el desglose a *Jazztel* y, hacia mediados de 2006, la asociación que reunía a los operadores alternativos, *Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL)*, pidió a la CMT la constitución de un grupo de control permanente del proceso de apertura del tramo local de la red. Operadores como *Orange* resaltaban por esas fechas las fortísimas restricciones a la competencia en el ramo del bucle local existentes en el mercado español, donde, a 30 de junio de 2006, el número de bucles locales desagregados era de 678.926, frente a, por ejemplo, los 3,35 millones de Francia.

Informes de la *OCDE* correspondientes a los años 2005 y 2007 situaban la oferta española de acceso a IT de banda ancha como una de las dos más caras de los veinte países de esa organización. Lo anterior fue uno de los desencadenantes de la imposición en 2007 por la

Comisión Europea a *Telefónica* de la mayor multa de la historia política de la competencia a una empresa de telecomunicaciones (más de 150 millones de euros).

El incumbente español, según opinión de dicha institución comunitaria, había incurrido en abuso de posición dominante dentro del mercado español del acceso a IT de banda ancha al imponer a sus competidores precios excesivos para permitirles el acceso a su red. Al reducir los márgenes al mínimo, *Telefónica* impedía a las compañías que pretendían entrar en ese mercado y que debían utilizar su infraestructura competir en el mercado minorista.

La investigación de la Comisión revelaba que, desde 2001, la diferencia entre los precios mayoristas, que cobraba *Telefónica* a sus competidores por el acceso a la infraestructura de banda ancha, y las tarifas minoristas resultaba insuficiente para cubrir el coste por el suministro de dichos servicios minoristas. Para la Comisión el estrechamiento de márgenes quedaba probado cuando un operador dominante, como era *Telefónica* en el mercado mayorista español, alquilaba su red a unos precios que, si tuviera ella que pagarlos, le provocarían pérdidas por la escasa diferencia con las tarifas aplicadas a su cliente final.

Según la propia Comisión, *Telefónica* hubiera perdido entre 2001 y 2006 más de 500 millones de euros si hubiese pagado las tarifas que cobró a competidores como *Wanadoo* o *Ya.com*. Con ese margen negativo, a los rivales de *Telefónica* les resultó imposible ofrecer tarifas minoristas suficientemente atractivas para ganar cuota de mercado. Los resultados de la estrategia de *Telefónica* se dejaron sentir durante todo el periodo. Entre enero de 2002 y octubre de 2004, su ritmo de captación de nuevos subscriptores de ADSL a internet crecía cuatro veces más rápido que el de todos sus competidores. Durante el primer semestre de 2005, la operadora española absorbía el 70 % de los nuevos clientes a pesar de los esfuerzos comerciales sin precedentes de sus rivales. Bruselas calculaba que los clientes captados por *Telefónica* durante el periodo en que se cometió el abuso de posición dominante pudieron reportar a la operadora unos ingresos superiores a los 4.000 millones de euros entre 2007 y 2011.

Para la Comisión, lo anterior habría llevado a un mantenimiento de precios elevados y a que la tasa de penetración de la banda ancha en España se situara un 20 % por debajo de la media de la Unión Europea de los quince, y a que la tasa de crecimiento fuera un 30 % inferior a la media dentro de la misma UE de los quince.

Los ejes de la defensa de *Telefónica* frente a la sanción, respaldados por la CMT, fueron los siguientes. En primer lugar, que se había ajustado a las pautas de la ANR española, que en 2001 había regulado la apertura del bucle local del operador, en términos que, no obstante y como se dijo al comienzo de este epígrafe, la Comisión tachaba ya entonces de incoherentes. En segundo término, que la cuota de *Telefónica* dentro del mercado considerado del acceso a IT de banda ancha había quedado reducida desde el 95 % hasta el 56 % dentro del periodo 2001-2006.

La Comisión consideró, no obstante todo lo anterior, que *Telefónica* podía en cualquier momento haber rebajado sus precios mayoristas que, o bien no estaban regulados o sólo estaban sujetos a precios máximos. De hecho, tras el análisis del mercado de la banda ancha con sujeción al marco regulador de las comunicaciones electrónicas, la propia CMT habría acordado un descenso significativo de esos mismos precios mayoristas nacionales y regionales de *Telefónica*, en cuanto que operador con PSM; lo que, de hecho, habría supuesto poner término al abuso (para un resumen de la Decisión y de los argumentos de la Comisión,

puede verse “*Resumen de la Decisión de la Comisión, de 4 de julio de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE (Asunto COMP/38.784 — Wanadoo España contra Telefónica)*” en Diario Oficial de la Unión Europea (C 83) de 2 abril de 2008, Pág. 6).

La sanción impuesta ha sido confirmada recientemente por la Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012, que ratificó la conclusión de la Comisión de que *Telefónica* había abusado de su posición de dominio en el mercado español de acceso mayorista a escala regional y nacional durante el período comprendido entre septiembre de 2001 y diciembre de 2006.

Durante dicho período, *Telefónica* había comercializado productos minoristas de banda ancha para particulares. Basándose en su red de telefonía fija, la empresa había también suministrado productos mayoristas de banda ancha a los otros operadores de telecomunicaciones para que, de este modo, ellos mismos pudiesen prestar servicios minoristas de banda ancha a los particulares. En cuanto a estos productos mayoristas, había tres ofertas disponibles para los otros operadores de telecomunicaciones: (1.º) el acceso desagregado al bucle local, comercializado únicamente por *Telefónica*; (2.º) el acceso mayorista regional (GigADSL), comercializado también sólo por *Telefónica*; y (3.º) varias ofertas de acceso mayorista a escala nacional, comercializadas tanto por *Telefónica* (ADSL-IP y ADSL-IP Total) como por otros operadores, en este último caso sobre la base del acceso desagregado al bucle local y/o del producto mayorista de acceso regional mencionados en los dos puntos anteriores.

En primer lugar, el Tribunal General confirmó que el acceso desagregado al bucle local, el producto mayorista regional y el producto mayorista nacional no pertenecían al mismo mercado de productos durante el período investigado, de modo que debía evaluarse por separado la posible existencia de una posición dominante de *Telefónica* en cada uno de dichos mercados.

Telefónica había argumentado que los operadores alternativos utilizaban una combinación óptima de productos mayoristas de banda ancha, incluido el acceso desagregado al bucle local, que les permitía reducir costes, siendo esta la razón de hubiera debido realizarse una evaluación de la situación en todos esos mercados en conjunto. Esto supondría que un operador alternativo podría compensar las pérdidas sufridas como consecuencia del estrechamiento de márgenes mediante los ingresos procedentes de la utilización, en determinadas zonas geográficas más rentables, del acceso desagregado al bucle local, que no fue objeto de un estrechamiento de márgenes.

A este respecto, el Tribunal General recordó que el concepto de mercado implicaba la existencia de una competencia efectiva entre los productos que formaban parte de él, lo que suponía un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que formaban parte de un mismo mercado, y ello en un horizonte temporal a corto plazo. Pues bien, por una parte, el Tribunal General señalaba que existían diferencias funcionales entre el producto mayorista nacional, el producto mayorista regional y el acceso desagregado al bucle local.

El Tribunal confirmó que la práctica tarifaria de *Telefónica* había tenido como efecto una compresión de los márgenes y verificó que la misma *Telefónica* nunca habría podido ser suficientemente eficiente como para ofrecer sus prestaciones minoristas a los clientes finales

sin recurrir a una venta a pérdida en el supuesto de que se le hubiera obligado previamente a pagar las prestaciones intermedias a sus propios precios mayoristas.

El resultado lesivo para el juego de la competencia consistió en un refuerzo de las barreras a la entrada y a la expansión en dicho mercado, de modo que, de no haber existido las distorsiones resultantes del estrechamiento de márgenes, la competencia habría sido más intensa en el mercado minorista, de lo que se hubieran beneficiado los consumidores en términos de precio, de elección y de innovación.

Telefónica intentó negar su responsabilidad cualificada en tanto que operador en posición dominante demostrando que no se encontraba en condiciones de prever razonablemente que su conducta era contraria a la competencia. Para el Tribunal, sin embargo, *Telefónica* disponía de margen de maniobra suficiente para determinar su política de precios. En efecto, por una parte, *Telefónica* era libre de reducir el precio del producto mayorista nacional ya que éste no estaba sujeto a regulación. Por otra parte, en cuanto al precio del producto mayorista regional de *Telefónica*, el Tribunal General estimó que los precios fijados por la Comisión española del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) eran precios máximos y que, por consiguiente, *Telefónica* era libre de solicitar una reducción de sus precios. Finalmente, en relación con los precios minoristas, *Telefónica* no había rebatido que era libre para aumentar sus precios en todo momento.

Además, el Tribunal General consideró que *Telefónica* no podía ignorar que el cumplimiento de la normativa española en materia de telecomunicaciones y, en particular, el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por la CMT en virtud del marco regulador, no la protegía frente a una intervención de la Comisión con arreglo al Derecho de la competencia. A este respecto, las normas de la Unión en materia de Derecho de la competencia completaban, mediante el ejercicio de un control *a posteriori*, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión para regular con carácter previo los mercados de las telecomunicaciones.

También en esa resolución, de 1 de junio de 2006, en la que la CMT identificó a *Telefónica de España, S.A.U.*, como operador con PSM, impuso a ésta la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas tales como “*Reducciones de precios anticompetitivos (estrechamiento de márgenes o precios predatorios)*”. Tras la imposición de obligaciones específicas, y con vistas a verificar el correcto cumplimiento de las mismas, se consideró igualmente necesario establecer una metodología de análisis de las ofertas minoristas de TESAÚ para determinar si las mismas podrían implicar la realización de las prácticas anticompetitivas referidas.

Del “Informe sobre la metodología para el análisis de las posibles prácticas anticompetitivas del operador incumbente” de la CMT resultaba interesante la propia definición del estrechamiento de márgenes: “*Un estrangulamiento de márgenes es un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada y dominante en un mercado mayorista quién, mediante la manipulación del precio minorista y/o del precio mayorista cobrado a sus competidores, pretende conseguir su expulsión o debilitamiento en los mercados minoristas con el fin de distorsionar la competencia. En el caso que el mercado mayorista tenga un precio regulado, la compresión de márgenes solo podrá resultar de la reducción abusiva del precio minorista*”.

(ii) En el resto de Europa

En 2000, la Comisión continuó con los procedimientos contra los Estados miembros que no habían finalizado el reequilibrado de la cuota de abono (Alemania, Italia, España y Francia), con arreglo a la Directiva 96/19/CE sobre la instauración de la plena competencia en los mercados de las telecomunicaciones (hoy derogada).

Ese reequilibrado era importante que se realizara, antes de la apertura del bucle local a terceros operadores, con objeto de evitar el llamado “efecto tijera” (*price squeeze*), por virtud del cual los nuevos operadores habrían de soportar, en el tramo mayorista de adquisición de capacidad de bucle local al operador histórico, costes intermedios - concretamente, los derivados para ese mismo operador histórico de la apertura del bucle -, lo que les dificultaba el poder competir en el segmento minorista con los precios al detalle del operador dominante, quien también resultaba ser el proveedor del bien intermedio.

En este contexto, la Comisión dirigió un dictamen motivado a Italia y a España, así como un escrito de emplazamiento a Alemania. El procedimiento contra Italia se suspendió cuando las autoridades italianas, tras el envío del dictamen motivado, adoptaron en el mes de diciembre de 2000 unas medidas destinadas a permitir que *Telecom Italia* ajustase en una proporción suficiente la cuota de abono.

En su XXXI Informe sobre política de la Competencia correspondiente a 2001, la Comisión se expresaba en los siguientes términos: “*la falta de competencia en los mercados de acceso local en todos los Estados miembros, especialmente para el acceso de banda ancha, volvió a ser un grave impedimento a la distribución de Internet y de los servicios de Internet en Europa*”. La Comisión quiso referirse al caso de Alemania, donde la totalidad y conformidad de la desagregación eran sólo aparentes y ocultaban que la mayoría de las líneas desagregadas se utilizaban para fines diferentes de la prestación de servicios DSL, a los que se dedicaban tan sólo un 20 % de dichas líneas, y que el operador tradicional ofrecía esos mismos servicios DSL en el tramo minorista por debajo del coste.

En otros países no se habían adoptado líneas desagregadas de forma efectiva, simplemente por la imposibilidad de los nuevos competidores de oponerse a las ofertas DSL al por menor del operador tradicional. La situación empeoraba cuando, como sucedía en el caso ya citado de Alemania y en los de Grecia, España, Irlanda, Portugal, Suecia y el Reino Unido, la cuota de abonado era inferior al precio cobrado a los operadores por la desagregación, lo que llevaba a una situación en la que era escaso el margen de maniobra de los nuevos competidores.

A resultas de la aprobación del Reglamento 2887/2000/CE citado más arriba, el número de nuevas líneas desagregadas aumentó en 828.000 entre julio de 2002 y el mismo mes de 2003, mientras que ese aumento había sido sólo de 400.000 entre octubre de 2001 y octubre de 2002. Esa cifra de 828.000, aún duplicando la del año anterior, arrojaba un saldo insatisfactorio en proporción al total de líneas de abonado. A fecha de 2003, el nivel del desglose del bucle local aún estaba bastante desequilibrado en la UE y no podía decirse que hubiera despegado definitivamente. Alemania representaba más del 63 % de las líneas desagregadas y más del 95 % de esas mismas líneas se concentraban en sólo seis Estados, la propia Alemania, Italia, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Suecia. En el resto, el grado de desagregación del bucle local seguía siendo muy bajo.

Con relación a ese año 2003, apuntaba la Comisión el escaso nivel de competencia en el bucle local que continuaba siendo motivo de preocupación. En la mayor parte de los Estados de la UE, los operadores históricos poseían cuotas de mercado que oscilaban entre el 95 % y el 100 % en el acceso a los servicios al por menor y en comunicaciones locales, para los cuales el control del bucle local les situaba en una posición de absoluto dominio.

El mercado de los bucles locales desagregados y de las líneas compartidas registró un crecimiento del 110 % de 2003 a 2004 en la UE de los 15. A lo largo de 2005, el número de líneas desglosadas bajo acceso compartido se triplicó en Europa, impulsando el crecimiento de la banda ancha en Francia, el Reino Unido y Dinamarca.

En RU, en la primera mitad de 2005, la Autoridad Nacional de la competencia (*Ofcom*) planteó una consulta en el sector para dividir *BT* en dos, una para el acceso mayorista y otra para el minorista en el segmento del bucle local, a fin de forzar a la operadora a facilitar a los terceros competidores el desglose en condiciones no discriminatorias y equitativas como exigía la normativa nacional y europea en materia de telecomunicaciones. *BT* pudo evitar la medida creando, dentro de su propia estructura, una unidad de negocio, dedicada de forma exclusiva a garantizar ese acceso, y que habría de moverse en el marco de un estrecho corsé regulatorio y bajo la vigilancia de un “Consejo de Acceso equitativo”, formado por una mayoría de miembros externos e independientes nombrados tras consultar a *Ofcom*.

A pesar de esta última evolución, que cabría entender como positiva, del juego de la competencia en el segmento del bucle local, lo cierto es que los casos de prácticas restrictivas de la competencia en los servicios de desglose por parte de incumbentes europeos de telecomunicaciones no han dejado de reproducirse. Además del ya citado caso español de *Telefónica*, podríamos referir algunos otros.

El 21 de mayo de ese año 2003, la Comisión adoptó una decisión de conformidad con el artículo 82 relativa a la estrategia de precios de *Deutsche Telekom AG* aplicada al acceso local a la red fija de telefonía e impuso una multa de 12,6 millones de euros a esta empresa [2003/707/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de mayo de 2003, en un procedimiento con arreglo al artículo 82 del Tratado CE (Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — *Deutsche Telekom AG*; notificada con el número C(2003) 1536; Diario Oficial n° L 263 de 14/10/2003 p. 0009 – 0041)].

En su decisión, la Comisión manifestó que *DT* estaba comprimiendo los márgenes, cobrando a los nuevos competidores por el acceso al por mayor al bucle local unas tarifas superiores o demasiado similares a las que tenían que pagar los abonados por sus líneas al por menor. Esto desalentaba a las nuevas empresas a la hora de entrar en el mercado y reducía, en detrimento de los usuarios, las posibilidades de elección entre proveedores de servicios de telecomunicaciones y la competencia en los precios. La acción de la Comisión se inició en 1999 a raíz de las denuncias de 15 nuevos operadores que querían introducirse en el mercado alemán de las telecomunicaciones de línea fija.

En este caso, *DT* era dominante en el mercado ascendente del acceso al bucle local y en el minorista de servicios de datos a clientes finales. La Comisión señaló que el estrechamiento de márgenes podía tener lugar no sólo cuando la diferencia entre el precio mayorista y el minorista era negativa, sino también cuando no permitía la supervivencia del competidor razonablemente eficiente o, al menos, igual de eficiente que el dominante. La Comisión vertió también alguna consideración de importancia, como la de que bastaba probar la

existencia de estrechamiento de márgenes para que quedase acreditado el abuso de posición dominante, sin necesidad de entrar a valorar sus efectos sobre el mercado, sentando así el precedente, discutible, de la posibilidad de los abusos de posición dominante “*per se*” ex Art. 82. En general, la imposición de la sanción por la Comisión se ha visto respaldada por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta ampliada) de 10 de abril de 2008 (*Deutsche Telekom AG* contra Comisión de las Comunidades Europeas; Asunto T-271/03).

El 16 de julio del mismo 2003, la Comisión adoptó una nueva decisión en virtud del artículo 82 en relación con la estrategia de precios de *Wanadoo* por sus servicios de ADSL al por menor (Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2003 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 CE; asunto COMP/38.233 — *Wanadoo Interactive*). En el caso de *Wanadoo Interactive* sentó la Comisión que la filial de IT de *France Telecom* venía aplicando precios predatorios en los servicios minoristas de acceso a IT de banda ancha. Este caso no fue considerado como de estrechamiento de márgenes, sino sólo como de precios predatorios porque, dada la participación fluctuante de *France Telecom* en *Wanadoo* durante el periodo considerado, no estaba claro que hubiera en todo caso integración vertical. La Comisión concluyó que *Wanadoo*, a la sazón filial al 72 % de *France Télécom*, había incurrido en abuso de posición dominante y en la práctica de precios predatorios en relación con dichos servicios, al haberlos facturado por debajo de coste, entre marzo de 2001 y octubre de 2002, y le impuso una multa de 10,35 millones de euros.

Más recientemente, podría citarse el caso de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) en el caso *Konkurrensverket* contra *TeliaSonera Sverige AB* (JUR 2011\44820). De nuevo, se trataba de un supuesto de abuso de posición dominante por estrechamiento de márgenes protagonizado por el incumbente sueco de telecomunicaciones. El Tribunal señalaba que, para determinar la existencia de compresión de márgenes, habría que tomarse de modo preferente como referencia los precios y costes de la empresa de que se tratase (*TeliaSonera*) en el mercado de las prestaciones minoristas de servicios de banda ancha a usuarios finales.

En este sentido, cabe hacer un inciso para observar que, también en las Orientaciones de la Comisión sobre abuso de exclusión, se apunta que, para decidir si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quedaría excluido del mercado a resultas del estrechamiento de márgenes, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. En casos de compresión de márgenes, el parámetro que suele utilizar la Comisión para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el LRAIC de la división descendente de la empresa dominante integrada. El coste incremental medio a largo plazo es la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto. El hecho de no cubrir el LRAIC indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado. Así, normalmente, sólo los precios inferiores al LRAIC pueden excluir del mercado a los competidores con igual grado de eficiencia que el dominante.

Volviendo al caso de *Telia Sonera*, el Tribunal apuntaba que, sólo cuando, excepcionalmente, no resultara posible determinar los costes y precios de la empresa dominante, cabría acudir a los de los competidores que actuaran en el mismo mercado. El Tribunal señalaba que, dado el carácter indispensable del insumo mayorista para actuar en el

mercado minorista, para apreciar la existencia de abuso de posición dominante no resultaba imprescindible la existencia de obligación reglamentaria de suministrar los insumos para ADSL en el mercado mayorista. Bastaba, a estos efectos, con que el efecto pernicioso para el juego de la competencia fuera potencial. Por otra parte, señaló que bastaba, para apreciar el abuso, que la empresa ocupara una posición dominante en el mercado mayorista, aún cuando no la ocupara también en el mercado minorista de las conexiones de banda ancha destinadas a los clientes finales.

(4) El retraso en el desarrollo de la Red Transeuropea de Telecomunicaciones

(a) Aproximación

Por terminar de ilustrar el retraso con que ha partido Europa en todo lo referido al ámbito de la transmisión, redes y servicios, cabría aún hacer mención a las dilaciones en la implantación de la Red Transeuropea de Telecomunicaciones (*RTE-Telecom*). Dicha implantación tendría como objetivo primordial garantizar la circulación y el intercambio de información en toda la Unión Europea, con la vista puesta en la instauración plena de la Sociedad de la Información.

En la medida en que la demora en el desarrollo de la *RTE-Telecom* ha sido uno de los factores que más ha condicionado la vigencia y efectividad de los principios de interconexión y neutralidad tecnológica en Europa, es posible que el enfoque dado a ese proceso sea el consistente en entenderlo como factor restrictivo de la libre competencia y de la libre prestación de servicios en el sector de las telecomunicaciones, y de aquí el encuadre sistemático de este epígrafe.

RTE-Telecom era un programa comunitario de apoyo a las redes y servicios de telecomunicaciones transeuropeos. El programa se estableció en 1993 sobre la base de los artículos 154-156 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Dichos artículos abogaban por el desarrollo de redes transeuropeas en tres áreas, a saber, transporte, telecomunicaciones y energía. Dentro de ellos, el artículo 155 del Tratado exigía a la Comunidad la elaboración de un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, las prioridades y las grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas.

Con la entrada en vigor en 1993 del Tratado de la Unión Europea, Tratado de Maastricht, se añadió un nuevo Título XII, hoy el XVI, conformado por los Arts. 129 B, 129 C y 129 D, hoy Arts. 170 a 172, al Tratado CE bajo la rúbrica de “Redes transeuropeas”.

De acuerdo con el Art. 170: “1. *A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.* 2. *En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Unión tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Unión.*”

El actual artículo 171 establece la manera de proceder de la UE a la hora de poner en práctica estas responsabilidades en su apartado 1: *“A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 170, la Unión: (i) elaborará un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas; estas orientaciones identificarán proyectos de interés común, (ii) realizará las acciones que puedan resultar necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas, (iii) podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas en el primer guión, especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés; la Unión podrá aportar también una contribución financiera por medio del Fondo de Cohesión creado conforme a lo dispuesto en el artículo 177 a proyectos específicos en los Estados miembros en el ámbito de las infraestructuras del transporte. La acción de la Unión tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos.* En el apartado 2 del mismo precepto se incluye un mandato de coordinación en los siguientes términos: *“Los Estados miembros coordinarán entre sí, en colaboración con la Comisión, las políticas que apliquen a escala nacional y que puedan tener una influencia significativa en la realización de los objetivos previstos en el artículo 170. La Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros, podrá tomar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación”*. Y, finalmente, en el apartado 3, se introduce una previsión de cooperación con terceros países: *“La Unión podrá decidir cooperar con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes”*.

Los programas establecidos en cada una de esas tres áreas, transportes, telecomunicaciones y energía, contaban con un reglamento financiero común que especificaba las condiciones y procedimientos de concesión de la ayuda comunitaria: Reglamento (CE) n° 2236/95 del Consejo, de 18 de septiembre de 1995, por el que se determinaban las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas (DO L 228 de 23.9.1995, p. 1/7).

Dicho reglamento fue modificado en 1999 con la introducción de nuevas formas de ayuda y la asignación, para el período 2000-2006, de unos recursos presupuestarios de 4.600 millones de euros: Reglamento (CE) n° 1655/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 1999, que modificaba el Reglamento (CE) n° 2236/95 por el que se determinaban las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas (DO L 197 de 29.7.1999, p. 1/7).

Finalmente, el Reglamento 2236/95 ha sido derogado por el Reglamento (CE) n° 67/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas (DO L 27 de 30.1.2010, p. 20/32). En la Exposición de Motivos se hacía referencia a la necesidad de la derogación motivada por las reformas operadas.

Además del reglamento financiero común, cada programa debía definirse mediante unas orientaciones propias de las que pasamos a ocuparnos en los epígrafes que siguen.

(b) Las Orientaciones de 1995

(i) Referencia general

Podemos definir como Red Digital de Servicios Integrados (RDSI o ISDN en inglés) “*una red que procede por evolución de la Red Digital Integrada (RDI) y que facilita conexiones digitales extremo a extremo para proporcionar una amplia gama de servicios, tanto de voz como de otros tipos, y a la que los usuarios acceden a través de un conjunto de interfaces normalizados*”.

Se puede decir, entonces, que es una red que procede por evolución de la red telefónica existente, que, al ofrecer conexiones digitales de extremo a extremo, permite la integración de multitud de servicios, tanto de voz como de datos, en un único acceso, independientemente de la naturaleza de la información a transmitir y del equipo terminal que la genere. RDSI se vertebra sobre la base de conexiones de 64 Kbps (Fuentes *UIT* y *Wikipedia*).

La RDSI había venido siendo uno de los ejes de la política comunitaria en materia de telecomunicaciones desde nada menos que 1984, al punto de que en 1986 el Consejo publicó una Recomendación sobre la introducción coordinada de la RDSI en la Comunidad Europea [86/659/CEE: Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la introducción de la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI) en la Comunidad Europea (Diario Oficial nº L 382 de 31/12/1986 p. 0036 – 0041)]. Pese a la antigüedad de este compromiso, unas primeras orientaciones no se aprobaron por Parlamento y Consejo hasta noviembre de 1995, más de dos años después de la correspondiente propuesta de la Comisión [95/489/CE: Decisión nº 2717/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de noviembre de 1995, relativa a orientaciones para el desarrollo de la EURO-RDSI (Red Digital de Servicios Integrados) como red transeuropea (DO L 282 de 24.11.1995, p. 16/20)].

El Tribunal de Cuentas Europeo (TCE), en el informe de 2000, al que abajo se aludirá, observaría más adelante que el tiempo empleado en el proceso de toma de decisiones en la materia no respondía a un sector tan dinámico como el de las telecomunicaciones, y que ésta había sido la razón de que la Comisión se hubiera visto obligada a adelantarse e iniciar el programa ya en 1993, cuando las Orientaciones no habían sido aún aprobadas, adaptándose a las circunstancias del momento.

En el período previo a la vigencia de las nuevas Orientaciones de 1997, a las que inmediatamente nos referiremos, y que sustituyeron a las de 1995, que fue de 1993 a 1998, se financiaron actuaciones relacionadas con el desarrollo de la Euro-RDSI como red transeuropea (RTE-RDSI).

En ese periodo, se acometieron estudios y proyectos en el marco, si bien parcialmente, de las Orientaciones Euro-RDSI de 1995, concediéndose ayuda comunitaria en virtud del reglamento financiero RTE. A los primeros estudios preparatorios y de determinación del alcance (1993-94) les sucedieron estudios iniciales ya con elementos de implantación limitados (1995) y, posteriormente, estudios de viabilidad y el despliegue inicial de implantaciones a tamaño real (1996-97).

El Tribunal de Cuentas Europeo, en ese informe a que se aludirá más en extenso, observó que, en los tres primeros años de existencia del programa RTE-Telecom (1993-1995), con las

ayudas de la Unión Europea, se subvencionaron 45 proyectos (31 estudios de viabilidad y 14 acciones preparatorias), por un importe total de 20,4 millones de los antiguos ecus, antes de que los objetivos y prioridades para identificar los proyectos de interés común llegaran a tener base legal.

(ii) La evaluación de su cumplimiento por la Comisión

El Art. 10 de la Decisión por la que se aprobaron las Orientaciones de 1995 imponía a la Comisión realizar una *“evaluación global de las orientaciones definidas en la Decisión, a la luz de cualquier modificación en la reglamentación aplicable a la EURO-RDSI”*, lo que dicha institución llevó a efecto mediante la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre evaluación del conjunto de orientaciones para el desarrollo de la Euro-RDSI (Red digital de servicios integrados) como red transeuropea (RTE-RDSI) (COM/2000/0267 final). De dicha evaluación intermedia, referida al periodo 1993-1997, podrían destacarse las afirmaciones de la Comisión que se sintetizan en los párrafos siguientes.

Los objetivos de las Orientaciones para desarrollar una gama de servicios basada en la RDSI se consideraban alcanzados satisfactoriamente, al entenderse que la mayoría de las áreas habían sido abordadas por los estudios o los proyectos durante el período relevante.

La penetración de la Euro-RDSI era superior al 5 % de las líneas telefónicas en, al menos, ocho Estados miembros. En la mayoría de los países, la demanda se había duplicado cada año desde 1995. La previsión era la de que las conexiones de RDSI fueran aumentando, con el acceso a Internet y las comunicaciones vocales entre usuarios empresariales como sus principales aplicaciones, y que el precio de los servicios y equipos terminales de RDSI siguiera reduciéndose, como había venido sucediendo hasta entonces.

Las grandes diferencias en el grado de penetración de la Euro-RDSI en los distintos Estados miembros respondían, sobre todo, a la política comercial aplicada por el operador de red histórico en cada uno de ellos. Pese a esas diferencias, la industria europea del sector ocupaba una buena posición, tanto en lo referente a los proveedores de equipos de conmutación como a los vendedores de terminales.

La Euro-RDSI había sido una fuerza motriz de la digitalización de las redes telefónicas, había contribuido a transformar el mapa de las telecomunicaciones europeas y había sido un elemento importante de cimentación de la Sociedad de la Información. Habida cuenta de la consecución de los principales objetivos de las Orientaciones de 1995, la RDSI constituía un caso ejemplar de éxito europeo, fruto de los esfuerzos conjuntos de los operadores de telecomunicaciones y organismos de normalización, esfuerzos que habían contado con el apoyo de la Comunidad a un servicio universal de RDSI en toda la UE.

Habiendo ya alcanzado la madurez necesaria, la RDSI podía ya exponerse a las fuerzas del mercado, en cuanto que nicho del mismo dinámico y bien apoyado en las empresas europeas del sector; y de ahí que la acción de la Comunidad hubiera de ser ya tecnológicamente neutra, sin necesidad, desde ese momento, de proseguir con acciones específicas de apoyo a una determinada red.

A partir de lo anterior, se hacía ya posible la integración plena de la RDSI dentro de las orientaciones generales relativas a RTE-Telecom, esta última basada en un enfoque multirred

y tecnológicamente neutro, y en la que el protocolo Internet (TCP/IP) vendría a erigirse en factor de integración de la tecnología de las redes, dada la exigencia creciente de ofrecer servicios multimedia mundiales a través de las mismas.

El optimismo de la Comisión, plasmado en las reflexiones reflejadas en todos los párrafos anteriores, no fue compartido por el Tribunal de Cuentas en su informe (*Vid Infra*) para quien: *“pese a no lograrse el objetivo final de desarrollar la Euro-RDSI como elemento del servicio universal, un estudio de la Comisión reveló que la Euro-RDSI constituye un ejemplo de éxito en la cooperación europea”*.

(c) Las Orientaciones de 1997

La idea expresada en la Decisión n.º 1336/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 1997, relativa a un conjunto de orientaciones para las redes transeuropeas de telecomunicaciones (DO L 183 de 11.7.1997, p. 12/20), era la de que las redes existentes, incluidas las Redes Digitales de Servicios Integrados (RDSI), evolucionaran hacia unas redes avanzadas de banda ancha que permitieran la oferta de servicios y aplicaciones multimedia, con el fin último de alcanzar redes de Comunicaciones Integradas de Banda Ancha (redes CIBA), que fueran ya a constituir la plataforma óptima sobre la que basar las aplicaciones de la Sociedad de la Información. En el Diccionario de la Lengua Española se da una definición sencilla de “aplicación” en informática: *“programa preparado para una utilización específica, como el pago de nóminas, formación de un banco de términos léxicos, etc.”*.

De la Decisión mediante la que fueron aprobadas las Orientaciones de 1997 habría que comenzar por destacar su Art. 2, a cuyo tenor: *“La Comunidad apoyará la interconexión de las redes en materia de infraestructuras de telecomunicaciones, la creación y desarrollo de servicios y aplicaciones interoperables, así como el acceso a los mismos, con el fin de: (i) facilitar la transición hacia la sociedad de la información, proporcionar una experiencia sobre los efectos del desarrollo de nuevas redes y de nuevas aplicaciones en las actividades sociales, contribuir a satisfacer las necesidades sociales y culturales y mejorar la calidad de vida, (ii) mejorar la competitividad de las empresas de la Comunidad, en particular de las PYME, y afianzar el mercado interior, (iii) reforzar la cohesión económica y social, teniendo en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Comunidad, (iv) acelerar el desarrollo de las actividades que creen empleos en los nuevos sectores en crecimiento”*.

El marco de descripción de las redes transeuropeas de telecomunicaciones que gozaba de mayor aceptación era un modelo articulado en tres niveles, a saber:

- a) **El nivel de las aplicaciones (software)**. Según el mismo Diccionario de la Lengua Española, el anglicismo “software” hace referencia al *“conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora”*. Mediante las aplicaciones los usuarios interactuaban con los servicios genéricos y las redes básicas (ver más abajo la definición de estos) para satisfacer sus necesidades profesionales, educativas y sociales.

La descripción de este nivel de las aplicaciones en la versión consolidada y vigente a día de hoy de las Orientaciones de 1997, introducida por Decisión n.º 1376/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, por la que se modifica la Decisión n.º 1336/97/CE relativa a un conjunto de orientaciones para las redes

transeuropeas de telecomunicaciones (DO L 200 de 30.7.2002, p. 1/4), presentaría alguna diferencia de matiz: **“i) Aplicaciones.** *Las aplicaciones estarán al servicio de las necesidades del usuario, teniendo en cuenta las diferencias culturales y lingüísticas y las necesidades en materia de accesibilidad, en particular las de las personas con discapacidades. Cuando proceda, se adaptarán a las necesidades específicas de las regiones menos desarrolladas o menos pobladas. Utilizarán el potencial de las redes de banda ancha, las redes móviles y otras redes de comunicaciones, según resulte procedente”.*

- b) **El nivel de los servicios genéricos (middleware).** El Diccionario español no incorpora el término “middleware”. Tomando como fuente Wikipedia (<http://es.wikipedia.org>): *“El Middleware es un software de conectividad que ofrece un conjunto de servicios que hacen posible el funcionamiento de aplicaciones distribuidas sobre plataformas heterogéneas. Funciona como una capa de abstracción de software distribuida, que se sitúa entre las capas de aplicaciones y las capas inferiores (sistema operativo y red). El Middleware nos abstrae de la complejidad y heterogeneidad de las redes de comunicaciones subyacentes, así como de los sistemas operativos y lenguajes de programación, proporcionando una API para la fácil programación y manejo de aplicaciones distribuidas. Dependiendo del problema a resolver y de las funciones necesarias, serán útiles diferentes tipo de servicios de middleware.”* El nivel de los servicios o *middleware* estaba, pues, constituido por servicios compatibles de interés general, más la gestión de los mismos (en respuesta a las necesidades comunes de las aplicaciones, y proporcionando los instrumentos comunes para el desarrollo y puesta en práctica de las que fueran nuevas, estos servicios complementaban dichas aplicaciones facilitando a la vez su interoperabilidad).

Como en el caso de las aplicaciones, también en este nivel de los servicios genéricos habría que estar a la redacción dada a las Orientaciones de 1997 por la Decisión 1376/2002 citada (*Supra*): **“ii) Servicios genéricos.** *Los servicios genéricos atenderán las necesidades comunes de las aplicaciones facilitando herramientas comunes para el desarrollo y la puesta en funcionamiento de nuevas aplicaciones basadas en normas interoperables. Proporcionarán servicios de transferencia y protección de la integridad de los datos a través de las redes incluidas las de banda ancha y las redes de comunicaciones móviles”.*

- c) **El nivel de las redes básicas.** Este nivel proporcionaba los elementos físicos para el acceso, el transporte y la conmutación de las redes, incluida su gestión y señalización (dichos elementos facilitarían la interconectividad de las redes transeuropeas).

También en el nivel de las redes habría de estarse a la redacción introducida por la reiterada Decisión 1376/2002 (*Supra*): **“iii) Interconexión e interoperabilidad de las redes.** *Se prestará apoyo a la interconexión, interoperabilidad y seguridad de las redes necesarias para el funcionamiento de aplicaciones y servicios concretos de interés público. En las secciones siguientes se identifican, a cada nivel de las redes transeuropeas, los proyectos de interés común que deberán especificarse de conformidad con el artículo 9 y con arreglo al procedimiento previsto en el Art. 8”.*

Los tres niveles formaban una estructura coherente en la que cada nivel exigía para existir un grado suficiente de apertura y desarrollo de los inferiores. Así, faltando estos requisitos en

redes básicas o servicios genéricos, no podría haber aplicaciones y, sin redes básicas, ni tan siquiera servicios genéricos.

Las Orientaciones, conforme al Art. 1 de la Decisión que las aprobaba, debían servir para identificar, en cada uno de esos tres niveles enumerados, los proyectos de interés común. Y así:

- a) En el **nivel de las aplicaciones**, considerado el objetivo de atender a las necesidades lingüísticas y a la interoperabilidad para generar el máximo beneficio a los usuarios, se consideraban proyectos de interés común los siguientes: (1) red de universidades y centros de investigación; (2) formación a distancia; (3) telemática aplicada a la salud; (4) telemática aplicada al transporte; (5) telemática aplicada al medio ambiente; (6) teletrabajo; (7) servicios telemáticos para las PYME; (8) procedimiento de licitación electrónica; (9) autopistas urbanas de información; (10) servicios de acceso a las bibliotecas; (11) servicios telemáticos para el empleo; (12) patrimonio cultural y lingüístico.

En la redacción consolidada y vigente dada a las Orientaciones de 1997 por la Decisión de 2002 (*supra*) se simplifican los proyectos de interés común en el nivel de las aplicaciones. En concreto serían estos: (1) Gobierno y Administración electrónicos; (2) salud; (3) colectivos especiales (personas de edad o con discapacidad); (4) aprendizaje y cultura.

- b) En el **nivel de los servicios genéricos**, eran proyectos de interés común: (1) realización de unos servicios genéricos transeuropeos operativos, incluidos el correo electrónico, los sistemas de transferencia de ficheros, el acceso en línea a las bases de datos electrónicas y los servicios de vídeo; (2) extensión progresiva de los servicios genéricos a un entorno multimedia; (3) introducción de la firma digital.

La misma simplificación operada en el nivel de las aplicaciones (*supra*) se percibe, por obra de la Decisión 1376/2002, en el de los servicios genéricos, donde se identifican como proyectos de interés común apenas los dos siguientes: (1) servicios móviles avanzados; (2) servicios seguros y de confianza.

- c) En el **nivel de las redes básicas** se apuntaban como proyectos de interés común: (1) red digital de servicios integrados europea; (2) introducción comercial del modo de transferencia asíncrono (ATM) y de otras redes CIBA; (3) interoperabilidad de las redes existentes y de las redes CIBA; (4) desarrollo de redes fijas, móviles y por satélite como soporte de las aplicaciones y servicios.

La definición del ATM puede encontrarse en las abreviaturas de la tesis. Sobre las diferencias entre *Asynchronous Transfer Mode* (ATM) e IP valen las reflexiones del Profesor Asociado del Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile José M. Piquer (<http://www.dcc.uchile.cl/web/channel.html/>): “*Existe una diferencia de filosofía vital entre ATM e IP. Aunque ambos son redes de paquetes y ambos simulan conexiones virtuales punto a punto, la forma de manejar las conexiones es diametralmente distinta. En ATM, la idea es que existe un protocolo de conexión (muy parecido a una llamada telefónica) que reserva en todos los switches involucrados – en castellano, conmutadores (la aclaración es nuestra) - los recursos necesarios para esa conexión (en ATM incluso se piensa manejar criterios de calidad*

de servicio, como ancho de banda mínimo). Si no es posible reservar dichos recursos, la conexión falla (da tono ocupado). Esto permite dos cosas importantes: una vez establecida la conexión el ruteo – en castellano, mejor encaminamiento (Ídem Supra) - de las celdas – pequeñas células en que se descompone la información a transmitir (Ídem Supra bis) - es estático (lo que permite hacerlo con retardos mínimos) y el ancho de banda está teóricamente garantizado durante toda la duración de la conexión. En IP, el concepto es exactamente el opuesto. El protocolo de conexión sólo involucra al origen y al destino. Los routers – también enrutadores, encaminadores o direccionadores; son dispositivos de hardware (físicos) o software (lógicos) que dirigen la información en un sentido u otro dentro de la red (Ídem Supra ter) - que están entre ambos no manejan información asociada a las conexiones ni reservan recursos para ellas. Esto permite aprovechar el ancho de banda total disponible en tráfico real, dando soluciones órdenes de magnitud más baratas (lo que ha sido el factor fundamental de su éxito, por lo demás). Los paquetes son ruteados – o encaminados - uno a uno, pudiendo escoger caminos distintos en momentos distintos para una misma conexión, y pudiendo experimentar mayor o menor congestión (traducida en pérdida de paquetes) en distintos momentos”.

Por lo demás, al igual que en los niveles de las aplicaciones y de los servicios (*supra*), se simplifican, hasta el punto de reducirlos a uno, los proyectos de interés común en el nivel de las redes, a saber: interconexión, interoperabilidad y seguridad de las redes como presupuestos de unos servicios específicos de interés público transeuropeos y eficaces y como garantía de que no se producen interferencias con las condiciones del libre mercado.

También en este caso, un informe de la Comisión vino a evaluar la aplicación de las Orientaciones contenidas en la Decisión 1336/97/CE a lo largo del trienio 1997-2000: Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - Informe sobre la aplicación de la Decisión nº 1336/97/CE relativa a un conjunto de orientaciones para las redes transeuropeas de telecomunicaciones (COM/2001/0742 final). El informe destacaba que el presupuesto de RTE-Telecom para el período 1998-2000 había ascendido a 92,8 millones de euros.

(d) El informe del Tribunal de Cuentas Europeo de 2000

(i) Reflexiones críticas del Tribunal de Cuentas Europeo

En su Informe especial sobre RTE [Informe especial nº 9/2000 sobre redes transeuropeas (RTE) - Telecomunicaciones, acompañado de las respuestas de la Comisión (Diario Oficial nº C 166 de 15/06/2000 p. 0001 – 0027)] - a estas respuestas de la Comisión dedicaremos el epígrafe siguiente -, el Tribunal de Cuentas Europeo plasmó su labor de fiscalización del éxito de la Comisión en la realización de la implantación de RTE-Telecom y su coordinación con las medidas ya correspondientes a otros programas (Programa de Investigación) ya inscritas en el marco de los Fondos Estructurales, contando para ello, también, con la información proporcionada por el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones. De las reflexiones del TCE podrían destacarse las que pasamos a exponer.

Las compañías de telecomunicaciones se situaban entre las más grandes de Europa y gozaban de amplio acceso a los mercados de capital como forma de financiarse. El sector de las telecomunicaciones resultaba ser especialmente competitivo y, a raíz de su liberalización

en 1998, se había ido expandiendo sin prácticamente ayudas públicas esenciales procedentes de los Fondos Estructurales.

En el informe, el TCE citaba las estimaciones de la Comisión, conforme a las cuales *“únicamente se había dedicado al sector de las telecomunicaciones una pequeña parte del total de los gastos de los Fondos Estructurales (alrededor de un 2 %)”*, para, acto seguido, destacar que Italia (542 millones de los antiguos ecus), España, (516 millones), Grecia (380 millones) y Portugal (282 millones) habían sido los beneficiarios más importantes de ayudas de los Fondos Estructurales en el sector de las telecomunicaciones durante el período 1994 - 1999.

El TCE exhortaba a la Comisión a que informara en detalle a Consejo y Parlamento sobre las acciones y logros obtenidos en el ámbito del programa RTE-Telecom, y a que elaborara unas nuevas directrices para la intervención de los Fondos Estructurales en el ámbito de las telecomunicaciones, con el fin de evitar solapamientos indebidos de las diversas fuentes de financiación comunitaria como los que se habían producido hasta entonces.

Para el Tribunal esas nuevas directrices debían permitir atender a las necesidades de interconexión e interoperabilidad, con un papel cada vez más importante, especialmente, en lo referente al desarrollo de nuevos enlaces con los países, entonces candidatos a la UE, de Europa Central y Oriental, propiciar un más estricto seguimiento de la ejecución de los proyectos de implantación e incrementar el número de éstos.

La conclusión del TCE fue, en fin, la de que el número de proyectos no había generado incentivos suficientes para la implantación de servicios transeuropeos debido a las barreras intrínsecas que representaban los diferentes sistemas administrativos, idiomas y culturas, barreras que era necesario superar para adaptar un servicio a las condiciones locales de varios Estados miembros. Se proponía, a tal efecto, la modificación del apartado 3 del Art. 5 del Reglamento financiero de las redes transeuropeas (*vid supra*), de manera que el nivel máximo de apoyo pasara del 10 % al 20 % en los casos en que existieran barreras importantes.

(ii) Los argumentos de la Comisión

Ante el contenido del informe del TCE, la Comisión se descolgó, en un primer momento, con razonamientos como los que siguen en este párrafo y en los dos siguientes, aduciendo, en síntesis, que el retraso del acuerdo político sobre las nuevas orientaciones RTE-Telecom no había sido por su responsabilidad. El período de programación de los Fondos Estructurales de 1994-1999 constituyó un período de transición, desde un mercado monopolístico hacia otro abierto, que obligó a la Comisión a centrarse en medidas específicas.

El desfase en materia de telecomunicaciones, en la mayoría de las regiones subvencionables con cargo a los Fondos Estructurales, se concentraba en las redes nacionales y regionales/locales, más que en los vínculos internacionales y transeuropeos. Las intervenciones por cuenta de dichos Fondos se basaban en los principios de subsidiariedad y asociación con los Estados miembros, e incumbía a estos últimos definir los planes de desarrollo que habrían de recibir financiación de los mismos, motivo por el cual aquellas intervenciones tendrían un marcado carácter nacional/regional.

Terminó la Comisión por apuntar que la acción RTE-Telecom acabaría por cimentarse en la ayuda política proporcionada por la iniciativa “eEurope”, centrada en actuaciones prioritarias para superar las rémoras en el rápido desarrollo de una Sociedad de la Información en Europa, refiriéndose especialmente a *“un sector público que no está desempeñando un papel suficientemente activo a la hora de facilitar el desarrollo de nuevas aplicaciones y servicios”* y a *“la falta de una cultura suficientemente dinámica, emprendedora y orientada a la prestación de un servicio”*.

No obstante todo lo anterior, dicha institución acabó teniendo en cuenta las recomendaciones del TCE, primero, en el informe trienal presentado el 10 de diciembre de 2001 de evaluación de la aplicación de las orientaciones de 1997 a lo largo del periodo 1997-2000 (se citó más arriba) y, segundo, con una propuesta de decisión (Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se revisaba el anexo I de la Decisión n.º 1336/97/CE relativa a un conjunto de orientaciones para las redes transeuropeas de telecomunicaciones; COM/2001/0742 final - COD 2001/0296; DO C 103E de 30.4.2002, p. 23/25), relativa a la revisión de dichas Orientaciones de 1997, que se tradujo en la Decisión n.º 1376/2002/CE (también citada más arriba).

v) La implantación de la Sociedad de la Información: eEurope

Se utiliza también, pero menos, el término “Sociedad del Conocimiento”, sin embargo, puede ser que ambas denominaciones no encierren exactamente el mismo concepto. Con la noción de Sociedad del Conocimiento pretende asignarse un papel mucho más activo a quien accede a la información.

Puede leerse en Wikipedia, *“La sociedad de la información hace referencia a la creciente capacidad tecnológica para almacenar cada vez más información y hacerla circular cada vez más rápidamente y con mayor capacidad de difusión [...] Las sociedades de la información emergen de la implantación de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en la cotidianeidad de las relaciones sociales, culturales y económicas en el seno de una comunidad, y de forma más amplia, eliminando las barreras del espacio y el tiempo en ellas, facilitando una comunicación ubicua y asíncrona. La eficacia de estas nuevas tecnologías que actúan sobre elementos tan básicos de la persona como son el habla, el recuerdo o el aprendizaje, modifica en muchos sentidos la forma en la que es posible desarrollar muchas actividades propias de la sociedad moderna”*.

Pero también, *“Sin embargo, la información no es lo mismo que el conocimiento [...] La información se compone de hechos y sucesos, mientras que el conocimiento se define como la interpretación de dichos hechos dentro de un contexto, y posiblemente con alguna finalidad.”*. Es decir, que *“La sociedad del conocimiento se refiere a la apropiación crítica y selectiva de la información protagonizada por ciudadanos que saben qué quieren y como aprovechar la información, y por ende saben de qué pueden y deben prescindir”*.

En 1993, Peter Drucker escribió su libro *La sociedad post-capitalista*, en el que destacaba la necesidad de generar una teoría económica que colocara al conocimiento en el centro de la producción de riqueza. Al mismo tiempo, señalaba que lo más importante no era la cantidad de conocimiento, sino su productividad. En este sentido, reclamaba para una futura sociedad, para una sociedad de la información en la que el recurso básico sería el saber, que la voluntad de aplicar conocimiento para generar más conocimiento debía basarse en un elevado esfuerzo de sistematización y organización.

Realmente, cuando hablamos de Sociedad de la Información (SI), lo hacemos para referirnos a un ámbito muchísimo más amplio que el de la transmisión. Lo anterior se percibe en que los servicios de comunicaciones electrónicas constituyan tan sólo un ámbito dentro de las TIC (ver más arriba). En el plano estrictamente normativo, a que da lugar el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, el concepto de “servicio de la SI” es diferente al de “servicio de comunicaciones electrónicas”, aún cuando entre ambos se perciba una zona común; un servicio de la SI sólo será también servicio de comunicaciones electrónicas cuando medie la transmisión de señal a través de una red de comunicaciones electrónicas como, por ejemplo, en el caso del correo electrónico o *E-mail*.

La *vis atractiva* ejercida por la noción de “servicio de la SI” lleva a que la tendencia sea la de incluir dentro de esa categoría cada vez más contenidos (*E-contents*) y, últimamente, a que tiendan a desdibujarse los perfiles que lo han venido diferenciando del concepto de “servicio de difusión televisiva”, merced a la incorporación de la TVIP o al desarrollo de los servicios de TV interactiva; siendo sintomático de lo anterior que en diversas fuentes comience ya a manejarse el término/concepto de “telenauta”. Sobre estas cuestiones habrá oportunidad de abundar en otras partes de la tesis; baste aquí con reseñar que el encuadre de este epígrafe dentro del más amplio dedicado a la “transmisión” obedece más a razones de sencillez expositiva que de rigor sistemático.

La evolución, en Europa, de los mercados de la transmisión y de los contenidos, y de los de la TV de que trataremos, no puede comprenderse si no es en el marco de la implantación de la Sociedad de la Información (SI) y de la conocida como “estrategia de Lisboa” aprobada por el Consejo Europeo celebrado en esa localidad los días 23 y 24 de marzo de 2000.

En él, los Jefes de Estado y de Gobierno definieron un nuevo objetivo para la UE: “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo”. El Consejo pidió expresamente “a la Comunidad y a los Estados miembros que pusieran a disposición en todos los países europeos redes interconectadas baratas de alta velocidad para el acceso a Internet y que fomentaran el desarrollo de las tecnologías de la información y de las redes de telecomunicaciones de última generación, así como el contenido de dichas redes”.

También se advirtió del riesgo de que no llegara a alcanzarse el objetivo de una Sociedad de la Información para todos de seguir el sector privado temiendo por la rentabilidad de las inversiones en infraestructura de la información en las áreas menos favorecidas. Para corregir esta tendencia, se emprendieron acciones específicas a través de los Fondos Estructurales de la Unión, a fin de paliar el déficit de demanda en las áreas rurales y periféricas y en las áreas urbanas económicamente desfavorecidas. Lo anterior buscaba propiciar la “inclusión digital” o, visto del otro lado, de combatir la “brecha o exclusión digitales”.

Al hilo de este último concepto, podría observarse que, con motivo de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información en 2005, fue creado en el seno de la ONU el Foro de Gobernanza de Internet. Desde esa fecha, el Foro celebró diversas sesiones anuales en Atenas (Grecia), Río de Janeiro (Brasil), Hyderabad (India) y Sharm el Sheij (Egipto). Estas últimas sesiones fueron celebradas a fines de 2009 bajo el título “*La Gobernanza de Internet: Crear oportunidades para todos*” y, en su discurso inaugural, el subsecretario general de la ONU para Asuntos Económicos y Sociales, Sha Sukang, llamó la atención sobre la brecha digital que divide entre aquellos con acceso a Internet y los que no pueden acceder a la red: “*La*

brecha es amplia, especialmente para millones de africanos y árabes. En 2005 el 50 por ciento de las personas de países desarrollados tenían acceso a Internet, frente al 9 por ciento de las de los países en desarrollo. Hoy, en 2009, el 70 por ciento de la población del llamado primer mundo tiene Internet, frente al 17 por ciento de las personas de los países en vías de desarrollo”.

El concepto de brecha digital era, por tanto, un concepto ya familiar también a escala internacional. De hecho, las primeras estadísticas sobre telecomunicaciones de la UIT publicadas en 1871, que recogían los datos sobre operaciones en el sector del telégrafo desde 1849, mostraban unas claras diferencias entre los Estados miembros de la propia UIT situados, principalmente, en ese momento dentro de la Europa Occidental. Esas diferencias se han reducido con el tiempo y, en algunos casos, han sido revertidas, pero otras diferencias han surgido. Lo anterior sugiere: **(i)** que el concepto de brecha digital es un concepto dinámico, que evoluciona con el tiempo; **(ii)** que las viejas tecnologías tienden a expandirse más rápidamente que las nuevas (por ejemplo, los equipos de TV se distribuyen, más incluso, que los teléfonos móviles de tercera generación); **(iii)** que no existe una única brecha, sino muchas, por ejemplo, entre países, entre hombres y mujeres, entre jóvenes y viejos, entre regiones, entre personas con diferente grado de capacidad, etc....**(iv)** que el factor que principalmente subyace tras esta brecha es el diferente grado de riqueza entre individuos y Estados, de modo que mientras persista este último factor persistirá la brecha digital (*“World Information Society Report 2007”*, *Internacional Telecommunications Union, United Nations Conference on Trade and Development Beyond WSIS*).

Volviendo a Europa, y a la estrategia de Lisboa, en el período 2000-2006 se atribuyeron a actividades relacionadas con la SI una parte significativa del gasto en fondos estructurales, en torno a 6.000 millones de euros, que fue dedicada esencialmente a ampliar la alfabetización digital, modernizar los servicios públicos, promover los negocios electrónicos y mejorar la infraestructura digital. La estrategia de Lisboa, objeto de revisión en marzo de 2005, se ha concretado en los planes de acción eEurope 2002, eEurope 2005 y, últimamente, en la iniciativa i2010. Entre los objetivos de todas ellas se percibe un alto grado de interrelación.

Pudieran, acaso, destacarse como los de eEurope 2002 los siguientes: **(i)** propiciar la inclusión digital de la juventud europea mediante la educación a distancia y la introducción de las herramientas de IT en las escuelas (*“eLearning”*); **(ii)** el estímulo de la competencia en el acceso a IT, donde la posición del operador histórico seguía siendo dominante, para provocar la bajada de precios y la mejora de la capacidad de elección del consumidor; o **(iii)** acelerar el recurso al comercio electrónico (*“eCommerce”*) entre las PYMES.

La Comisión, a fines de 2002, estimó que eEurope 2002 había conseguido los fines propuestos: casi todas las empresas y los centros educativos estaban conectados a IT; el número de hogares en red se había casi triplicado; y Europa disponía de la *web* de investigación más rápida del mundo. No obstante, no podía afirmarse que el éxito de la campaña en favor de una Europa en línea se hubiera traducido en la creación de empleo o en nuevas ofertas de servicios, ni que se hubieran registrado los aumentos de la productividad observados en otras partes del mundo, especialmente en EE.UU. La conectividad era una realidad, pero el uso seguía estando por detrás del de otras economías. Por lo tanto, estimular el uso y crear nuevos servicios se convirtió en el fin central de eEurope 2005.

En cuanto a los objetivos marcados en eEurope 2005 para la consecución de ese fin, tal vez cupiera destacar los que siguen: **(i)** estimular el desarrollo de servicios, aplicaciones y

contenidos, entre otros extremos, garantizando la disponibilidad de espectro para los servicios inalámbricos de banda ancha y el acceso de banda ancha en las regiones menos favorecidas, a fin de impulsar la demanda; **(ii)** el aumento por el sector público de contenidos interactivos en un entorno multiplataforma (Administración en línea o “*eGovernment*”; Salud en línea o “*eHealth*”); o **(iii)** la rápida transición hacia la TV digital.

Finalmente, i2010 se plantea la ambiciosa meta de establecer un espacio único europeo de la información, ahondando en los aspectos siguientes: **(i)** suministro de comunicaciones de banda ancha asequibles y seguras; **(ii)** incremento de la velocidad de las conexiones de banda ancha; **(iii)** fomento de nuevos servicios y contenidos en línea; **(iv)** potenciamiento de dispositivos o plataformas interoperables o “*capaces de hablar entre sí*”; **(v)** intensificación de la seguridad en IT frente al fraude, los contenidos nocivos o los fallos tecnológicos; o **(vi)** modificación de los principios y normas que conforman el acervo comunitario en cuanto pudieran incidir sobre los servicios de la SI o los medios de comunicación¹³.

d) Televisión (difusión televisiva)

i) Visión general

Hasta aproximadamente los primeros años del siglo actual el mercado de la TV en Europa vino experimentando un alto grado de crecimiento.

De ello eran buen exponente datos como los siguientes: **(i)** en 2000, el volumen global de negocios del sector de la difusión por radio y TV en la UE podía valorarse en unos 62.000 millones de euros, un 11,6 % más que en 1999; **(ii)** en 2001, un 98 % de los hogares europeos (151.444.000) disponía de aparato de TV; **(iii)** a comienzos de 2002, más de 660 cadenas con capacidad de cobertura nacional emitían en la UE por vía terrestre, por cable o satélite, lo que supuso un notable aumento, más del 25 %, con respecto al año anterior.

Mediada la década de los 90, las empresas de radiotelevisión no nacionales contaban con audiencias considerables en al menos 9 países de Europa Occidental (Austria, Bélgica, Dinamarca, Suecia, Noruega, Irlanda, Luxemburgo, Suiza y los Países Bajos). Para competir con los canales locales, estos radiodifusores no nacionales tuvieron que dar frecuentemente un carácter local cada vez mayor a sus contenidos, siendo ejemplos de ello la ventana

¹³ Puede destacarse como material para la elaboración de este epígrafe: **(1.º)** Comunicación, de 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: “*eEurope - Una sociedad de la información para todos*” (COM/99/0687 final); **(2.º)** Comunicación de la Comisión de 13 de marzo de 2001: “*eEurope 2002: Impacto y prioridades Comunicación al Consejo Europeo de primavera de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001*” (COM/2001/0140 final); **(3.º)** Comunicación de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, “*eEuropa 2002: Accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido*” (COM/2001/0529 final); **(4.º)** Comunicación de la Comisión, de 28 mayo 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “*Plan de acción eEurope 2005: una sociedad de la información para todos*” (COM/2002/0263 final); **(5.º)** Comunicación de la Comisión, de 18 de febrero de 2004, sobre la Revisión intermedia del Plan de acción eEurope 2005 (COM/2004/0108 final); **(6.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: “*Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005*” (COM/2004/0757 final); **(7.º)** Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “*i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo*” (COM/2005/0229 final).

regional de *MTV Europa* y la de la suiza *Sat 1*. En 2001, se produjo un aumento significativo del número de cadenas que emitían en diferentes países de la UE de forma simultánea. Por otra parte, un creciente número de cadenas captaban importantes audiencias, a veces superiores al 40 %, en algunos mercados, sobre todo en los más pequeños, que compartían idioma con sus vecinos más grandes, emitiendo desde otros países. A principios de 2001, en la Unión Europea podían contarse 68 cadenas de este tipo, lo que suponía un incremento del 13 % con respecto a las cifras correspondientes al año anterior.

En cambio, la experiencia de canales basados en programas a escala europea, tales como *Euronews*, mostraba que éste era un mercado limitado. Últimamente, y en esta última línea, la Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de un programa de apoyo al sector audiovisual europeo MEDIA 2007 (*vid supra*) insiste en la creación de un canal de TV de la UE dedicado a la difusión de “películas europeas”.

Con ser los anteriores valores positivos, no obstante, comenzaban ya a percibirse ciertos síntomas de recesión.

Conforme a algunos análisis, ya en el año 2000, los resultados de explotación de la mayor parte de las empresas de TV de la UE, aún sin llegar a ser negativos, fueron mucho más reducidos que los obtenidos en años anteriores, en concreto, un 80 % más reducidos que en 1997. En 2001, el desarrollo del mercado televisivo se hizo más lento, con un crecimiento del 4 % respecto a 2000 y del 40 % respecto a 1997.

En 2001, el tiempo de visión en los Estados miembros variaba desde un mínimo de 142 minutos al día en Austria a 243 minutos en Grecia. El aumento de la oferta de servicios audiovisuales, medido en términos de cadenas disponibles, no supuso un aumento paralelo del tiempo de visión del público, ni en ese año ni en el anterior. En una serie de países, la tendencia al alza observada en el último periodo parecía haberse detenido. No obstante, los datos estadísticos no indicaban si estos nuevos modelos de consumo se debían a un cambio en las preferencias del público hacia otras ocupaciones, como la navegación por Internet, en detrimento de la TV.

Estadísticas posteriores han venido a confirmar que esto es así. Estudios de la Asociación Europea de Publicidad Interactiva, confirmaban que el tiempo que los europeos permanecían conectados a Internet era cada vez mayor. Así, en 2005 los internautas europeos pasaban 10 horas y 15 minutos a la semana navegando por Internet, lo que suponía un incremento del 17 % respecto de las cifras de 2004, y un 56 % respecto de las de 2003. Los datos sobre tiempo de conexión de los europeos a IT, expresado en número de horas semanales, variaban mucho de un estado de la UE a otro: 8,4 en Italia, 11,1 en España o 12,6 en Francia. En el caso de España, el medio de comunicación más afectado por la existencia de Internet era, sin duda, la televisión. De hecho, el 31% de los internautas declaraban que dedicaban menos tiempo a este medio, frente al 20 % que declaraban leer menos periódicos y revistas y el 15% que declaraban oír menos la radio (Informe de Telefónica sobre la Sociedad de la Información 2006).

Así, los años 2001 y 2002, para los que no se disponía de estadísticas exhaustivas, presenciaron el hundimiento de muchas esperanzas de desarrollo económico sostenible de las iniciativas más innovadoras de la industria audiovisual y confirmaron la viabilidad a largo plazo de los modelos económicos más tradicionales.

Con este panorama, el informe elaborado por una consultora privada para la Comisión ponía de manifiesto la posible evolución de la oferta de servicios audiovisuales en tres direcciones: **(1)** la hipótesis “todo sigue igual”, que sería la más probable en caso de un entorno económico negativo; **(2)** una posibilidad de “interactividad”, dependiendo del rápido crecimiento de nuevos servicios interactivos; y **(3)** una situación de “personalización”, basada en el auge de una oferta personalizada de los servicios audiovisuales existentes. Las hipótesis de interactividad y de personalización tendrían más probabilidades de darse en un entorno económico positivo, y llevarían a una modificación sustancial de las funciones de los agentes del mercado y de la estructura de la industria [v. Arthur Andersen (ed.), *Study on behalf of the European Commission, DG Education and Culture, “Outlook of development of the Market for European audiovisual content and of the regulatory framework concerning production and distribution of this content”*, June 2002¹⁴].

En los años posteriores comenzaron a percibirse síntomas de recuperación.

En 2003 podían destacarse los siguientes valores positivos: **(i)** el mercado total de la UE, en términos de ingresos obtenidos por los difusores, se estimaba en 2003 en 64.500 millones de euros, frente a los 62.200 de 2001 (*vid supra*), lo que significaba un incremento del 3,7 % con relación a este último año; **(ii)** el número de canales activos en la UE, con potencial de cobertura nacional a través de transmisores terrenales, satélite o redes de cable, ascendía a 860, frente a los 660 canales de 2001 (*vid supra*); **(iii)** se emitían regularmente unos 100 canales regionales, tanto públicos como privados, y había hasta 2.000 estaciones locales **(iv)** casi todos los hogares de la Unión Europea disponían de televisor, y muchos de ellos hasta de dos o más; **(v)** Austria continuaba siendo el país donde menos se veía la televisión (153 minutos diarios), mientras que España era el Estado donde la pequeña pantalla era más popular (262 minutos).

También 2004 presentó valores positivos, p.e., los servicios de difusión televisiva dirigidos a mercados no nacionales habían experimentado un desarrollo aún más rápido que los de proyección estrictamente nacional. A comienzos de 2004, había identificados 220 de esos canales, aproximadamente, de los que más de 160 se difundían a la UE de los 25 desde otros Estados miembros o desde terceros países, mientras que en 2001, solamente había 68 de esos canales en la UE de los 15 (ver más arriba).

Últimamente, la crisis financiera global desatada a partir de 2007 ha dejado sentir sus efectos en el mercado de la difusión televisiva.

Los efectos de lo anterior se han dejado sentir, principalmente, dentro del mercado de la TV en abierto financiada a través de la publicidad, en un momento especialmente delicado como es el de la transición hacia un entorno totalmente digital. Esta idea habrá oportunidad de detallarla en los epígrafes siguientes¹⁵.

¹⁴ Disponible en http://europa.eu.int/comm/avpolicy/stat/TVoutlook/TVoutlook_finalreport.pdf.

¹⁵ Entre las fuentes manejadas para la preparación de este epígrafe y los siguientes, al margen de otras objeto de cita específica, puede destacarse: **(1.º)** Cuarto informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo a la aplicación de la Directiva 89/552/CEE “*Televisión sin fronteras*” (COM/2002/0778 final); **(2.º)** El desarrollo del mercado de la televisión digital en la Unión Europea - Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Económico y Social, y el Comité de las Regiones (COM/99/0540 final); **(3.º)** Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la

ii) Evolución según el modo de difusión

(1) Televisión en abierto

(a) En Europa

Ya con Owen, Beebe y Wildman (*“Television economics”*, Lexington, MA Lexington Books, 1974) se distinguían los tres modos de financiación de la TV, a saber: pública (canon, impuestos, subvenciones, etc...), comercial (publicidad) y de pago (cuotas de los abonados).

En **2000**, los ingresos totales de los servicios públicos de radio y TV ascendieron a 26.300 millones de euros, un 4 % más que en 1999. La publicidad fue la principal fuente de ingresos de los organismos de radiodifusión televisiva y, tras varios años de continuo crecimiento, el mercado bruto de la publicidad en TV llegó a situarse en los 22.500 millones de euros, un 8 % más que en 1999. En el caso de los organismos de radiodifusión televisiva de servicio público, el canon que abonaban los telespectadores seguía siendo la principal fuente de financiación de las actividades, pese a que, en algunos países, el mismo había sido sustituido por una financiación mediante el sistema impositivo general. La importancia del canon se ha venido manteniendo a lo largo de los años sucesivos. Según DigiWorld2007: *“Los pagos por canon juegan aún un papel importante en la economía televisiva de Europa (cerca de un cuarto de los ingresos de cualquier canal, combinando todos los tipos)”*. Las subvenciones y los créditos garantizados continuaban siendo también una importante fuente de financiación para ciertos entes públicos. En varios países estaba aumentando la proporción de ingresos de origen comercial de los organismos públicos de radiodifusión que, por lo general, representaban un tercio del total de los ingresos.

También en ese año 2000, las cadenas de servicio público, tanto de titularidad pública como privada con concesión, mantuvieron sus niveles de audiencia. En el caso de las cadenas privadas comerciales, que emitían en abierto y se financiaban a través de la publicidad, las mismas lograron mejorar sus resultados económicos. Sin embargo, en el de los operadores de titularidad pública, los mismos se acercaban ya a los números rojos, a pesar de mantenerse esos niveles de audiencia.

Ya en **2001**, comenzó a experimentarse una regresión de los mercados de la difusión televisiva en Europa, a consecuencia, sobre todo, de unos resultados insatisfactorios -

Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *“El desarrollo del mercado de la televisión digital en la Unión Europea - Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión”* [COM(1999) 540 — C5-0114/2000 — 2000/2074(COS)] (Diario Oficial n° C 067 de 01/03/2001 p. 0050 – 0053); **(4.º)** Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1994, relativa a un marco para la política comunitaria en materia de difusión de señales digitales de video (Diario Oficial n° C 181 de 02/07/1994 p. 0003 – 0004); **(5.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico) (SEC(2003)992) (COM/2003/0541 final); **(6.º)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva (SEC(2004)1028) (COM/2004/0541 final); **(7.º)** Commission staff working document - Annex to the Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on accelerating the transition from analogue to digital broadcasting (COM(2005) 204 final) (SEC/2005/0661).

supusieron en ese año 2001 una reducción del 2,1 % con respecto a 2000 - de las entidades comerciales tradicionales de radiodifusión en abierto, que sufrieron la crisis global del mercado publicitario. En 2001, se produjo un recorte de los ingresos por publicidad del 6,3 % con respecto al año anterior. En ese año, la decepcionante evolución económica a escala mundial incidió directamente sobre el gasto en publicidad, incluida la publicidad televisiva. Para **2002**, las previsiones eran, no obstante, las de una estabilización del mercado publicitario, con un repunte del 0'5 %.

En **2003**, 69 cadenas públicas, junto con 584 cadenas de operadores privados, se difundían a escala nacional por medios distintos a las técnicas terrestres tradicionales en analógico, estando activas 35 productoras integradas dentro de las propias cadenas de TV (producción propia). Para ese año, se esperaba una recuperación del mercado publicitario, con un incremento del 4'5 %. En este periodo, los difusores de servicio público consolidaron su presencia en los mercados comunitarios en términos de ingresos. Los ingresos totales de los servicios públicos de radio y televisión alcanzaron en 2003 los 29.100 millones de euros en la UE, de los que 1.600 millones correspondían a los servicios de radio; cantidad que apenas varió con respecto a 2002. Los difusores privados registraron ingresos por un total de 18.300 millones de euros en 2003, cantidad que tampoco supuso casi variación con relación al año anterior.

Tras varios años de expansión, interrumpidos sólo en 2001, el mercado bruto de la publicidad televisiva alcanzó en **2004** la cifra de 25.700 millones de euros en la UE, lo que suponía un incremento del 7,2 % en relación con 2003. De esta manera, el mercado de la publicidad televisiva se situó en 2004 aproximadamente al nivel de 2000 en términos nominales, lo que representaba en torno a un tercio de la inversión total en publicidad.

A partir de **2007**, la crisis dejaba sentir sus efectos en la UE. Como muestra, en RU, *ITV* anunciaba un drástico programa de reducción de costes y la suspensión del pago del dividendo, como consecuencia de haber pasado a pérdidas netas en 2008, después de haber obtenido en 2007 un beneficio neto de unos 154 millones de euros. El presidente de la Entidad, Michael Grade, se expresaba en los siguientes términos: *“Las actuales condiciones del mercado de la publicidad son las de mayor desafío que yo haya experimentado en más de 30 años en la radiodifusión del Reino Unido. Esto queda reflejado en nuestros resultados financieros del 2008 y las duras medidas anunciadas hoy”*.

En **2010** comenzaban ya a percibirse signos positivos en alguno de los principales operadores europeos. La mayor multinacional europea de medios de comunicación, *Bertelsmann*, en el primer semestre de ese año, había obtenido unos beneficios netos de 246 millones de euros. En ese mismo semestre de 2009, las pérdidas eran de 333 millones, lo que daba una idea de la progresión experimentada y permitía a la empresa proyectar unas ganancias de 500 millones de euros para todo 2010. La recuperación aparecía de forma generalizada, pero muy especialmente en el negocio televisivo. Destacaba, como principal contribución a este cambio de sentido de las cifras, el grupo alemán *RTL*, que representaba un 35 % de sus ingresos y un 56 % del EBIT de *Bertelsmann*. *RTL* había obtenido, durante ese primer semestre de 2010, 257 millones de euros en resultado neto desde las pérdidas de 105 millones del año anterior, el mayor resultado bruto de explotación de su historia. Después de conocer estos datos, los analistas de bolsa consideraban que *Bertelsmann* se encontraba en pleno desapalancamiento y mantenían su recomendación de compra sobre las acciones en previsión de *“una recuperación acelerada en el mercado de la publicidad en la televisión de Europa Occidental”* (Edición Digital de Diario El Mundo de 31/08/2010).

También, según un informe del Observatorio Audiovisual Europeo (EAO) del mes de septiembre de 2010, la facturación de los 12 grupos de televisión más grandes de Europa había recuperado en la primera mitad de 2010 niveles similares a los anteriores a la crisis económica, y se apreciaba un “incremento significativo” de los niveles de actividad en el sector. El organismo señalaba que la facturación de esos 12 grupos en la primera mitad de 2010 fue de 17,6 billones de euros, mientras que en la primera mitad de 2009 esa cifra fue de 16,1 billones de euros. Entre los grupos cuya facturación más había crecido destacaba el grupo polaco *TVN* (18,9 %), el italiano *Mediaset* (16,7 %), dueño de *Telecinco*, el francés *TF1* (13,7 %) y el británico *ITV* (8,6%); sin embargo, esta cantidad no tenía en cuenta la facturación de *Five*, la cadena británica que fue vendida por *RTL* en junio de 2010, pues, incluyendo esta venta, la tasa de crecimiento fue del 10 %).

El 25 de agosto de **2011**, la Agencia Efe se hacía eco del anuncio del grupo audiovisual *RTL*, el mayor de Europa, de un resultado neto de 324 millones de euros durante el primer semestre del año, un 26,1 % más que el año anterior. La compañía destacaba que, durante el primer semestre de 2011, registró el mayor resultado bruto de explotación (Ebitda) de su historia, al situarse en 557 millones de euros (un 3,7% más que en el mismo periodo de 2010). Los ingresos ascendieron a 2.751 millones, lo que mejoraba en un 3,4 % el registro anterior.

(b) En España

En España, podría empezar por citarse la situación del mercado de la TV descrita en el Informe Anual de la CMT (**2006**). La facturación correspondiente a todo el segmento de la difusión televisiva, incluyendo TV en abierto y de pago, fue de 6.487 millones de euros, subvenciones de explotación incluidas, con un crecimiento del 14 % respecto a 2005. Excluyendo las subvenciones, imputables principalmente a la TV en abierto, la cifra era de 5.347 millones de euros, con un incremento del 6,3 % respecto a 2005. Con relación a 2005, se percibía un notable incremento de las subvenciones que traía causa del cambio en el modelo de financiación de la TV pública. *RTVE* pasó a percibir 579 millones de euros en 2006, frente a los 81 de 2005, como consecuencia de haberse restringido la posibilidad de financiación por la vía del endeudamiento. El principal motor del segmento de la difusión televisiva era el mercado de la TV en abierto, que facturó 3.036 millones de euros (subvenciones excluidas), lo que representaba un crecimiento del 8 % respecto al año anterior.

Últimamente, tal y como se dejó apuntado, la crisis financiera global desatada a partir de **2007** ha dejado sentir sus efectos, principalmente, dentro del mercado de la TV en abierto financiada a través de la publicidad, en un momento especialmente delicado como es el de la transición hacia un entorno totalmente digital.

Como consecuencia, en **2008**, los resultados de las cadenas en abierto empeoraron drásticamente. Así, los beneficios de *Antena 3* correspondientes a 2008, de 91,02 millones de beneficio neto, suponían una reducción del 54,55 % con relación a 2007, lo que era debido a la caída en la contratación de servicios de publicidad. Los mismos motivos llevaron a que los beneficios obtenidos por *Telecinco* a lo largo de todo 2008, de 211,28 millones de beneficio neto, supusieran una reducción del 40,2 % respecto a los de 2007. Según el Estudio *Infoadex* de la Inversión Publicitaria en España, en 2008 la TV seguía como el principal medio de publicidad por volumen de negocio, al representar el 43,44 % del total de los medios

convencionales. Sin embargo, la inversión publicitaria recibida por este medio llegó a decrecer un 11,1 por ciento, hasta situarse en 3.082,1 millones de euros, frente a los 3.468,6 millones del año anterior.

La situación en España para la TV pública no era mucho mejor. Dos años después de su reforma, *RTVE* volvía a los números rojos. La entidad cerraba 2008 con un déficit presupuestario en torno a los 72 millones de euros. Fuentes de la misma achacaban estos resultados a los recortes de los ingresos por publicidad, que la habían llevado a ingresar unos 130 millones de euros menos de lo previsto, de los que unos 70 millones correspondían a la caída generalizada de la publicidad en los medios y otros 50 millones a la obligación legal de emitir un minuto menos de publicidad por hora de emisión.

Ateniéndonos a los datos del Informe de la CMT para el cuarto trimestre de 2008, podía observarse dentro del sector audiovisual como el comportamiento de la TV de pago era mejor que el de la TV en abierto: **(i)** si en el cuarto trimestre de 2007 los ingresos por cuotas de TV de pago eran de 336,73 millones de euros, en ese mismo trimestre de 2008 dichos ingresos eran de 354,63 millones; **(ii)** en cambio, frente a los 1.041,74 millones de euros correspondientes a publicidad en el cuarto trimestre de 2007, en ese mismo trimestre de 2008 esos mismos ingresos eran de 843,55 millones.

Si en España, en 2001, el retroceso económico había sido uno de los principales desencadenantes de la fusión de las dos plataformas de TV de pago por satélite, *Canal Satélite Digital* y *Vía Digital*, en 2009 ese mismo retroceso, aún más pronunciado incluso, llevó a que el Gobierno, ante la alerta dada por los operadores privados, aprobara medidas urgentes a través del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (BOE 24.2.09). El sentido de estas medidas era el de atenuar los límites legales existentes en cuanto a la concentración de medios, en un intento por compensar los efectos letales que sobre las cuentas de los difusores privados de TV podía llegar a tener la combinación de la drástica caída de los ingresos por publicidad por efecto de la crisis con la multiplicación de canales debida a la digitalización.

En **2010**, los síntomas de la recuperación eran también perceptibles en el mercado español. El grupo *Antena 3* obtuvo un beneficio neto de 109,1 millones de euros en 2010, lo que suponía un 79,6 % más que en 2009, año en el que ganó 60,7 millones de euros. Los ingresos netos de la sociedad ascendieron a 807,7 millones en 2010, con un incremento del 14,7 %, que el grupo atribuía al mejor comportamiento del mercado publicitario y a la mayor cuota de mercado del *Antena 3*. En este sentido, la compañía destacaba que la evolución del mercado publicitario de medios convencionales, fuente principal de sus ingresos, creció un 3,8 % en 2010 respecto a 2009. Por su parte, *Telecinco* ganó 70,5 millones de euros en 2010, un 45,6 % más que el año anterior, debido a la mejora de los ingresos publicitarios. El grupo de comunicación aseguraba que la eliminación de la publicidad en *TVE* permitió el crecimiento de los ingresos en el resto de televisiones, que habían absorbido la totalidad de la inversión, al tiempo que el sector había experimentado un ajuste de los precios del mercado publicitario (ver edición digital de Cinco Días de 25 de febrero de 2011).

(2) Televisión de pago

En **2001**, en la UE, los abonos a TV de pago incrementaron el volumen de ingresos del sector audiovisual hasta en 10.700 millones de euros, un 22,8 % más que en 1999, y las cadenas de pago mantuvieron sus niveles de audiencia en los mercados en que llegaron a

implantarse. A finales de 2001, la cifra total de abonados a las plataformas digitales de TV de pago vía satélite en la UE se cifraba en unos 15,5 millones. El principal mercado seguía siendo el Reino Unido, mientras que en algunos Estados miembros, como España, el desarrollo de las cadenas de pago se veía dificultado por diversas formas de piratería. En ese año 2001, el sector de la TV de pago en su conjunto (productoras, canales temáticos, televisión en primicia y empresas de servicios de telecompra) confirmaron su dinamismo con un incremento anual de cerca del 13 %, lo que representaba el del 100 % con respecto a 1997.

Sin embargo, el final de ese año 2001 pareció marcar el punto de inflexión en esta tendencia al alza. Los operadores de TV de pago hubieron de enfrentarse a una serie de dificultades económicas que devinieron en quiebras, sobre todo, en el Reino Unido, Alemania y España, los mayores mercados nacionales de TV digital. La difícil situación del mercado llevó a fusiones en los sectores del satélite y el cable, denotando lo complicado de mantener una competencia entre varios operadores de TV de pago en el mismo mercado nacional. Las autoridades nacionales de defensa de la competencia y la Comisión hubieron de enfrentarse a proyectos de fusión en España e Italia (para una descripción de las más importantes cuestiones de competencia planteadas en los principales mercados europeos de la difusión televisiva puede verse: A.L. Calvo Caravaca y N. Goñi Urriza: *“El control de las concentraciones de empresas en Europa”*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1.999; Págs. 52 y Ss.).

Las fusiones pretendieron responder a esas dificultades mediante la obtención de sinergias entre proveedores de contenidos y prestadores de servicios y redes, todo ello con el fin de afrontar los retos derivados de la convergencia tecnológica a que se ha venido haciendo referencia. La búsqueda de este tipo de sinergias no es difícil de encontrar también hoy en otros mercados: *Sony*, que ya poseía *Columbia Pictures* y *Tristar Pictures*, y que compró *Metro Goldwyn Mayer* por 4.800 millones de dólares, duplicando así su cartera de películas hasta las 8.000, celebró acuerdos con la operadora de cable *Comcast* con vistas a la distribución de todo ese contenido.

Y si bien es cierto que, como habrá oportunidad de ver, en sus pronunciamientos las instancias tanto nacionales como europeas se mostraron reticentes a la hora de aplicar la doctrina de la firma desfalleciente para autorizar sin más las operaciones, también lo es que las mismas no pudieron sustraerse a esta crisis del sector a la hora de dar el pase bajo condiciones a las mismas.

Así, en la Sentencia (RJ 2005\7427) de nuestro Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2005 (Ponente Excmo. Sr. D. Oscar González), que desestimó el recurso planteado por *Telecinco* frente a unos Acuerdos del Consejo de Ministros de 29-11-2002, por los que se subordinaba la operación de concentración económica consistente en la integración de *Vía Digital* en *Sogecable*, el Alto Tribunal se refirió a la necesidad de realizar un análisis dinámico de los mercados potencialmente afectados: *“Al margen de la valoración de la operación derivada de un análisis estático de los mercados potencialmente afectados, no cabe ignorar que ésta se enmarca claramente en un contexto de dificultades financieras y concentración generalizado en Europa, siendo destacable la salida del mercado de ITV Digital y NTL en el Reino Unido y del grupo Kirch en Alemania, así como los proyectos de concentración de Stream y Telepiù en Italia”*.

En lo que concierne a la práctica de las autoridades de la competencia comunitarias, lo anterior supuso un auténtico punto de inflexión en relación a la línea trazada en pronunciamientos precedentes. Así, operaciones de concentración similares no habían sido autorizadas por la Comisión a causa del deterioro que suponían en la competencia de los mercados de televisión de pago, entre otros. Para ilustrar lo anterior – véase el voto particular formulado a la citada sentencia por Espín Templado -, valdrían las referencias a las operaciones prohibidas respecto de la República Federal de Alemania (Decisión *MSG Media Service* IV/M 469 [LCEur 1994\4820] y Decisión *Bertelsmann/Kirch/Premiere* IV/M.993 [LCEur 1999\454]), y de los Países Escandinavos (Decisión *Nordic Satellite* IV/M 490 [LCEur 1996\442]).

Para **2002**, las indicaciones preliminares de las tendencias globales en la Unión Europea señalaban un ritmo de progreso más lento para el sector de la TV de pago, en concreto, el consistente en un crecimiento del 6 % respecto a 2001.

Esta regresión hizo a las compañías europeas blanco de las americanas. Pudiera destacarse la venta por *Vivendi* de los activos televisivos vinculados a *Vivendi Universal Entertainment* en EE.UU. a la *NBC*, la división de TV de la *General Electric*, por la cifra de 2.105 millones de euros. En agosto de **2003**, un grupo estadounidense encabezado por el financiero norteamericano de origen egipcio Haim Saban, compró la mayor cadena de TV alemana perteneciente al grupo *Kirch*, *ProSiebenSat*, con el visto bueno de la Comisión Europea, de las autoridades de la competencia alemanas y del Comité de Acreedores del *Grupo Kirch Media*, que se había declarado en suspensión de pagos en 2002. El volumen de negocio de la cadena había ascendido en el último ejercicio a los 2.000 millones de euros. La oferta fue de 1.150 millones de euros, para hacerse con el 53 % del capital.

En verano de 2003, las acciones de *BSkyB*, la mayor TV de pago europea, cayeron un 19 %, o 114 peniques, hasta el mínimo registrado en dos años de 488 peniques. Los temores de algunos analistas de que el modelo de negocio estuviera perdiendo fuelle se vieron agravados por el decepcionante anuncio de que sólo se habían producido 81.000 nuevas suscripciones en el último trimestre del ejercicio anterior, hasta situar su cifra en 7,4 millones. A pesar de ello, *BSkyB* anunciaba su objetivo de alcanzar los 8 millones de abonados a finales de 2005, y confiaba en que la penetración de la TV de pago alcanzase el 80 % de los hogares del Reino Unido a largo plazo, frente al 43 % existente en ese momento, gracias, en parte, a avances tecnológicos como el de la TV de alta definición.

Siendo éste el contexto, el Plan de crecimiento de la cadena pasaba por invertir casi 500 millones de libras en cuatro años para mejorar el servicio y captar más clientes a través de una mejora de infraestructuras (450 millones) y de campañas de marketing (25 millones). Los inversores acogieron con inquietud estas propuestas, por la repercusión que pudieran tener en la rentabilidad de la compañía en el corto plazo, lo que se tradujo en que se desvanecieran más de 2.000 millones de libras (unos 3.030 millones de euros) de su valor de mercado tras la presentación del referido Plan de crecimiento.

No obstante lo anterior, y en línea con lo ocurrido en los ámbitos de la TV en general y de la difusión en abierto, con **2003** comenzaron a apreciarse ciertos síntomas de recuperación. La TV de pago experimentó un incremento de ingresos hasta situarse en los 13.600 millones de euros en 2003, lo que representó un crecimiento del 14,3 % en comparación con el año anterior, gracias, sobre todo, al empaquetamiento del servicio de TV con otros de comunicaciones electrónicas.

En España, la situación podría resumirse en los siguientes datos (CMT). En **2006**, los ingresos percibidos por la televisión de pago continuaron su progresión ascendente y, con 1.906 millones de euros de facturación, registraron un crecimiento del 3,5 % respecto a 2005. El mercado de televisión de pago alcanzó los 3,7 millones de abonados a finales de 2006, lo que supuso un aumento del 11,1 % respecto al año anterior

Finalmente, podría observarse como los efectos de la crisis global de **2008** no hicieron tanta mella en el mercado de la TV de pago como en el de la TV en abierto (V. *Supra*). Acaso una explicación de lo anterior pudiera ser la de que el retraimiento del consumo, si bien originó la del mercado publicitario, también originó un desvío del consumo hacia la oferta de ocio proporcionada por la TV de pago desde otras ofertas de ocio más caras.

Si tomamos el mismo caso de *BSkyB* en el mercado británico, pero referido a 2009, cabría observar como en abril la Agencia Efe daba cuenta de que, hasta el 31 de marzo, el número neto de abonados aumentó en 80.000, lo que suponía un incremento del 43 % con respecto al mismo período del año anterior y colocaba la cifra total de clientes en 9,3 millones. Por otra parte, los ingresos del grupo ascendieron a 3.996 millones de libras (4.457 millones de euros), un 7,8 % más que en los nueve primeros meses del ejercicio anterior, en tanto que el resultado bruto de explotación (Ebitda) había sido de 833 millones de libras (929 millones de euros), el 21,8 % más. El consejero delegado del grupo, Jeremy Darroch, consideraba que *BSkyB* había comenzado el año “*con fortaleza, a pesar de la difícil situación económica*”, y precisó que la compañía seguiría centrándose en sus divisiones más rentables, como los canales de alta definición, para conseguir “*salir reforzada de la crisis*”.

iii) Evolución según la plataforma de entrega

(1) Televisión vía satélite

Por evitar la repetición de datos ya reflejados en anteriores epígrafes, no nos extenderemos a la hora de evaluar la trayectoria de cada plataforma de entrega, limitándonos a una breve semblanza de algunos relacionados con cada una de ellas.

Los datos publicados por las empresas de la industria de transmisión por satélite (principalmente, *Astra*) arrojaban que los hogares europeos que recibían directamente emisiones por satélite (de pago o no) eran: cerca de 25,2 millones en **1998**; 27,7 millones a mediados de **1999**; 29,4 millones a mediados de **2000**; 33 millones a mediados de **2001** (este último dato suponía un incremento del 52 % respecto al mismo referido a 1997) y 38 millones en **2002** (con una tasa de expansión bastante dinámica próxima al 14 % a lo largo de 2001); y las previsiones eran las de 52 millones para 2010. Con relación a esta última cifra, las estimaciones de alguna consultora (*Baskerville Communications*), eran las de que, de esos 52 millones, aproximadamente la mitad, unos 27, corresponderían a TV de pago, lo que implicaría una tasa de crecimiento decenal del 349 % en este modo de difusión.

En 2001, se produjo un aumento significativo del número de cadenas que emitían en diferentes países de la UE de forma simultánea. Muchas de ellas recurrían a diferentes modos de transmisión, sin embargo, de ellos, el que les proporcionaba mayores audiencias era el satélite.

A finales de 2001, se estimaba que 19 millones de hogares europeos recibían las emisiones digitales a través del satélite. Esta cifra se elevaba a 22 millones a finales de 2002. Las estimaciones para **2003** situaban en el 65 % la proporción de digitalización de los hogares conectados a plataformas de satélite, y en el 70 % la participación del satélite en el mercado de la TV digital global.

En España, según el Informe Anual de la CMT (**2006**), la TV por satélite seguía siendo el principal medio de la televisión de pago, con unos ingresos de 1.487,3 millones de euros y un incremento del 7,2 % con respecto a 2005. El principal proveedor de esta clase de servicios, *Sogecable*, creció el 4,3 % en número de abonados hasta los 2.044.000 abonados. Los abonados a la televisión por satélite representaron en 2006 el 54,4 % del mercado de la TV de pago.

(2) Televisión por cable

En **2001**, muchos eran los hogares europeos que, a través de cableoperadoras locales, recibían señales de TV difundidas en origen por satélite. Sin embargo, la estructura de la industria del cable, muy condicionada por aspectos como la orografía, seguía siendo muy diferente en los distintos estados miembros y, en conjunto, podía decirse que las inversiones en nuevas conexiones por cable progresaban con bastante lentitud. Así, el porcentaje de hogares de la UE conectados a las redes de cable en 2001 se mantuvo en un 53 % de los hogares con TV. Sin embargo, los hogares realmente abonados a servicios audiovisuales por cable eran sólo 49 millones, es decir, un 32 % de todos los hogares con TV y un 61 % del total de hogares con TV conectados a redes de cable. O, lo que era igual, aunque la tasa de hogares realmente abonados a servicios audiovisuales por cable en 2001 se había incrementado en un 24 % con respecto a 1997, lo cierto es que permanecía prácticamente inalterada con respecto a 2000.

En **2002**, la situación permanecía casi igual que en 2001. Aunque, en promedio, más de la mitad de los hogares europeos seguían con acceso a redes de cable, sólo el 31 % de los hogares con televisor se suscribieron realmente a estos servicios. A fines de ese año 2002, sólo 3,5 millones de hogares en toda la UE recibían la señal digital a través del cable.

En **2003**, las cifras relacionadas con el desarrollo de las diferentes plataformas de entrega de TV indicaban que el 20 % correspondía al cable. Esas mismas cifras revelaban que el porcentaje de digitalización era sólo del 13 % dentro de ese mismo segmento del cable y que la TV por cable representaba menos del 20 % de la TV digital global.

De los anteriores datos resultaba un menor grado de penetración del cable en la UE que en USA, donde ese medio había venido desempeñando un papel fundamental, y donde existía un mayor grado de concentración de la industria, con sólo 10 operadores controlando un 85 % del mercado en términos de abonados al cable.

En España, la televisión por cable facturó en **2006** 339,4 millones de euros, con un incremento del 6,5 % respecto a 2005 (Fuente CMT). Por operadores, *Ono* creció un 8,9 %, hasta los 949.152 abonados, *Telecable* de Asturias un 7 %, sumando un total de 115.558 abonados, y *Euskaltel* aumentó su base de clientes el 29,1 %, hasta los 38.851 abonados. *Procono* y *R Cable* sufrieron descensos del 29 % y del 2,4 %, hasta los 32.490 y 60.988 abonados, respectivamente. Los abonados a la televisión por cable representaron en ese año 2006 el 35,1 % del mercado de la TV de pago.

(3) Televisión por ondas hertzianas (terrestre)

En la UE, a principios de **2001**, las inversiones siguieron aumentando, hasta en un 30 %, en el sector de cadenas de transmisión digital por vía terrestre, sector relativamente marginal desde el punto de vista de la audiencia digital global. A finales de ese año 2001, sólo 1,5 millones de hogares, aproximadamente, estaban conectados, mediante descodificador, a organismos de radiodifusión digital terrestre en España, Suecia, Finlandia y el Reino Unido, país este último que contaba con el mayor número de conexiones en funcionamiento.

Como observaban A.L. Calvo Caravaca y N. Goñi Urriza: *“El control de las concentraciones de empresas en Europa”*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 1.999, Pág. 54: *“En el Reino Unido, los servicios de televisión digital por satélite se iniciaron en octubre de 1998, seguidos un mes más tarde por los servicios terrestres y en espera de los servicios por cable previstos en el transcurso de 1999. Tanto el lanzamiento de los servicios por satélite como el de los servicios terrestres se retrasaron con relación a las fechas previstas. Debido a la decisión tomada por BskyB de comenzar a operar sólo algunas semanas antes de la TVDT (y no varios años antes, como los operadores de televisión de pago del continente), el mercado británico de la televisión digital de pago se caracteriza por una fuerte competencia entre plataformas y servicios”*.

Con el relanzamiento de la radiodifusión digital terrestre en el Reino Unido y la primera desconexión de la radiodifusión analógica en algunas partes de Alemania, este modo de radiodifusión digital llegó en **2002** a 2,1 millones de hogares en la UE.

Según algunas estimaciones, el sector tradicional de radiodifusión terrestre en analógico de la UE se componía, a comienzos de **2003**, de 40 cadenas públicas y 47 cadenas comerciales nacionales, todas las cuales, no más tarde de 2012, habrían de migrar al modo digital. En ese año 2003, el índice de penetración de la TV digital terrenal (TDT) mejoró hasta duplicarse, para alcanzar un 2,5 % del total de hogares con TV de la UE, gracias principalmente a la introducción con éxito de la plataforma de TV digital terrenal gratuita y en abierto en el Reino Unido. La experiencia de la TV digital terrenal concluyó también con éxito en los mercados finés, alemán o italiano.

En Francia, se lanzó en febrero de **2005** una oferta de TDT muy agresiva, con más de veinticuatro canales diferentes. La TDT comenzaba a estar operativa también en España.

Según el Informe Anual de la CMT (**2006**), el Reino Unido lideraba la penetración de la TDT en el ámbito europeo con el 41,9 % de cobertura de población. Francia e Italia, con el 19 % y el 18,9 %, respectivamente, se encontraban a la par. Alemania, por su parte, registraba una tasa del 9,7 %. En España, la televisión terrestre siguió siendo la que mayores ingresos generaba, con 3.035,6 millones de euros, y un crecimiento del 3,6 % respecto a 2005.

En **2007**, las redes terrestres, con más del 50 % de los hogares de la UE, seguían constituyendo el principal mecanismo de entrega de contenidos televisivos en la mayoría de los Estados miembros, seguidas por el cable y el satélite. En el Reino Unido, según DigiWorld2007, un tercio de los hogares televisivos recibía ya TDT.

(4) Televisión sobre protocolo Internet

Internet, con el desarrollo de navegadores gráficos en la *World Wide Web*, había abierto un nuevo acceso a los contenidos audiovisuales. Sin embargo, la web seguía siendo mucho menos utilizada que la TV, y quien recurría a ella, aún lo hacía con una motivación diferente.

Para poder ver contenidos audiovisuales por la web era necesaria una conexión de banda ancha (por cable o DSL). En palabras de Francisco Blanco (*“Innovación y Tecnología. Triple play:...”*; Op. Cit.): *“Evidentemente, el éxito de la oferta comercial de los operadores de telecomunicaciones para ofrecer IPTV depende en gran parte de la apuesta previa que hicieron por la banda ancha, la cual constituye la auténtica palanca de crecimiento de las operadores de telecomunicaciones fijas y, en un futuro, abrirá nuevas oportunidades de negocio, en especial, en el mercado de gran consumo”*.

El principal requisito previo para el desarrollo en línea de servicios audiovisuales era, pues, una amplia disponibilidad de acceso de banda ancha. Según *Screen Digest*, en 2002 tenían conexión de banda ancha a IT unos 13 millones de hogares en la Unión Europea. La considerable inversión realizada en años posteriores, inversión que no cesó de incrementarse, permitió dotar a la mayor parte de los Estados miembros de la UE de los 15 de infraestructuras que, a fines de 2004, estaban en condiciones de dar servicio de banda ancha al 88 % de la población. Al mismo tiempo, la penetración efectiva de las conexiones de banda ancha por línea fija creció sin pausa, hasta alcanzar, también a fines de 2004, el 10 % de la población de la UE de los quince y el 9 % de la de los veinticinco. Lo anterior constituía ya una base suficiente como para comenzar con el despliegue de los servicios de TVIP.

Así, en **2003**, los índices de penetración de esta forma de difusión eran aún muy bajos y apenas si llegaban al 1 % del mercado europeo. Aunque técnicamente era posible ofrecer servicios de televisión sobre DSL, aún no estaban maduros para un despliegue operativo pleno.

En el caso de España, llegó a manifestarse (Eugenio Galdón de *ONO* en febrero de **2005**) que el modelo de TV de pago (satélite) en nuestro país tenía una caducidad a 20 o 30 años vista, y que sería sustituido por un modelo basado en IP (protocolo de internet) y en experiencias parecidas a *Imagenio* de *Telefónica*. El entonces Presidente de *ONO* se refirió de forma expresa a los derechos de video *on demand*, que estaban siendo acumulados por redes basadas en la difusión por satélite, cuando era ésta una tecnología que no podría explotar esta fórmula reservada para el cable, que era el sistema que presentaba una elevada capacidad interactiva.

Como queriendo contradecir lo anterior, la Edición Digital de *Cinco Días* de 5 de febrero de 2011 informaba del lanzamiento del servicio bautizado como *Digital + a la Carta*, que permitía la descarga de contenidos de la plataforma, y que el cliente almacenara en el disco duro del descodificador *iPlus* las películas, series y documentales, de modo que el usuario pudiera verlos cuando deseara y cuantas veces quisiera en un periodo de 30 días.

La televisión sobre IP, aún siendo todavía un nicho de mercado, creció en varios países de la UE en **2006**. La situación de la TV basada en esta plataforma en nuestro país resultaba también del Informe Anual de la CMT correspondiente a 2006. Ese año siguieron creciendo los abonados a la TVIP, y el crecimiento de los abonados a la televisión de pago procedió

fundamentalmente de la propia TVIP, que suministró casi el 50,8 % de los nuevos abonados, seguida del cable, con el 27,3 %. Los operadores que ofrecían contenidos por las redes IP acapararon al 10,5 % de los abonados totales del mercado de televisión de pago, cuando en 2004 este servicio no existía. La TVIP, con 79,8 millones de euros de cifra de negocios, fue la que mayor crecimiento registró, multiplicando por cuatro sus ingresos. *Telefónica de España*, con su servicio *Imagenio*, fue el operador que más destacó, al pasar de 206.572 abonados en 2005 a 380.634 abonados en 2006.

La evolución posterior de estos servicios de TVIP, expresada en número de abonados a escala europea, podría resumirse del modo siguiente (Fuente: IDATE): en **2007**, algo más de 4 millones, y, en **2010**, algo menos de 12 millones previstos (en ambos casos, con Francia e Italia como los principales mercados europeos, España, algo por detrás, y Alemania y UK, por detrás de España).

(5) Televisión en movilidad

(a) En el mundo y en Europa

Hay que destacar que más en ciernes aún que la prestación de servicios de TV por IT se encuentra la prestación de esos mismos servicios de TV sobre redes y terminales móviles, siendo ésta la razón de que no puedan hacerse valoraciones muy fiables respecto de un mercado aún emergente.

Tenemos el reciente caso de la imposición del estándar DVB-H (*Digital Video Broadcast Handheld*). Éste no es más que un estándar propuesto por el *DVB Project* para la transmisión de contenidos de TV y datos a dispositivos *handheld*, tales como teléfonos móviles, con unos requisitos muy específicos en cuanto al bajo consumo de batería, al tamaño de la pantalla y a la movilidad.

La falta de acuerdo de los operadores en torno al estándar aplicable ha venido siendo uno de los principales motivos de que el mercado de la TV sobre dispositivos móviles se encuentre en un estado apenas embrionario. A julio de 2007, el Estado miembro de la UE con una mayor tasa de penetración era Italia, con un 1 % (500.000 usuarios) de la población, frente al porcentaje del 10 % de Corea del Sur. La “*guerra de estándares*” había motivado que, por ejemplo, en Alemania unos *lander* defendieran el sistema DVB-H frente a otros que se inclinaban por otras alternativas. En España, los operadores móviles como *Movistar*, *Vodafone*, *Orange* y *Yoigo*, recelosos del papel protagonista que el estándar DVB-H atribuye al titular de la red terrestre de comunicaciones electrónicas (*Abertis*) y a los propios organismos de radiodifusión, amenazaban por apoyar otras fórmulas como la de la descarga de contenidos audiovisuales a través de la red de datos UMTS. Sustentaban su pretensión en su papel en la generalización de terminales móviles, aptos para la recepción de señal audiovisual, gracias al mecanismo de la subvención de dichos terminales (Fuentes: *Cinco Días*; *GAPTEL*: “*Televisión Digital. Marzo 2005*”, “*Comunicaciones móviles e inalámbricas. Septiembre 2005*”).

Finalmente, de 17 de marzo de 2008 fue la Comunicación de la Comisión dando el espaldarazo definitivo a la tecnología DVB-H como estándar europeo para la prestación de servicios de difusión televisiva sobre terminales móviles. En su Comunicación, afirmaba, entre otros extremos, la Comisión: “*La adopción del sistema DVB-H a nivel comunitario proporcionará a los operadores y al sector en general un mercado de las dimensiones*

necesarias para introducir a gran escala servicios de televisión móvil en toda la UE. La adopción de una norma común europea redundará también en beneficio de los consumidores, que podrán ver la televisión en sus propios teléfonos o dispositivos móviles en cualquier momento y en cualquier lugar de Europa”.

Al margen de otras dificultades para su desarrollo, como la definición de un estándar tecnológico o la disponibilidad de espectro, y, sin duda, motivada en parte por ellas, cabría hablar de la que plantea la definición del propio modelo de negocio y la cadena de valor dentro del mercado emergente de la prestación de servicios de TV al móvil (Vid GAPTEL: “*Contenidos Digitales. Nuevos Modelos de Distribución Online*”).

En la difusión televisiva sobre terminales móviles se da una situación excepcional, en la que se ha producido una fuerte integración de la cadena de valor en manos del operador, el cual adquiere una posición de claro dominio que le permite controlar tanto la gestión como la distribución de los contenidos. Partiendo de ese escenario, fuertemente consolidado, el operador recurre habitualmente al establecimiento de acuerdos comerciales con terceros agentes especializados, que completan los eslabones de la cadena, sin perder por ello el control de la misma, y evitando su configuración como meros *carrier* sin participación en el valor añadido implícito en el suministro de contenidos (lo que pasa por la celebración de acuerdos, directamente, con los titulares de los derechos sobre los contenidos sin intervención de intermediarios).

Lo anterior, probablemente, entrañará cambios en la actitud de indiferencia mantenida tradicionalmente por el operador de telecomunicaciones con respecto a cuales sean los contenidos que circulen por su red y su mayor sensibilización en todo lo concerniente a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Esa integración vertical, en manos del operador de telecomunicaciones móviles, de la cadena de valor, que va desde de la adquisición de los derechos sobre contenidos hasta su entrega al usuario final sobre terminales móviles, se ve, sin duda, facilitada por el hecho de que, a reserva de lo que dé de sí la proliferación de operadores móviles virtuales, las redes móviles no sean redes abiertas como Internet, lo que permite restringir el acceso de contenidos ajenos al propio operador de red [para una mayor información sobre el trasfondo tecnológico de la distribución de contenidos audiovisuales sobre terminales móviles, sus implicaciones legales, en particular en lo relativo a la consecución de objetivos públicos, en relación, por ejemplo, a la protección de los menores, y a las lecciones que deben aprenderse de la introducción de la TV digital, puede verse: Berger, K./Schoenthal, M.: “*Tomorrow’s Delivery of Audiovisual Services - Legal questions raised by digital broadcasting and mobile reception*”, European Audiovisual Observatory (ed.), IRIS Special 2005].

Se advierte (GAPTEL: “*Comunicaciones móviles e inalámbricas*”; Septiembre de 2005; editado por Red.es) que la posición que, inicialmente, un operador de telecomunicaciones móviles adopte con relación al suministro de contenidos audiovisuales puede incardinarse en cualquiera de las siguientes tres hipótesis: (1.^a) “*En un extremo, puede adoptar el modelo de portal (o walled garden) ofreciendo solo acceso a sus contenidos e impidiendo o restringiendo el acceso a proveedores de servicios y contenidos alternativos*”; (2.^a) “*En el otro extremo, el operador solo proporciona el acceso a Internet y por tanto solo recibe los ingresos por la conectividad móvil. Es una situación análoga a la de los operadores de telefonía fija con la llegada de la banda ancha e Internet*”; (3.^a) “*En un plano intermedio, el operador ofrece una oferta atractiva de contenidos y servicios, gracias a los acuerdos*

alcanzados con otros agentes (i.e. proveedores de contenido) pero sin restringir el acceso a proveedores alternativos.”.

De las tres, lo más lógico, como hemos avanzado, es que el operador de telecomunicaciones móviles quiera optar por la estrategia de portal o de “jardín vallado”: *“Este modelo de negocio, conocido como modelo de portal o “walled garden”, se caracteriza por la integración vertical de la cadena de valor por parte del operador, que es simultáneamente proveedor de servicios móviles y de acceso a Internet, además de comercializar directamente los terminales de usuario. Los contenidos quedan también bajo su control, siendo desarrollados por terceros agentes a los que se les proporcionan servicios de facturación y de los que el operador recibe un porcentaje de los ingresos generados. El modelo de portal móvil fue ideado por el operador japonés NTT DoCoMo, y posteriormente ha sido replicado por un gran número de operadores en todo el mundo”.*

Pasando a facilitar algunos datos sobre tasas de penetración de estos servicios de TV al móvil, los estudios de mercado señalaban que, en **2006**, habría un millón de usuarios de televisión móvil en el mundo (*Informa*). En **2007**, había 15 operadores en todo el mundo que estaban desarrollando esta clase de servicios de TV al móvil simultáneamente con los de TVIP, si bien la llegada al mercado de masas de la TV por móvil no era fácilmente predecible (Fuente *Alcatel Lucent*). En 2007 el número de usuarios de TV a través del móvil se encontraba por debajo de los 10 millones en Norteamérica; Asia y Pacífico; Asia y medio oeste; Latinoamérica y Europa. Las previsiones aproximadas para **2011** eran: 95 millones en Asia y Pacífico; 70 millones en Europa; 30 millones en Norteamérica; 10 millones en Asia y medio oeste; y 10 millones también en Latinoamérica [Fuente: Martínez, T. (*Abertis*); ponencia “*La TDT: el gran salto de la industria audiovisual*” en XX Encuentros de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo].

Las perspectivas sobre este servicio en Europa podían entreverse en las afirmaciones de la Comisaria de la UE para la Sociedad de la Información y los Medios de Comunicación (Declaraciones de Viviane Reding en la feria CeBIT de Hannover en marzo de 2007), conforme a las que: *“Con un mercado mundial estimado en 11.400 millones de euros para 2009, la televisión móvil representa una oportunidad para que Europa combine su fuerza en las comunicaciones móviles con la riqueza y diversidad de su sector audiovisual. Sin embargo, me decepciona la falta de progresos hasta ahora. Para aprovechar plenamente las ventajas de este mercado y exportar un modelo europeo de televisión móvil como hicimos con el GSM para los teléfonos móviles, la industria y los Estados miembros deben colaborar más estrechamente para adoptar un planteamiento común, comparar tecnologías, estudiar los posibles obstáculos jurídicos, hacer que el espectro esté disponible en toda Europa y decidir juntos la mejor manera de garantizar una adopción rápida y amplia de la televisión móvil por los europeos, preferentemente basada en una única norma. Ya es hora de elaborar el nuevo modelo de televisión móvil que ha de ser económicamente un éxito en Europa”* {para un mejor conocimiento de la postura de la Comisión, puede consultarse: “*Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones-Reforzar el mercado interior de la televisión móvil*” [COM (2007) 409]}.

(b) En España

Para España, en Cincodias.com podía leerse a 16 de febrero de 2006 algo como lo siguiente: *“Las compañías alertaron de que la falta de regulación es uno de los principales obstáculos para que la «explosión comercial» del servicio no llegue hasta 2007, a diferencia de lo previsto para otros países europeos como Finlandia, que popularizará la TV digital por el móvil a mediados de año. La directora de análisis y evaluación tecnológica de Telefónica Móviles, María Dolores Hernández, subrayó que por el momento se desconoce que frecuencias podrán ser utilizadas y qué concursos podrían convocarse en España para participar en el desarrollo y comercialización de servicio”.*

En toda esta materia (*Vid Supra*) había dos estándares más o menos enfrentados, a saber: uno, el UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*), basado en la descarga de contenidos (*streaming*), y otro, el DVB-H (*Digital Video Broadcasting For Handhelds*), más cercano al modelo de difusión terrenal (*broadcast*). En España, algunas experiencias piloto, como la desarrollada por *Telefónica Móviles*, *Abertis* y *Nokia* con 500 usuarios en Madrid y Barcelona, se situaban más bien en el entorno DVB-H. En ella, *Telefónica Móviles* aportaba el servicio al cliente, incluidos los servicios de facturación y atención al cliente; *Nokia* aportaba los terminales móviles apropiados para recibir la señal de TV; y *Abertis* toda su capacidad para el transporte de la señal a través de su red terrenal. En el acuerdo participaban, además, los difusores (*Antena 3*, *Sogecable*, *Telecinco*, *Telemadrid*, *TVE* y *TV3*), que eran los encargados de contribuir con programas y contenidos.

Esta experiencia piloto encontró su natural desarrollo en ciertos acuerdos de producción y comercialización protagonizados por los difusores y determinados operadores móviles dentro de los servicios de TV de pago. La sucesión y falta de estabilidad de los mismos serían también un indicador de la falta de consolidación de los servicios TV al móvil: **(i)** en diciembre de 2006, *Sogecable* y *Vodafone* anunciaban el lanzamiento de *Digital + Móvil*, que entrañaba una oferta de TV al móvil con contenidos de *Sogecable* y que apenas tres meses más tarde contaba con 100.000 abonados; **(ii)** en diciembre de 2007, *Sogecable* y *Orange* (*Ya.com*) anunciaban el lanzamiento de una oferta que agrupaba los servicios de telecomunicaciones de la segunda (acceso a Internet y llamadas) con la TV de pago por satélite de la primera; **(iii)** en junio de 2008, *Sogecable* y *Nokia* anunciaban su cooperación para el lanzamiento y comercialización del portal móvil *Cuatro.Mobi*, a través del que acceder a los contenidos de *Sogecable* desde terminales móviles; **(iv)** en septiembre de 2008, *Antena 3* era el primer operador de TV en llegar a un acuerdo con *Vodafone* para emitir en directo su programación a través de teléfonos móviles 3 G (gracias a este servicio, se podía acceder al 70 % de la programación de la cadena, con excepción de los eventos deportivos y algunas series y películas extranjeras “*por problemas de derechos*”); **(v)** la prensa económica (*Diario Cinco Días* de 18/08/2011) se hacía eco de la entrada de *Canal +* en la oferta de TV digital de *Movistar Imagenio*: **(a)** se estrenaba en este canal el nuevo canal *Abono Fútbol*, que sería un canal para el fin de semana y que ofrecería, en la temporada 2011/2012, de manera lineal, los cuatro partidos que hasta 2011 se podían ver en la modalidad de pago por visión, así como encuentros de la *UEFA Europa League* y de las mejores ligas internacionales, como la Premier inglesa, el Calcio italiano, la Bundesliga alemana, la Eredivisie holandesa, la Liga argentina y la Liga brasileña; **(b)** además se mantenía, dentro de esta plataforma, la oferta de *Canal +* con los contenidos Premium cinematográficos.

Dentro del sector había, en efecto, una cierta conformidad en cuanto a que las barreras de entrada de una mayor significación, de las que obstaculizaban el desarrollo de este mercado de la TV sobre redes móviles, eran más las normativas que las tecnológicas. Ciertamente, aunque la tecnología era conocida, las frecuencias necesarias no estarían disponibles hasta el apagón analógico en 2010. Las previsiones en los borradores de textos legales sobre la mesa eran las de la creación de un canal múltiple con capacidad para 16 canales. Por otra parte, los servicios de difusión sobre red móvil, a diferencia de los basados en redes fijas terrestres, no se configuraban como servicio público, sino sólo como servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia y sujetos, tan sólo, a un régimen de autorización administrativa. Lo anterior llevaba a que los operadores de TV móvil hubieran de ponerse de acuerdo con los adjudicatarios de las concesiones demaniales sobre las frecuencias necesarias. El calendario de implantación que se venía manejando por el entonces Ministro Clos pasaba por reservar 2008 para la regulación y concesión de las licencias, 2009 para la creación de redes y despliegue de los servicios y 2010, tras el apagón analógico, para la aparición de las primeras ofertas comerciales.

En palabras de la CMT (v. Resolución sobre la ronda de revisión de 2008): *“La transmisión de las señales audiovisuales se efectúa a través de recursos de red de similares características a los empleados para la difusión de TDT, si bien las características de movilidad de los terminales hacen necesario la presencia de niveles de campo superiores, que únicamente pueden lograrse mediante el despliegue de redes más densas en lo que a número de centros emisores se refiere. Las redes de difusión de televisión en movilidad son de carácter unidireccional, lo que en principio constituiría una limitación a la provisión de servicios adicionales. Sin embargo, el tipo de dispositivos empleados para la recepción facilitan la utilización de canales de retorno basados en tecnologías móviles 2G/3G, resultando así factible constituir redes híbridas bidireccionales para la provisión de servicios interactivos o empaquetamientos con servicios de telecomunicaciones”*.

En España, la TV en movilidad, prácticamente, no ha comenzado a ser una realidad normativa hasta la nueva LGCA de 2010. En su Art. 34, incardinado en una Sección III que lleva la rúbrica de *“Nuevas formas de comunicación audiovisual”*, se regula el servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o *“televisión en movilidad”*, que es el que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil (en la definición del Art. 2 de la misma LGCA). Conforme a dicho precepto, apartado 3, la emisión y la recepción debía atenerse, en todo caso, a los estándares establecidos para el territorio de la Unión Europea. También se ordenaba, en el apartado 4, fomentar canales con producción de contenidos específicos adaptados a las peculiaridades de la televisión en movilidad (al menos un 10 % de los contenidos debían estar adaptados a las especificidades de la televisión en movilidad derivadas del tamaño de las pantallas de los terminales de recepción).

Además, el apartado 2 del Art. 34 LGCA, establecía que la planificación de espectro debía prever reservas para la emisión en movilidad del servicio público audiovisual (el gestionado directamente por entes de naturaleza pública). Y, de acuerdo con el Art. 37 del Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, por el que se aprobaba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, *“el derecho de uso privativo del dominio público radioeléctrico planificado para la prestación de servicios de televisión digital en movilidad y otros servicios adicionales, cuando no se realice a través de redes de satélite, se otorgará de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable y, en su caso, en los planes técnicos nacionales”*. Finalmente, en la disposición adicional primera del Real Decreto 365/2010 de

26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, se dispone: *“De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 7 de la disposición adicional segunda, del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, modificada por el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, se planificará un múltiple digital para la prestación del servicio de televisión digital terrestre en movilidad”*.

También, de acuerdo con el apartado 1 de dicho precepto, la prestación se sujetaba al mismo régimen de exigencia de licencia que los servicios de comunicación audiovisual sobre plataforma terrestre para la prestación del servicio, además de la concesión demanial sobre las franjas de espectro que llegaran a ser necesarias. Sobre el contenido del Art. 33, que se correspondería con el 34 actual, la CNC realizaba determinadas advertencias en su informe sobre el proyecto de Ley. El apartado 1 de este artículo - también la redacción definitiva – incluía, como criterio de valoración para el otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual de televisión en movilidad, *“la experiencia acumulada de los candidatos como prestadores del servicio de comunicación audiovisual”*. Las advertencias de la CNC eran:

- i. La discriminación a favor de los candidatos que más experiencia poseían podía dar lugar a que nuevos entrantes, sin o con menos experiencia que los operadores consolidados, no pudieran acceder al servicio de televisión en movilidad, o simplemente a que se vieran disuadidos de hacerlo. Por ello, convenía limitar claramente la ponderación máxima que podía otorgarse al mismo en la valoración, una vez justificada debidamente la necesidad de imponer esta restricción con arreglo a algún criterio de interés público.
- ii. Debía dejarse claro que la “experiencia acumulada” no se refería a aquella desempeñada en España, sino que resultaba válida dicha experiencia, como mínimo, si se había acumulado en el ámbito de la UE, y, fuera de ésta, según sean las condiciones de reciprocidad con el Estado de origen.
- iii. Se consideraba procedente explicitar el resto de criterios con arreglo a los cuales se iban a conceder dichas licencias, debiendo en todo caso resultar dichos requisitos de acceso objetivos, justificados en la protección de algún objetivo de interés común que se encontrase inequívocamente precisado, y proporcionados, de manera que se asegurase que su establecimiento no causaría una distorsión de la competencia que pudiera ser evitada, sin merma de la consecución del objetivo de interés común, de utilizar otros medios.

También se consideraba por la CNC que la restricción al comportamiento de los operadores establecida en el apartado 2 del artículo 33 del Proyecto, consistente en obligar a que la oferta en abierto fuera mayoritaria respecto a la codificada, no parecía justificada por cuestiones técnicas, y podía condicionar la viabilidad del desarrollo de determinados modelos de negocio, perjudicando la competencia a medio y largo plazo. Se estimaba que, a menos que se estableciese claramente la necesidad de dicha previsión, y que no existiesen opciones menos restrictivas de la competencia que garantizaran dicho objetivo en la misma medida, debería dejarse a la voluntad de los licenciatarios el mix abierto/codificado. Esta advertencia de la CNC sí fue en cambio tomada en cuenta en la versión definitiva del Art. 34 LGCA.

iv) La implantación de la televisión digital

(1) Generalidades y efectos asociados

Como con precisión define el Profesor Chillón Medina en su *“Curso Virtual Sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información”* (2004; Módulo 1): *“El impulso decisivo para la eclosión de nuevos servicios de telecomunicaciones aparece, desde el punto de vista técnico, vinculado a la digitalización que permite la reducción de todas las señales inteligentes, en sus variadas manifestaciones (voz, imágenes, datos) a una unidad común estructurada con arreglo a un código binario y que constituye la unidad básica de información. La señal digitalizada se transmite, se procesa, se almacena y se combina incesantemente dando lugar a los distintos servicios que configuran el escenario actual de las telecomunicaciones. Los bits forman el contenido uniformizado de la información transmitida”*.

Así, se viene a considerar (V., p.e., Aguado, G.: *“Retos de la televisión en Europa...”*, Op. Cit.; Págs. 38 y Ss.; Ap. 5: *“El camino de la digitalización”*) el proceso de digitalización como principal factor de crecimiento de la TV en Europa y, en estrecha relación con él, el de consolidación de la TV de alta definición (TVAD o HDTV), de los dispositivos de pantalla plana y de los servicios de TV interactiva [V. también Ungerer, H.: *“Application of EU Competition Rules to Broadcasting - The Transition from Analogue to Digital”*, Speech (No. 2004-013) given at the Università di Napoli, 22 September 2004, p. 1.]. También se ha afirmado, p.e., por el Director General de Abertis Telecom, Tobías Martínez, en su intervención en los Cursos de Verano de la Universidad Menéndez Pelayo, que la TDT Móvil, la Alta Definición y la TDT en Internet serán los tres pilares básicos sobre los que deberá sustentarse el futuro de la televisión (Fuente: *Europa Press*).

La digitalización, por la existencia de importantes barreras de entrada de que nos ocuparemos en otras partes de este trabajo, ha supuesto, y supone aún, un reto especial en el caso de la TV terrestre y en la difundida a través de las redes tradicionales de cable no adaptadas para facilitar la bidireccionalidad, y, en menor medida, en las redes de cable con esa adaptación y en el satélite. En el caso de la TV sobre protocolo IT, el carácter digital del contenido va de suyo. Ilustrando lo anterior, mientras que las redes de TV por cable, con técnicas de transmisión analógica, sólo permiten la difusión de entre 30 y 40 cadenas, las redes digitales por cable ofrecen, además de cientos de cadenas, servicios interactivos, telefonía vocal y un acceso rápido a Internet. Por otra parte, la TV terrenal digital ofrece normalmente alrededor de 30 canales, frente a los 100 canales o más disponibles en las plataformas de satélite digital o de cable. Es decir, que la TV digital terrenal ofrece capacidades similares a las del cable analógico.

La radiodifusión digital presenta indudables ventajas, tanto para consumidores como para operadores, todas derivadas del tratamiento y compresión de datos digitales de manera más racional que en el caso de las señales analógicas. En cuanto a los segundos, la digitalización supondrá para los mismos una importante minoración de los costes de transmisión asociada, fundamentalmente, a una menor utilización del espectro en el caso de la televisión digital terrenal. Abundando en lo anterior, el desarrollo de la TDT permitirá liberar frecuencias y su reasignación para la prestación de servicios convergentes que combinen, por ejemplo, telefonía móvil y radiodifusión terrenal (sobre las ventajas de, p.e., la TV digital terrestre puede verse el Informe conjunto de la CMT y del Consejo Audiovisual de Cataluña *“La*

Televisión digital terrenal en España: situación y tendencias” de julio de 2002; Págs. 21 y Ss.: “*Ventajas de la introducción de la televisión digital*”).

Desde la perspectiva de los consumidores, la TV digital se traduce en una mayor calidad de imagen y sonido, más posibilidades de elección derivadas del aumento de cadenas y programas, flexibilización de uso por la mejor recepción móvil y portátil, posibilidades de interactividad, progresiva reducción en el precio de venta de los descodificadores o de los televisores que lo llevan integrado o contribución a la satisfacción de las necesidades de determinados colectivos como los discapacitados sensoriales (Vg., mediante la introducción de subtítulos).

Son muchas las muestras de lo anterior:

- La Universidad Rey Juan Carlos de Madrid puso en marcha el proyecto “Calisto”, que permitía desarrollar en el sistema de TDT un dispositivo que enviaba un SMS de alerta cuando un usuario mayor de 65 años llevase mucho tiempo sin utilizar el mando a distancia de la televisión. “Calisto” se instalaba sobre el televisor y estaba diseñado para ajustarse a los hábitos de consumo de televisión de la persona en cuestión y, con el fin de evitar falsas señales de alarma, podía realizar variaciones en el volumen y en el canal buscando llamar la atención del usuario. Cuando no se obtuviera respuesta, enviaba la señal de alarma a un número de teléfono móvil previamente seleccionado: familiares, amigos, centro de emergencia o cualquier otra persona encargada de su cuidado.
- La empresa zaragozana *Net2U* lanzó el programa *T-Asisto* que utilizaba la televisión para desarrollar una completa red asistencial, que aprovechaba también los avances de la domótica. Como ejemplos ilustrativos cabría citar: el sistema facilitaba, entre otros muchos servicios, la recepción, consulta de agenda de visitas y tomas de medicación, la conexión con la empresa que proporcionaba servicios asistenciales o los cuidadores familiares, la formulación de peticiones para resolver necesidades habituales (p.e., quedarse sin medicinas o hacer la compra), actividades de entretenimiento y agilidad mental, control de luces y electrodomésticos para impedidos o discapacitados, etc.. Cualquier anomalía era detectada de inmediato por las aplicaciones del programa.
- *Indra* creaba para el Ayuntamiento de Segovia una plataforma avanzada de TDT que facilitaba, a través de esta tecnología televisiva, el acceso de los ciudadanos a los servicios de la Administración pública a través del DNI electrónico.

Se ha querido destacar, como uno de los efectos asociados a la multiplicación de canales derivada de la digitalización, el de la fragmentación de las audiencias, lo que conducirá a un escenario en el que los ingresos por publicidad no serán ya suficientes para la financiación de los nuevos canales, con audiencias bajas, que habrán de sufragarse mediante abono o sistemas de pago por visión.

Así, se refiere Guadalupe Aguado (“*Retos de la televisión en Europa...*”; *Ídem Supra Cit.*) al paso de la televisión generalista a la televisión individualista: “*Nunca como ahora la tecnología ha influido tanto en los contenidos y estrategias de negocios televisivos como en el momento actual. El mercado se está enfrentando a la entrada de nuevos operadores con la llegada del sistema digital y la creciente competencia en el reparto de la audiencia y la inversión publicitaria. En el mercado televisivo, junto a las grandes cadenas de ámbito*

nacional y regional, emergen emisoras locales, temáticas y dirigidas a públicos específicos. Se nos aproximan grandes cambios en un mercado acostumbrado a la imitación mutua de programas y contenidos, que hasta ahora ha luchado básicamente por la misma audiencia y la misma publicidad y al que no le ha interesado de momento la diversificación de públicos. Se pasará de un mercado unitario a un mercado marcado por la segmentación, en el que la programación de cada televisión dependa de su presupuesto, de la publicidad que pretenda alcanzar y del tipo de público al que se dirija. La televisión temática y su creciente interactividad posibilitarán una publicidad más segmentada y unos cortes publicitarios de menor duración, permitiendo la entrada de aquellas marcas que por presupuesto no han podido acceder a la televisión generalista. Habrá un lugar en el espectro televisivo para las audiencias minoritarias, siempre y cuando sean capaces de financiar su canal especializado. Se transforma la visión tradicional de televisión generalista, dirigida al gran público, para llegar a una televisión individualista, diseñada para públicos concretos y con contenidos específicos, donde el receptor adquiere un nuevo protagonismo hasta ahora inconcebible. Se dará tanto una evolución cuantitativa, con mayor cantidad de canales, como una evolución cualitativa, con un cambio en la situación del receptor, donde se impondrá la especialización de canales, la fragmentación de audiencias y el público podrá adquirir un papel activo, seleccionando sus propios contenidos”.

También se ha destacado (Rodríguez, M.: “Segmentación: Divide y vencerás”, en “*el periódico de la publicidad*” de febrero de 2010): “En términos globales hay dos tipos de estrategias en comunicación comercial: una que busca llegar al máximo número de personas (estrategia de cobertura ó de alcance) y otra que busca llegar a las personas precisas (estrategia de segmentación) [...] Segmentación es igual a rentabilidad en cualquier entorno pero a medida que el panorama televisivo se atomiza y la necesidad de optimizar es más acuciante, más relevante es construir relaciones estables con los segmentos de público adecuados para cada marca. Los canales temáticos que hoy llegan al consumidor a través de las plataformas de pago constituyen un ejemplo de una oferta variada por temas y por públicos que aporta posibilidades de segmentación. Los últimos estudios realizados por Conect nos muestran que los espectadores consideran que estos canales de televisión son una oferta con alta especialización temática y de calidad [...]. Desde luego nadie pone ya en duda la eficacia publicitaria de los canales de TV de pago. Las principales razones se pueden resumir en esa capacidad de segmentar y conseguir afinidad, preferencia por su programación que provocan una mayor conexión del espectador y la menor ocupación publicitaria, que tiene como consecuencia una mayor atención a cada mensaje. La digitalización televisiva a la que estamos asistiendo trae consigo un plano de mayor protagonismo para los contenidos y servicios. En el nuevo panorama, la mejora de los contenidos debería ser uno de los motores primordiales para la extensión en la sociedad de la televisión digital terrestre (TDT). A medida que va creciendo la penetración de la TDT y especialmente a partir de este año 2010, todo apunta a que un mayor número de opciones para el espectador reordenará el sector, produciendo mayor fragmentación de las audiencias e impactando como consecuencia a los anteriores modelos comerciales, cosa que ya está ocurriendo. Pero fragmentación y segmentación son conceptos distintos. Mientras que la fragmentación es desordenada y arbitraria, la segmentación nos aporta grupos homogéneos internamente y diferenciados unos de otros, lo que permite su análisis y su uso eficiente en el marketing y la comunicación. En este entorno con cuotas de audiencia del resto de las cadenas más reducidas por efecto de la citada fragmentación, la TV de Pago seguirá siendo una buena opción para el espectador que desee programación de temas que le interesen, de calidad y con menor ocupación publicitaria. Este público será entonces más segmentado y por tanto de más alto interés publicitario”.

Otro de los efectos ligados al referido proceso de digitalización podría ser el de estimular la tendencia a la concentración en el mercado audiovisual. Las producciones han sido siempre extraordinariamente costosas, sobre todo, en el caso de las obras de ficción, y dentro de éstas, de las películas. La proliferación de canales pareja a la digitalización hará que la concentración de espectadores en una determinada obra audiovisual resulte más complicada. Previsiblemente, para compensar los efectos económicos de lo anterior se producirán concentraciones en el sector de la producción.

Así, por ejemplo, la prensa general y económica (por toda, ver la edición digital de *Cinco Días* de 1 de septiembre de 2009) se hacía eco de la adquisición de *Marvel* por *Disney* por unos 2.800 millones de euros. En 2006, *Disney* ya se había hecho con *Pixar* por unos 5.200 millones de euros (*Toy Store*, *Nemo* o *Los Increíbles*). Con esta nueva compra, *Disney* buscaba reforzar su posición en el segmento de audiencia de hombres jóvenes. Con el anuncio de la compra de *Marvel* se reabrían los rumores sobre el posible inicio de un proceso de consolidación en la industria audiovisual estadounidense. Por otro lado, *Warner* era titular de los derechos para la gran y pequeña pantalla de los personajes de la competidora de *Marvel*, *DC Entertainment*.

Finalmente, el proceso de convergencia tecnológica, inseparable del de digitalización, está generando economías de gama derivadas de la existencia de contenidos multiplataforma, es decir, aptos para ser distribuidos a través de diferentes redes, con lo que ello supone de abrir el mercado potencial asignado a un mismo producto. De lo anterior derivan concentraciones entre empresas que tradicionalmente actuaban en diferentes ramos de la economía, como, por ejemplo, los de la radiodifusión y las telecomunicaciones, que pretenden así beneficiarse de posibles economías de alcance.

(2) Su evolución en Europa y España

A principios de **2001**, el modo digital se había extendido a todos los países de la UE, siendo las plataformas de satélite su principal motor.

A fines de **2002**, la radiodifusión digital llegaba al 18 % de los hogares de la UE, frente al porcentaje del 16 % correspondiente a 2001. En ese año, se produjo un incremento de dos tercios en el número de plataformas digitales propuestas al público. El progreso de la televisión digital variaba mucho de un Estado miembro a otro, con niveles de penetración que oscilaban desde menos del 5 % a más del 50 %.

A partir de 2002, sin embargo, el ritmo de penetración de la TV digital se ralentizó como consecuencia de la situación de crisis por la que atravesaba el sector de la difusión televisiva descrita en anteriores apartados, si bien se percibía un mayor grado de penetración de la TV digital en los países en que este medio de difusión se encontraba aún en un estadio inicial, lo que contribuyó a atenuar las importantes diferencias existentes con relación a otros mercados más evolucionados.

A partir de **2003**, el mercado de la TV digital mostró síntomas de recuperación, con un incremento de la tasa de penetración que la llevó al 22 %. En este año 2003, en la misma UE, 69 cadenas públicas, junto con 584 cadenas de operadores privados, se difundían a escala nacional por medios distintos a las técnicas terrestres tradicionales en analógico. Esta recuperación permitía a la Comisión mantener en 2012 la fecha prevista para el apagón

analógico, con el efecto aparejado de la multiplicación de canales y programas, y también de servicios (*triple play*). Esta fecha se adelantaba a 2010 en la legislación de ciertos Estados miembros como Austria, Suecia, Alemania, Italia o la misma España, mientras que en la de otros como Bélgica o Reino Unido se optaba por apurar el plazo inicialmente concedido.

La TV digital en Europa, aún con tasas de penetración más bajas que las de EE.UU., donde ya en 2009 se produjo el apagón analógico, se ha expandido con rapidez en los últimos años.

Centrándonos en España, que la más importante contribución a la digitalización de la TV procedía de la plataforma satelital resultaba también evidente (Fuente: Estudio presentado por *SES ASTRA* referido a 30 países europeos y al periodo 1998-2003). A lo largo del periodo comprendido entre 1998 y 2003, ambos incluidos, más de un millón de hogares españoles se incorporó al mercado de la TV digital por satélite, hasta llegar a 2,49 millones de hogares, lo que supuso un incremento del 171 %.

En **2004**, el 12 % de los hogares españoles recibía TV digital por satélite, y más de dos, de cada tres personas que disponían de TV por satélite, la recibían en digital. En satélite, la tasa de penetración de la TV digital en España resultaba estar muy por encima de la media europea, que no alcanzaba el 50 % de la TV por satélite. Por plataformas, a julio de 2004, de los 13 millones de hogares españoles con televisor en casa, 1,99 millones recibían la señal en digital ya a través del satélite (1,68 millones) ya del cable (316.000).

Según el Informe de la CMT correspondiente a **2007**, la participación de la transmisión digital en los servicios de transporte, hasta el último punto de presencia del operador de red, y portadores de difusión, desde ese último punto de presencia hasta el hogar del usuario, sobre plataforma terrestre era cada vez mayor e iba desplazando a la transmisión analógica. En ese año, los ingresos por servicios de transporte de señal audiovisual fueron de 79,95 millones de euros para TV digital y de 23,96 millones de euros para TV analógica. También en 2007, los ingresos procedentes de servicios portadores de difusión de señal audiovisual fueron de 76,82 millones de euros para TV digital y de 153,21 millones de euros para TV analógica. En este último caso, la diferente situación se explicaba por el menor grado de digitalización del tramo final de la red.

A pesar de la existencia de diferentes medios de transmisión posibles para los servicios audiovisuales, de acuerdo con el mismo Informe anual de la CMT, en diciembre de 2007, era la televisión terrestre analógica la que aglutinaba una audiencia mayor, seguida a gran distancia por las plataformas de satélite, cable o TV IP. Cabía resaltar, sin embargo, la evolución de la televisión digital terrestre, que, si bien a finales de 2007 contaba únicamente con un 9,5 % de la audiencia, en febrero de 2009 contaba ya con un 26 %, estando previsto que por imperativo legal, en el momento del “apagón analógico”, alcanzase una penetración equivalente al 100 % de la audiencia cubierta por la televisión por ondas terrestres, que, de acuerdo con datos referidos a 2007, supondría el 81,8 % del total.

Esta composición de las audiencias del sector audiovisual en España difería de lo que se observaba en otros Estados Miembros, donde la penetración de las otras plataformas estaba mucho más extendida. Así, la importancia del satélite y las redes de cable era muy superior a la media observada en España (bastantes más usuarios comunitarios accedían a los servicios audiovisuales mediante estas dos plataformas), si bien existían asimismo importantes diferencias entre los diferentes Estados miembros como se mostraba en la tabla siguiente (Fuente CMT a partir de Eurobarómetro):

	Terrestre (analógico)	Cable	Satélite	Terrestre (digital)	TV IP
Bélgica	2 %	87 %	6 %	10%	1 %
Bulgaria	27 %	63 %	7 %	3 %	-
Rep. Checa	66 %	17 %	16 %	6 %	2 %
Dinamarca	28 %	62 %	14 %	3 %	1 %
Alemania	2 %	55 %	40 %	4 %	0 %
Estonia	45 %	40 %	9 %	5 %	4 %
Grecia	98 %	0 %	5 %	1 %	-
España	77 %	11 %	7 %	12 %	3 %
Francia	67 %	8 %	22 %	21 %	6 %
Irlanda	39 %	31 %	31 %	5 %	1 %
Italia	79 %	10 %	18 %	8 %	0 %
Chipre	91 %	7 %	10 %	7 %	1 %
Letonia	42 %	47 %	15 %	1 %	0 %
Lituania	59 %	37 %	4 %	1 %	1 %
Luxemburgo	6 %	71 %	25 %	2 %	1 %
Hungría	25 %	61 %	12 %	3 %	0 %
Malta	17 %	70 %	15 %	9 %	1 %
Holanda	-	83 %	8 %	12 %	1 %
Austria	6 %	49 %	42 %	5 %	1 %
Polonia	53 %	33 %	16 %	1 %	0 %
Portugal	64 %	33 %	4 %	1 %	0 %
Rumania	14 %	77 %	2 %	8 %	-
Eslovenia	36 %	54 %	12 %	2 %	5 %
Eslovaquia	49 %	41 %	17 %	5 %	1 %
Finlandia	43 %	38 %	4 %	21 %	1 %
Suecia	14 %	43 %	19 %	36 %	5 %
Reino Unido	42 %	16 %	31 %	31 %	1 %
EU 27	41 %	34 %	22 %	12 %	2 %

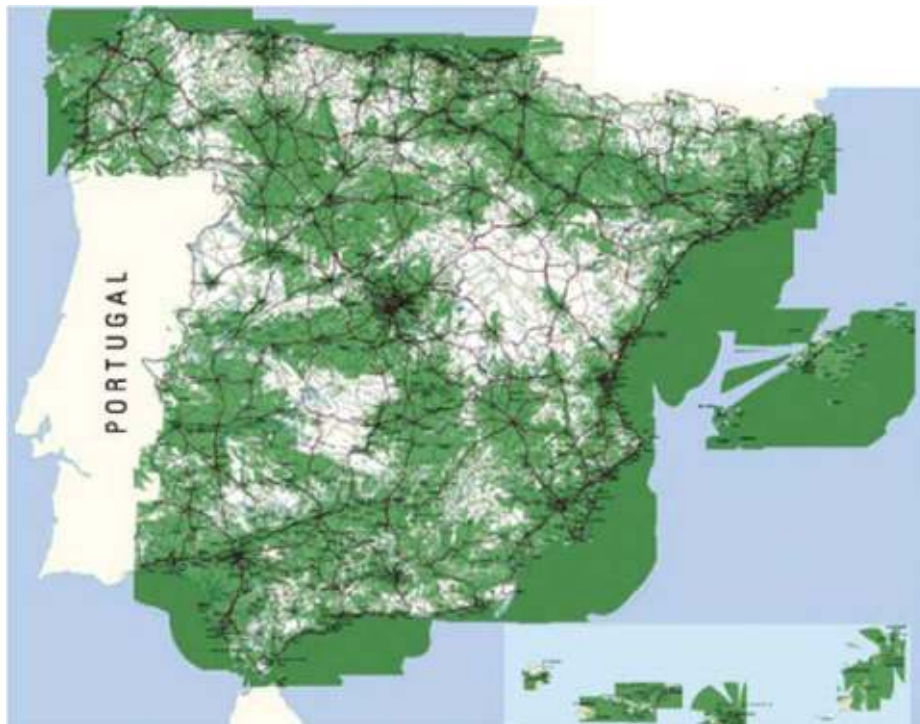
Estas diferencias entre la media comunitaria y española se justificaban por las distintas coberturas de las diferentes redes, y por el hecho de que las plataformas satelital y de cable en España difundiesen esencialmente servicios de televisión de pago, cuya penetración era lógicamente inferior a la de la televisión en abierto. Debía recordarse también que la plataforma de la TDT era, por imperativo legal, soporte obligado del servicio público de difusión de televisión.

En el propio Informe de la CMT de 2007 se destacaban las etapas para el despliegue progresivo de la TDT, a saber: **(1.ª)** el 80 % de la población, antes del 31 de diciembre de 2005; **(2.ª)** el 85 % de la población, antes del 31 de julio de 2007; **(3.ª)** el 88 % de la población, antes del 31 de julio de 2008; **(4.ª)** el 90 % de la población, antes del 31 de julio

de 2009; (5.ª) el 96 % de la población para las sociedades concesionarias privadas y el 98 % de la población para las entidades públicas de ámbito estatal o autonómico, antes del 3 de abril de 2010.

De acuerdo con el Observatorio de la TDT, en diciembre de **2008** se alcanzó una cobertura superior al 92 % de la población, la penetración de la TDT había alcanzado a más del 45 % de los hogares y había conseguido una cuota de pantalla superior al 23 %.

En diciembre de 2008 el mapa de cobertura de la TDT era el siguiente:



La CMT observaba como, tras haber sido alcanzada la segunda etapa, las tres restantes exigían cada vez mayores esfuerzos inversores. A partir de una cobertura del 85 %, los sucesivos incrementos de cobertura de población requerían un despliegue mucho mayor de las estaciones necesarias y, por tanto, los costes eran cada vez más elevados. Esto suponía que para conseguir una cobertura similar a la que tenía la televisión analógica, que llegaba al 98% de la población, se debía realizar un esfuerzo económico muy importante por parte de los operadores.

Para estas últimas fases, el Plan Nacional de Transición a la TDT dividía España en 73 áreas técnicas, 90 proyectos y tres fases de implantación, además de un proyecto piloto en Soria. Las 73 áreas técnicas correspondían a territorios cubiertos por un centro principal de difusión, los centros secundarios que tomaban la señal primaria de éste y otra serie de centros de menor entidad y que cubrían un tamaño de población de entre 100.000 y un millón de habitantes. Los 90 proyectos de transición establecían una planificación programada del cese de las emisiones analógicas de televisión en un área técnica o en una parte y preveían su entera sustitución por emisiones digitales.

Para cada área técnica y para cada proyecto técnico de transición se fijaba la fecha límite en la que debía llevarse a cabo el cese de emisiones con tecnología analógica, es decir, de la fase

de implantación. Para los proyectos del Grupo A (“Proyectos con una población inferior a 500.000 habitantes, que contaban con un alto porcentaje de cobertura de TDT y que necesitaban un número reducido de reemisores para alcanzar una cobertura similar a la analógica”) se fijaba como fecha límite la de 30 de junio 2009. Para los proyectos del Grupo B (“Proyectos con una población intermedia, entre 500.000 y 700.000 habitantes”) la fecha límite era la de 31 de diciembre de 2009. Finalmente, para los proyectos del Grupo C (“Proyectos con más de 700.000 habitantes y/o que necesitasen instalar un número importante de centros emisores para garantizar una cobertura similar a la analógica”) la fecha tope era la de 3 de abril 2010.

Finalmente, mediante Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (Art. 1), se previó el recurso a la plataforma satelital para complementar la digitalización de la TV en abierto respecto de aquella parte de la población no comprendida en los porcentajes del 96 y del 98 % de la 5.ª etapa referidos más arriba.

(3) La televisión de alta definición

(a) Nociones generales

La HDTV es un proyecto que lleva incubándose en Europa del orden de 20 años y que, hasta ahora, no ha terminado de cuajar por una razón esencial: el ancho de banda que exige su señal superaba las posibilidades que ofrecía la TV analógica.

Acaso, a esta razón cabría añadir la derivada de la existencia de varias familias de estándares asociadas al número de líneas y a la forma de su presentación. En primer lugar, se ha venido distinguiendo entre un formato de 1080 líneas activas de imagen y otro de 720. Adicionalmente, cabía un formato entrelazado, en el que se transmitían la mitad de las líneas cada vez, una vez las líneas pares y otra las impares, y otro progresivo, en el que se transmitían cada vez la totalidad de las líneas. Así existían formatos 1080p, 1080i ó 720p, frente al estándar PAL que, siguiendo esta terminología, se representaría como 576i [la “i” o la “p” indicaban, respectivamente, si el escaneado era entrelazado o interlineado (i) o progresivo (p)]. La existencia de varios formatos posibles obligaba a los operadores a elegir uno de ellos con el consiguiente riesgo de elegir la opción menos popular.

En relación a ese largo tiempo de incubación de la HDTV en Europa, cabría referir, p.e., que, ya en 2001, llegó a darse en la UE un significativo aumento de los televisores con formato 16:9; e, incluso, por ejemplo, que en 1990 se transmitieron partidos del mundial de fútbol en HDTV con equipos *Alcatel* [Redondo, A. (*Alcatel*): Ponencia “*Veinte años... y volviendo a empezar*” en XX encuentro de las telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo].

Hoy se espera que el proceso de digitalización permita el impulso definitivo de los servicios de alta definición, gracias a la compresión que permite rebajar el ancho de banda necesario para la emisión. Esta última posibilidad se maneja a corto plazo en TV digital por cable o satélite y, en menor grado, en la digital terrestre, que exige, como se vio, un mayor ancho de banda que las anteriores. Esta última barrera de entrada se ve acentuada por el hecho de que los radiodifusores primen la cantidad de canales en un mismo canal múltiple digital, en detrimento de la calidad de las emisiones, dato que es necesario poner en relación con el de que la TVAD exija, dentro de cada múltiple digital, un mayor ancho de banda que la difusión convencional.

Los cuatro aspectos esenciales sobre los que gira la TVAD son:

- a) **La elevación del número de líneas** de 625 a 1.250.
- b) **La elevación de la frecuencia de cuadro** de 25 imágenes por segundo a 50.
- c) **Calidad de audio** comparable a la obtenida en la reproducción de CD.
- d) **Cambios en la relación de aspecto**, de 4:3 a 16:9, para conseguir un formato panorámico más alargado y afín al cinematográfico. Relación de aspecto o *aspect ratio* de una imagen es la proporción entre su anchura y su altura. Se calcula dividiendo la anchura de la imagen visible en pantalla entre la altura y se expresa normalmente de la forma “X:Y”. La relación de aspecto de una pantalla de televisión tradicional es de 4:3, que también se puede expresar como 1’333:1. Las televisiones de alta definición usan una relación de aspecto de 16:9 (ó 1’78:1).

Otra forma de expresar la relación de aspecto de la alta definición son las proporciones 1920 pixeles x 1080 líneas o 1280 pixeles x 720 líneas). Píxel es el acrónimo de la palabra inglesa “*pictorial element*” o “*picture element*”. Es el elemento más pequeño de una pantalla de video al que se le puede asignar un color, luminosidad y brillo determinados. Un píxel es cada uno de los puntos que son asignables o direccionables en una pantalla de video. Normalmente, está gobernado por una matriz en memoria (memoria de video), que contiene la información necesaria para iluminar cada píxel con ese color, brillo e intensidad determinados.

Son interesantes, en este punto, ciertos pasajes del documento de trabajo de 13 de enero de 2004 de los servicios de la Comisión “*Contribución de la pantalla panorámica y la alta definición a la popularización de la televisión digital en el mundo*” [SEC(2004) 46], que se traerá nuevamente a colación más abajo:

“La relación de aspecto original del cine era 4:3 ó 1.33:1. Ésta fue definida por uno de los técnicos de Thomas Edison en la década de 1890 como consecuencia de la decisión de utilizar película con un ancho de 35 mm. El ancho de 35 mm fue obtenido dividiendo por la mitad el ancho de la película Eastman de 70 mm utilizada para fotografías fijas, obteniendo con ello un importante ahorro de costes.

El uso de la relación de aspecto 4:3 maximizó la superficie de la imagen en la película de 35 mm, una consideración importante teniendo en cuenta la poca resolución de los primeros materiales de las películas; esta relación se prefirió frente a la relación de aspecto cuadrada, posiblemente porque el formato 4:3 rectangular está ligeramente más cerca de la Sección Áurea de 1.618:1, que se considera que es un formato artísticamente óptimo desde los tiempos clásicos. La combinación de 35 mm y 4:3 se convirtió en una norma de facto gracias al poder comercial del cartel de patentes de Edison, aunque posteriormente fue confirmada por una conferencia de normalización internacional en 1909.

Aparte de algunos experimentos con formatos de pantalla panorámica en los últimos años de la década de 1920, el formato 4:3 fue utilizado para todas las películas hasta los años 50, cuando se introdujeron diferentes relaciones de aspecto de pantalla panorámica, incluyendo 1.66:1, 1.85:1 y 2.35:1. Por entonces, los mejores materiales de las películas aumentaron la resolución de la película de 35 mm, atenuando así el

imperativo técnico anterior de la relación de aspecto 4:3 para el fotograma completo.

La televisión ya había adoptado el formato 4:3, que seguiría la industria informática gracias al uso de una base de fabricación común para los monitores de tubo de rayos catódicos. El formato 16:9 fue aceptado por todas las empresas radiodifusoras y todos los fabricantes de electrónica de consumo para el futuro de la televisión, incluyendo la alta definición, en la década de 1980. La relación 16:9 es un compromiso entre las muchas relaciones de aspecto diferentes utilizadas en la industria cinematográfica. Su relación matemática con éstas y con el formato 4:3 facilita el rodaje, la conversión y la visualización de todo el material de programación. Además 16:9 ó 1.77:1 está muy cerca de la Sección Áurea de 1.618:1. La inclusión del formato 16:9 en las normas de vídeo digital MPEG¹⁶ de la ISO¹⁷ (Vid Infra Notas) utilizadas tanto para la televisión digital como para el DVD fue muy importante.

Aseguró que el formato 16:9 podía abrirse camino también en el mundo de la tecnología de la información. Los monitores de pantalla panorámica se están poniendo de moda para los ordenadores personales portátiles, ahora que las unidades de DVD son una característica estándar, de acuerdo con un reciente informe de la prensa especializada de los EE.UU. Por consiguiente, la convergencia está ayudando a propagar el formato 16:9 en los diferentes sectores”.

En EE.UU. cientos de cadenas emiten actualmente en TVAD eventos deportivos en pago por visión. En este país, y en Japón, la TVAD habría ya obtenido masas críticas de audiencia. Como se destaca en la literatura especializada (Grupo de Análisis y Prospectiva del Sector de las Telecomunicaciones: “*Televisión Digital*”; Marzo 2005, editado por Red.es, Págs. 70 y Ss.): “*En Estados Unidos, el motor de adopción de la televisión digital por parte de los telespectadores, ha sido la oferta actual de contenidos en alta definición, pues las tres grandes cadenas (ABC, NBC y CBS) están emitiendo en alta definición en horario de máxima audiencia (prime-time). Como consecuencia de este panorama, Los operadores de telefonía fija y los operadores de cable están apostando fuertemente por la HDTV. Por ejemplo, Comcast como parte de su oferta televisiva actual ofrece una programación especial en HDTV que incluye deportes, series de ficción y cine. El papel protagonista que comienza a cobrar la HDTV en los modelos de negocio de los operadores de cable en EE.UU, contrasta notablemente con el escaso protagonismo que goza en la oferta actual y prevista en el corto plazo de los operadores de cable europeos*”.

En Europa, hace algunos años, empezó la emisión en tecnología de alta definición por Astra del canal múltiple 1080, con un canal convencional y otros de pago por visión. En enero de 2008 había unos 70 canales de esta clase en el Viejo Continente, como Sky en UK e Italia o Canalsat en Francia. En el caso concreto del Reino Unido, también el organismo público de

¹⁶ MPEG (Moving Picture Experts Group) es la designación para un grupo de estándares de codificación de audio y vídeo acordado por el conocido como Grupo de Expertos en Imágenes en Movimiento, y publicados como estándar ISO 13818.

¹⁷ ISO es la Organización Internacional para la Estandarización, es decir, una organización internacional no gubernamental compuesta por representantes de los Organismos de Normalización nacionales que produce Normas Internacionales industriales y comerciales las cuales se conocen como normas ISO. La finalidad de dichas normas es la coordinación de las normas nacionales, en consonancia con el Acta Final de la Organización Mundial del Comercio, con el propósito de facilitar el comercio, promover el intercambio de información y contribuir a la transferencia de tecnologías.

radiodifusión, la *BBC*, tenía previsto disponer de todos sus contenidos en alta definición para 2010 (Paul Geurten, de *Philips*: “*The First HD Experiences*”).

En España, *Digital +* efectuó algunas pruebas en Alta Definición sobre el satélite *Astra* el 16 de junio de 2005, consistentes en la emisión de varios fragmentos de programas de éxito y las expectativas para fines de 2006 eran las de facilitar a sus clientes un descodificador específico para esta clase de emisiones. En enero de 2008, la misma *Sogecable* anunciaba el lanzamiento de *Canal+ HD*. En noviembre de 2009, la prensa económica (Edición digital de Cinco Días de 12 de noviembre de 2009) anunciaba que *Digital +* había incorporado cuatro nuevos canales en alta definición para incrementar su oferta en esta tecnología. Los nuevos canales eran *Eurosport HD*, *Fox HD*, *National geographic HD* y *Canal + Acción HD*. Con estas nuevas incorporaciones, *Digital +* configuraba la mayor oferta de televisión en alta definición de España integrada, en ese momento, por nueve canales.

También *Telefónica* proyectaba dar, a partir de 2007, TVAD a través de *Imagenio* aprovechando las más altas tasas de transferencia ofrecidas por las más novedosas tecnologías en la red de acceso (ADSL2+ y/o Fibra Óptica), conjuntamente con la utilización de las técnicas más eficientes en codificación de contenidos (MPEG-4; estándar de compresión de video e imágenes del *Moving Picture Experts Group*; v. *supra* nota al pie). A través de las mismas, se aspiraba a superar los obstáculos derivados del hecho de que los contenidos en alta definición requiriesen, para su distribución, una capacidad hasta cuatro veces superior a la que precisaban los contenidos en definición estándar.

(b) Medidas adoptadas en el seno de la Unión Europea

La Decisión 89/337/CEE del Consejo de 27 de abril de 1989 relativa a la TV de alta definición (DO L 142 de 25.5.1989, p. 1/2) fijaba como objetivos por los que debía pasar la generalización de la TVAD, entre otros, el desarrollo en tiempo oportuno de la tecnología, componentes y equipos necesarios y la adopción como norma mundial de la propuesta europea 1250 líneas/50 imágenes por segundo.

Desarrollando la anterior norma, la Decisión 89/630/CEE del Consejo de 7 de diciembre de 1989, sobre la acción conjunta que debían llevar a cabo los Estados miembros en favor de la adopción de una norma única mundial de producción de la televisión de alta definición en la reunión plenaria del Comité consultivo internacional de radiocomunicaciones (CCIR) en 1990 (Diario Oficial n° L 363 de 13/12/1989 p. 0030 – 0030), aprobó esa acción conjunta de uniformización, que debía basarse en la propuesta surgida del bautizado como proyecto *Eureka*.

La Decisión 93/424/CEE del Consejo de 22 de julio de 1993, relativa a un plan de acción para la introducción de servicios avanzados de televisión en Europa (DO L 196 de 5.8.1993, p. 48/54), fijaba como objetivo de dicho plan el desarrollo acelerado del mercado de servicios avanzados de TV en formato 16: 9 y de 625 ó 1250 líneas, durante un periodo de cuatro años, que concluía en 1997.

La Comisión publicó tres informes de evaluación anual durante la ejecución del Plan, que tenían al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social como sus destinatarios: **(i)** Primer informe anual sobre los progresos realizados en la aplicación del plan de acción para la introducción de servicios avanzados de televisión en Europa, 16.6.1995, COM (95) 263 final; **(ii)** Segundo informe anual sobre los progresos realizados

en la aplicación del plan de acción para la introducción de servicios avanzados de televisión en Europa, 26.7.1996, COM (96) 346 final; (iii) (3) Informe anual final sobre los progresos realizados en la aplicación del Plan de Acción para la introducción de servicios avanzados de televisión en Europa, 13.7.1998, COM (1998) 441 final.

Además de las contenidas en esos tres informes, ciertas valoraciones sobre el éxito del mismo Plan las hizo dicha institución en su estudio de 13 de enero de 2004 sobre la *“Contribución de la pantalla panorámica y la alta definición a la popularización de la televisión digital en el mundo”* (citado más arriba). De dicho estudio resultaría que, a lo largo de sus cuatro años de vigencia, el Plan comprometió 206 millones de euros aproximadamente y apoyó un total de casi 3.000 proyectos de radiodifusión o producción.

En su estudio se remitía también la Comisión al informe encargado por ella a una firma independiente, el cual revelaba que los objetivos del Plan se habían alcanzado sólo de forma muy parcial. La impresión era la de que el Plan de Acción comenzó y terminó demasiado pronto, máxime si se consideraba el período de tiempo necesario para que un producto como la TVAD llegara a establecerse.

Se daba una situación de círculo vicioso en la que, por una parte, los radiodifusores esperaban a que los televisores panorámicos aparecieran antes de lanzar servicios y, por otra, los fabricantes esperaban a los servicios antes de lanzar los televisores. El Plan había ayudado a superar el impedimento comercial del “huevo” (los servicios de pantalla panorámica) y “la gallina” (los receptores panorámicos), sin embargo, el mercado de esta clase de televisores sólo alcanzó una masa crítica durante la vigencia del Plan en Francia, Bélgica y Holanda. Aunque también fuera cierto que, a partir de 2000, la combinación de la herencia del Plan de Acción y de la actividad posterior de los actores del mercado hubiera llegado a dar resultados tangibles en el Reino Unido, Dinamarca, Irlanda y Suecia.

A fines de 2002, los televisores de pantalla panorámica suponían el 22 % de los televisores vendidos en la UE y más del 40 % en términos de valor. El mercado de televisores de pantalla panorámica creció un 23 % durante 2002 y la penetración total en la UE y países vecinos se estimaba en el 11 %. No obstante, esa penetración variaba considerablemente de un Estado miembro a otro. Las previsiones eran las de que el índice de penetración pudiera llegar a situarse en 2009 en el 60 % de los hogares de la UE de los quince (previsión evidentemente no cumplida).

La conclusión que puede extraerse de todos estos datos puede ser la de que, si bien la barrera de entrada derivada de la necesidad de disponer de televisores adaptados a la TVAD había sido en gran medida franqueada, la TVAD no terminaba de arrancar en Europa por la necesidad de frecuencias y por la opción comercial, ya apuntada, de los organismos de radiodifusión de dar prioridad a la cantidad de canales frente a la calidad de las emisiones.


Finalmente, cabría destacar como la Directiva 2002/19, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso) prevé en su Art. 4 que *“las redes públicas de comunicaciones electrónicas creadas para la distribución de servicios de televisión digital deberán poder distribuir programas y servicios de televisión de formato ancho; los operadores de las redes que reciban programas o servicios de televisión de formato ancho para su posterior distribución estarán obligados a mantener dicho formato”*.

El Art. 2.d) de la Directiva Acceso define el servicio de TV de formato ancho como “*el servicio de televisión constituido total o parcialmente por programas producidos y editados para su presentación en formato ancho completo. La relación de dimensiones 16:9 constituye el formato de referencia para los servicios de televisión de este tipo*”.

(c) Medidas adoptadas en España

En el caso español, la vigente **Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010** ha sido pionera al contemplar, en su Art. 35, la posibilidad de la TV de Alta Definición. En él se prevé que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual puedan emitir televisión en resolución de Alta definición, pudiendo compatibilizarse dicha emisión con los programas en resolución estándar, con la condición de que esto último no suponga exceder de las capacidades de espectro o dominio público asignadas a dicho prestador.

En este sentido, en la Disposición adicional quinta del Real Decreto 365/2010 de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica (ver más abajo), se trata de las emisiones de televisión digital terrestre en alta definición. En dicha Disposición adicional se prevé que el número de canales digitales de televisión que las entidades habilitadas deben explotar en las dos fases contempladas para la transición al escenario digital previsto para 2015 pueda verse reducido si la entidad habilitada decide emitir algún canal de televisión digital terrestre de alta definición.

Este escenario digital en 2015 supondrá la asignación de frecuencias para comunicaciones paneuropeas inalámbricas de banda ancha tras la liberación del dividendo digital con el apagón analógico de 2010. Todo lo anterior se enmarca en un proceso de integración de lo digital y de lo analógico, por una parte, y de lo sonoro y de lo visual, por otra, todo ello en un contexto inalámbrico, y ha llegado a hacerse sentir incluso en el plano de la propiedad industrial y de las marcas. Así, con la marca  de Sony: las siglas de esta marca significan *Video Audio Integrated Operation* y, en su logo, están fusionadas dos vertientes, tanto la analógica como la digital. Sus letras V y A forman una onda senoidal, mientras que las letras I y O son el 1 y el 0 del código binario digital (Fuente El Periódico de la Publicidad: febrero de 2010).

En todo caso, se impone que tanto la emisión en Alta definición como su recepción se ajusten a los estándares establecidos para el territorio de la Unión Europea, pretendiéndose con ello evitar nuevas fragmentaciones dentro del mercado audiovisual europeo que pudieran derivarse del recurso en cada zona a estándares diferentes, lo que resultaría contrario a los objetivos de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual. Así, la normativa adoptada en España para la emisión de la televisión digital terrestre es la del *Digital Video Broadcasting Group* (DVB), adoptada a su vez por el Instituto Europeo de Normalización de las Telecomunicaciones (ETSI). Esta normativa permite también las emisiones en alta definición con esta misma tecnología.

Mediante **Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo**, se ha venido a regular, parcamente, la Televisión Digital Terrestre en alta definición. Se ha tratado así de dar cumplimiento a la disposición adicional quinta del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, de aprobación del Plan técnico nacional de televisión digital terrestre, que ordenaba al Gobierno fijar las condiciones para la emisión de canales de televisión de alta definición. El objeto del Real Decreto ha sido el de posibilitar la prestación del servicio de televisión digital terrestre en

alta definición en España fijando las condiciones y especificaciones técnicas para poder llevar a cabo dichas emisiones (Art. 1).

Las entidades a las que se asigne la gestión íntegra de un múltiple digital podrán emitir canales digitales en alta definición con las características técnicas establecidas en el propio Real Decreto. Para esta emisión será, en todo caso, necesaria una notificación adicional a la autoridad administrativa que otorgó el título habilitante para la prestación del servicio (Art. 2).

Las especificaciones técnicas de las emisiones de televisión digital terrestre en alta definición son las que se enumeran en el Art. 3, a saber: **(a)** la resolución vertical de la componente de vídeo será igual o superior a 720 líneas activas con una relación de aspecto de 16:9; **(b)** el sistema de codificación de vídeo será conforme con la norma internacional de telecomunicaciones de la Recomendación UIT-T H.264: *Codificación de vídeo avanzada para servicios audiovisuales genéricos* equivalente a la norma ISO/IEC 14496-10, referenciada habitualmente como H.264/MPEG-4 AVC; **(c)** las especificaciones técnicas de transmisión serán conformes a la norma europea de telecomunicaciones EN 300 744; **(d)** en función de la evolución tecnológica, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá decidir el uso de otros sistemas de codificación de vídeo siempre y cuando sean al menos tan eficientes como el indicado en la letra (b) anterior.

Además, conforme al Art. 4, añadido por el Real Decreto 169/2011, al que pasaremos a hacer referencia, bajo la rúbrica de *“Información al usuario de los servicios de televisión digital terrestre en alta definición”*: *“Las entidades habilitadas para la prestación de servicios de televisión digital terrestre sólo podrán señalar en pantalla que un programa de televisión está siendo emitido en alta definición, con independencia del símbolo representativo o logotipo utilizado, en especial, con las siglas HD, cuando dicho programa haya sido producido y editado en origen con una resolución vertical de la componente de vídeo igual o superior a 720 líneas activas con una relación de aspecto de 16:9, sin perjuicio de que su contenido pueda estar conformado parcialmente con fragmentos de contenidos o programas que no hayan sido producidos con dichas características”*.

Finalmente, para contribuir a resolver el problema de la gallina y el huevo (ver más arriba), en la Disposición Adicional Única se imponen obligaciones relativas a la comercialización de aparatos receptores de TDT: **(a)** los aparatos receptores de televisión digital terrestre, dotados de una pantalla con una diagonal visible igual o superior a 53 centímetros (21 pulgadas), que se pongan en el mercado español transcurrido el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del propio Real Decreto, además de estar preparados para sintonizar las emisiones de televisión digital terrestre, deberán incorporar el sintonizador para las emisiones en alta definición con las especificaciones técnicas indicadas en el mismo Real Decreto; **(b)** los fabricantes de equipos receptores de televisión deberán indicar e informar al usuario clara y detalladamente sobre las capacidades de cada receptor de televisión puesto a la venta, incluyendo, en particular, las especificaciones relativas a la recepción de la televisión digital terrestre, la alta definición y otras funcionalidades adicionales.

Se pretendía así solventar el problema de la baja penetración de receptores con capacidades para Alta definición en España; a 22 de mayo de 2010 se estimaba que el número de televisores con capacidad de recepción de la alta definición alcanzaba sólo la cifra de los tres millones (Fuente Europa Press).

Finalmente hay que destacar la promulgación del ya anticipado **Real Decreto 169/2011, de 11 de febrero**, por el que se modifican: (i) el **Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo**, por el que se regulaba la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica y (ii) el **Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo**, por el que se regula la Televisión Digital Terrestre en alta definición.

En cumplimiento del Real Decreto 365/2010 citado, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 asignó un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades concesionarias del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal. No obstante, el acceso al múltiple digital definitivo se produciría, en todo caso, antes de finalizar 2014, de acuerdo con las fases establecidas en el propio Real Decreto 365/2010, de forma que cada una de las sociedades mencionadas accedería, con carácter transitorio, a la capacidad equivalente de un múltiple digital de cobertura estatal distribuida entre dos múltiples digitales.

Desde la aprobación de esos dos reales decretos (números 365/2010 y 691/2010) y del cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, se habían producido avances tecnológicos que se traducían en una mayor eficacia de los sistemas de compresión de las señales de audio y video que componían una señal de televisión, de forma que se producía una mayor eficiencia en el uso de los recursos radioeléctricos asignados y, en consecuencia, la posibilidad de emitir canales de televisión con una mayor calidad técnica o incrementar el número de canales.

Ello había dado lugar a que las sociedades licenciatarias del servicio de televisión terrestre de ámbito estatal, dentro de la capacidad asignada por el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, hubieran iniciado la emisión simultánea de algunos de sus canales de televisión digital terrestre mediante calidad de alta definición. Considerando que la televisión en alta definición suponía una mejora considerable de la calidad de la imagen con respecto a las emisiones de televisión con definición estándar, se concluía que el ciudadano recibía un servicio de calidad superior. Adicionalmente, se entendía que la generalización de las emisiones de televisión en alta definición suponía un nuevo impulso al desarrollo de innovaciones tecnológicas en este campo y una ventana de oportunidades comerciales para la industria de fabricación de equipos y las entidades de distribución comercial que pusieran a disposición del consumidor dichos equipos avanzados.

Por todo ello, se consideraba que no se debían ponerse impedimentos a la prestación de servicios de televisión de mayor calidad, que supusieran un acicate a la innovación tecnológica y al desarrollo comercial del mercado y de la economía, como era el caso de la televisión digital terrestre en alta definición, siempre y cuando se llevase a cabo a través de la capacidad espectral inicialmente asignada, esto es, sin asignar capacidad espectral adicional a los operadores o sociedades licenciatarias. En consecuencia, se estimaba oportuno suprimir la limitación ya comentada establecida en la fase 1 referida en el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, de que las sociedades licenciatarias del servicio de televisión terrestre de ámbito estatal compartieran la capacidad asignada mediante la explotación por cada una de ellas de dos canales digitales de televisión en cada múltiple, de forma que, mediante una fórmula más flexible y sin encorsetarla a la emisión de dos canales, esta misma capacidad se compartiera mediante la explotación a partes iguales por cada una de ellas.

CAPÍTULO II: MARCO DE EVALUACIÓN DEL JUEGO DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS

1. APROXIMACIÓN A LA VALORACIÓN DEL DESENVOLVIMIENTO DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS MÁS CERCANOS A LA TELEVISIÓN

a) Consideraciones introductorias sobre los mercados en general

Prescindiendo de las nociones que proporcionan los apartados 1 y 2 del Capítulo I de esta tesis, dedicados, respectivamente, a la introducción y a unas reflexiones previas sobre el juego de la competencia en TV, puede entenderse que es, realmente, el apartado 3 de ese mismo Capítulo I – “La situación en la Unión Europea” – el que permite ubicarse con vistas a este estudio que comienza de los mercados más estrechamente relacionados con la actividad televisiva.

Lo anterior es así porque el negocio de la TV, inscrito dentro del más general de la radiodifusión que, junto a la televisiva, integra a la radiodifusión sonora, exige: (1.º) unos contenidos audiovisuales que difundir – “contenidos” –, los cuales, en un entorno de convergencia, tienden a hacerse multimedia, es decir, aptos para ser transportados y emitidos a través de cualquier plataforma o red (satélite, IT, ondas o cable); (2.º) una red o infraestructura física a través de la que realizar la difusión – “redes” –, y que, en ese mismo entorno de convergencia, puede ser cualquiera de las cuatro que se acaba de mencionar – aún cabría añadir una quinta si consideramos como plataforma independiente la UMTS y la red de telefonía móvil 3G –, toda vez que la idea es la de que cualquier red pueda transportar toda clase de contenidos; y (3.º) la actividad necesaria para emitir el contenido y, a través de la red, hacerlo llegar a su destinatario, que no es otro que el televidente o espectador – “servicios”, que, junto con las “redes”, integran el ámbito más amplio de la “transmisión”.

El marco regulador de esos tres ámbitos, en España y en los demás Estados miembros de la UE, no se comprende si no es en relación con el ordenamiento jurídico comunitario. Lo anterior se da, especialmente, en el ámbito de la transmisión, o “comunicaciones electrónicas”, donde el ordenamiento jurídico nacional no es, en esencia, más que el resultado de implementar el europeo. En menor medida, como se ha subrayado ya en algún otro lugar, se daría lo anterior en el ámbito de los contenidos, donde las particularidades nacionales, regionales y locales impiden que pueda hablarse de mercado único y, en consonancia, de obras – léase “contenidos” – europeos. Esta sigue siendo la situación a pesar de que los programas de estímulo, ya estudiados, pretendan revertirla.

Sobre lo anterior, aún debe hacerse mención al proceso, también nacido en el seno de la UE, de desarrollo de la SI, proceso que trasciende de lo mercantil y tecnológico para adquirir verdaderos tintes culturales. Supone que toda información o contenido pueda hacerse accesible a cualquier persona, incluso si tiene disminuida su capacidad sensorial o si vive en el más recóndito rincón de Europa. Este proceso late tras del hecho de que, Vg., los operadores de cable deban transportar, sin coste adicional para el usuario, determinados contenidos cuya difusión se considera de servicio público, desarrollando el rol de *carrier*.

Y han llegado a darse ciertos intentos de operadores que han buscado pervertir el sentido de esa obligación, incurriendo en conductas rayanas en el abuso de derecho. Así, por sólo poner un ejemplo, en agosto de 2007 las cadenas generalistas españolas estudiaban medidas legales contra la tecnológica *Zattoo* por emitir su señal a través de IT sin su autorización. *Zattoo* se escudaba en que, al ser considerada como cableoperador por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, estaba obligada a emitir los seis canales analógicos de acuerdo con el Reglamento General de Prestación del Servicio de difusión de radio y televisión por cable aprobado por Real Decreto del 28 de julio de 2006. *Zattoo* recurría a un programa basado en tecnología P2P desarrollado en la Universidad de Michigan que permitía ver, gratuitamente y sin añadir *hardware*, la programación de los seis canales generalistas. El negocio estaba en la publicidad: cada vez que el usuario cambiaba de canal, se insertaban entre cinco y siete segundos de publicidad gestionada por la misma empresa.

La cuestión era que el Reglamento preveía que, ante el desarrollo de la función de *carrier*, el cableoperador debía ponerse de acuerdo con los organismos de radiodifusión en cuanto a la retribución a percibir por estos últimos, debiendo, a falta de acuerdo, decidir sobre la misma la Autoridad competente. El hecho de que *Zattoo* pretendiera actuar dentro del mercado de la publicidad televisada dificultaba, por razones evidentes, el acuerdo con las cadenas generalistas sobre la contraprestación.

Resulta, en fin, que, como consecuencia de los principios de neutralidad y convergencia tecnológicas, los perfiles tradicionales de la actividad de difusión televisiva tienden a diluirse, haciendo de ella sólo una forma más de transmitir contenidos audiovisuales, entre las muchas que se integran en la SI: la TDT servirá para interactuar con el organismo de radiodifusión y para acceder a IT; lo mismo que la TV por satélite, por cable o por ADSL.

La diferencia esencial entre los contenidos de la SI (IT) y los integrados en la actividad de difusión televisiva ha venido radicando tradicionalmente en que, a los primeros, se accedía previa decisión individual del internauta, que se refería al contenido que quería ver y al momento de verlo, mientras que los segundos iban insertados en una parrilla conformada por el organismo de radiodifusión.

Los avances tecnológicos y la convergencia tienden a fortalecer, mediante las guías electrónicas de programación (EPGs), la iniciativa del destinatario del contenido frente a la iniciativa editorial del emisor, con lo que esa diferencia tiende a diluirse, y a la vez la que separa conceptos como, por ejemplo, los de “internauta” y “televidente”, de lo que es sintomático el hecho de que intente acuñarse el término de “telenauta”, que pretende ser síntesis de los dos anteriores. La multiplicación de la oferta permite a los telespectadores organizar su propia parrilla, sobre todo, en el consumo de información y entretenimiento. En ese contexto, el diseño de parrillas de programación por el organismo de difusión televisiva adquirirá, tan sólo, el sentido de dar comodidad al usuario evitándole la molestia de tener que elegir entre esa “*jungla de nuevas ofertas*” a que se refieren los autores (la misma G. Aguado, *infra cit.*).

En palabras de Guadalupe Aguado (“*Retos de la televisión en Europa...*”; Op. cit.): “*La relación sencilla, directa y autónoma del telespectador con el mando a distancia ya no será posible; y sólo el acceso a uno o más programas de navegación le permitirá orientarse en la jungla de las nuevas ofertas. Ahora bien, la revolución cuantitativa tiene un reflejo directo en las modalidades de consumo, las transforma, las diversifica, da un nuevo valor al papel y al trabajo de los espectadores, les otorga, en fin, otras competencias, produciendo, como*

señala Gaetano Stucchi, un cambio profundo y cualitativo.” Se crea, de este modo, una zona de confluencia entre IT y TV. Como observa Miquel Francés, profesor de Comunicación Audiovisual de la Universidad de Valencia y coordinador del ensayo *“Hacia un nuevo modelo televisivo”* (Gedisa): *“Internet se está convirtiendo en el único gran contenedor capaz de difundir todos los medios y todos sus contenidos. Pero eso no quiere decir que la difusión clásica de los diferentes medios vaya a desaparecer, simplemente entramos en un proceso de convivencia de modelos de difusión o multidifusión mediática”*.

Son también interesantes ciertas reflexiones contenidas en artículos de prensa (El País.com – Sociedad - 02/01/2010: *“La Red desafía el reinado de la televisión”*). En él se hace referencia a como IT está haciendo nacer un nuevo modelo de telespectador. La navegación en la Red incita a un tipo de consumo multitarea, opuesto a la actitud acomodaticia del televisor. De aquí deriva que, junto al telespectador tradicional, acostumbrado a recibir los contenidos (denominado *lean back*, por la posición reclinada en el sofá), emerge el otro espectador multipantalla, habituado a buscar lo que quiere consumir (llamado *lean forward*, inclinado sobre el teclado).

No resultaría de lo anterior que vaya a extinguirse ese primer modelo de telespectador, pues la interacción pasiva con el televisor puede jugar como su gran baza la de la comodidad para ese mismo telespectador, al que se exige muy poca colaboración. Más bien, de lo que se trata es de buscar fórmulas de negocio que satisfagan a ambas clases de telespectadores. Esto motiva que la convergencia tecnológica lleve a crear televisores con acceso a IT, mediante conexiones y *software* sencillo, en el marco de un modelo de consumo audiovisual, en el que los proveedores de contenidos vuelcan su programación en la Red (precisamente, es la parte más pasiva de Internet, visionado de vídeos, por ejemplo, la que mejor puede encajar en el televisor, mientras que otras aplicaciones que requieren usar el ratón, como redes sociales o compras, es más probable que sigan en el ordenador).

En esta línea se situarían determinadas iniciativas empresariales como, p.e.:

1. *“Los grandes fabricantes de electrónica, como Sony, LG, Samsung o Toshiba, preparan televisores con conexión a la Red (Ethernet o WiFi) que permitirían acceder a Facebook con el mando a distancia o ver vídeos de YouTube y películas en streaming (sin descargarlas) en una pantalla panorámica”*.
2. *“Yahoo anunció a principios de año un programa de widgets (una especie de iconos) para permitir navegar desde el televisor. Por otro lado, las cadenas ya ofrecen la mayoría de su programación en la Red. Una de las primeras fue RTVE, que comenzó a ofrecer íntegros muchos contenidos. Le siguieron La Sexta, Antena 3 y Cuatro”*.
3. *“La BBC ha anunciado un proyecto de las principales cadenas británicas (BBC, ITV, BT y Channel 4, entre otros) para lanzar una plataforma común IPTV (protocolo de televisión por Internet) que permita el acceso a sus programas desde la Red”*.
4. *“Google se une con Intel, Sony y Logitech para desarrollar un televisor que tenga aplicaciones web. El proyecto se llamaría Google TV, aseguraron fuentes cercanas a las negociaciones. La idea es que este dispositivo tenga los chips de Intel, un teclado hecho por Logitech que funcionaría como mando a distancia y se aprovecharía la experiencia de Sony en el sector, según The New York Times. «Si tienes dos televisores con el mismo precio, uno con Google y otro sin nada, el consumidor se inclinaría por*

el primero. Google tiene hoy mucho más que jugar en el sector de televisión», asegura Sandeep Aggarwal, analista de la consultora Collins Stewart”.

Un estadio de evolución, incluso posterior con respecto al que se acaba de describir, vendría a ser el conformado por la socialización de la información derivada de la aparición de la web 2.0, que admite ser definida como una arquitectura de participación basada en el uso de *software* social donde los usuarios generan contenidos, en vez de limitarse a acceder a ellos (V. Informe de Telefónica sobre Sociedad de la Información 2005).

De lo que se viene exponiendo se desprende la dilución de mercados de que se comenzó advirtiendo en la introducción de la tesis. Esto se tradujo en problemáticas como la de si el servicio de video bajo demanda era un servicio de difusión televisiva o, en cambio, un servicio de la SI y, también, en la necesidad de revisar la Directiva sobre TV sin fronteras. En efecto, en un plano normativo, la modificación de la Directiva 89/552 operada por la Directiva Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 ya supuso, entre otras cosas, un cambio en el título de la Directiva que abandonaba la denominación de “TV sin fronteras” para adoptar la de “Servicios de Comunicación audiovisual”. Con esta reforma, los servicios de video a la carta dejaban de ser catalogables como Servicios de la Sociedad de la Información, para pasar a serlo sólo como Servicios de Comunicación audiovisual no lineal. A estas cuestiones habrá oportunidad de referirse, más en detalle, el estudiar los mercados de la difusión televisiva (TV en abierto y TV de pago).

Con la sola excepción del mercado de la transmisión de señales de TV, mercado inscrito en el segmento de las comunicaciones electrónicas objeto de las resoluciones de la CMT de 2 de febrero de 2006 y 21 de mayo de 2009, y de algún otro situado en el ámbito adyacente de la transmisión analizado, también, por la misma CMT, a diferencia de lo que ocurre en sede de comunicaciones electrónicas, donde, además de la Recomendación y Directrices de la Comisión, existe el análisis de cada ANR nacional [*Vid Supra* “Cap. I, Ap. 1) Introducción”], no existen instrumentos con vocación de generalidad que contengan una definición y análisis de mercados en los demás ámbitos: difusión televisiva y comunicación audiovisual, publicidad, Sociedad de la Información, contenidos, etc.

Así las cosas, el material a partir del cual debamos proceder a tal delimitación tendrá que ser el que conforman las resoluciones referidas a casos concretos tanto de la autoridad de la competencia europea (la DG IV de la Comisión) como de la autoridades nacionales. Como observan los autores (Pellisé Capell, J.: *“La explotación abusiva de una posición dominante”*; Barcelona, 22 de febrero de 2001, Pág. 142): *“La definición del mercado no sólo es importante para determinar la posición de dominio, sino también para valorar toda situación competitiva. Por ello, también es un paso previo necesario a la aplicación del artículo 81 TCE y a la evaluación de las operaciones de concentración económica”* (sobre definición del mercado relevante: v. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5/13 y la abundante bibliografía que la comenta, p.e., V. Baker S.; Wu L., *“Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission”*, [1998] ECLR; Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; *“El control de concentraciones en la Unión Europea”*; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 5; Págs. 115 y Ss.; Calvo Caravaca A. L.; Goñi Urriza N.: *“El control de las concentraciones de dimensión europea”*; Madrid, 1999; Universidad Carlos III-BOE, Cap. IV, Págs. 249 y Ss.).

También el TJCE señala en *Continental Can* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rep. consid. 32.) que la delimitación previa del mercado relevante es de esencial importancia “... porque las posibilidades competitivas sólo pueden ser juzgadas en relación a las particulares características de los productos, en virtud de las cuales sólo éstos son particularmente aptos para satisfacer una necesidad inelástica, siendo sólo limitadamente intercambiables con otros productos ...”.

Sin embargo, podrá ocurrir que no sea precisa la exacta definición del mercado cuando, partiendo de la más estrecha posible pueda concluirse que no habrá posición dominante, o si, tomando la más amplia de las posibles, pueda inferirse que la habrá. Es lo que hizo el Tribunal en su Resolución de 30 de septiembre de 1999, as. R 362/99, *Bacardí*, fund. 5., cuando vino a entender: “... la cuestión decisiva no es aquí resolver si el mercado relevante es el del ron o el de las bebidas alcohólicas combinables, «[sino que] incluso si el mercado relevante fuera el del ron, como quiere el denunciante y admite el Servicio, ... no constituye base suficiente para atribuir a [Bacardí] una posición de dominio”. Mayor flexibilidad, incluso, cabe observar en la práctica antitrust en UK, donde las autoridades de la competencia no se sienten formalmente obligadas a definir el mercado relevante, sino sólo la posición de dominio [V. Fishwick, Francis: “Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC”, XXXIV/3 The Antitrust Bulletin, 451, 463 y ss. (fall 1989)].

Y no sólo en el ámbito de las prácticas restrictivas, sino también en el de las concentraciones, es frecuente que las autoridades de la competencia no realicen una exacta delimitación de los contornos del mercado cuando, aun partiendo de la más estrecha definición posible, no haya motivos para concluir que la operación notificada supondrá una obstaculización significativa del juego de la competencia mediante la creación o refuerzo de una posición dominante.

Sobre la base de la delimitación de mercados en casos concretos, procederá ya el análisis de su estructura y de la evaluación del juego de la competencia en los mismos. Ahora bien, todo este esquema – reiteramos – será el que apliquemos tal cual a todos aquellos mercados que no queden inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, es decir, a los mercados inscritos dentro del segmento de la difusión televisiva, de la publicidad, de los contenidos, de la Sociedad de la Información o de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (éste último no hay que confundirlo, como veremos, con el segmento principal de las comunicaciones electrónicas).

En el caso de los mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, la Directiva Marco introdujo un control *ex ante* a verificar por cada Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR; en España la CMT), sin perjuicio de la intervención *ex post* que pudiera protagonizar cada Autoridad Nacional de Competencia (ANC; en España la Comisión Nacional de la Competencia en sede administrativa o el Juzgado o Tribunal competente en sede jurisdiccional) o la propia DG IV de la Comisión, al conocer de casos concretos. Para éstos, nos remitimos al contenido de los epígrafes que siguen dentro de este mismo apartado.

b) La particularidad de la industria de las comunicaciones electrónicas en cuanto que industria red

Dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas, pueden tener plena validez las afirmaciones de los autores conforme a las que cada vez se extiende con mayor fuerza y dinamismo la “empresa red”, entendida como una estructura organizativa específica que se construye en torno a un proyecto de negocio resultado de la cooperación entre diferentes componentes de diversas empresas (Gómez Rodríguez, M.: “*La protección de la innovación a través de la no-propiedad*” en Observatorio para la Cibersociedad: III Congreso Online; disponible en: www.cibersociedad.net/congres2006). Estos componentes empresariales operan en red durante la duración de un determinado proyecto de negocio, y reconfiguran sus redes para llevar a cabo cada proyecto. Los componentes de la red son tan autónomos como dependientes de ella; pueden ser partes de otras redes y de otros sistemas de recursos dirigidos a otros objetivos (Castells M.: “*La Galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*”, Editorial Plaza & Janes, 2001. Traducción Raúl Quintana. p.84). De este modo, la capacidad de conexión a las redes se convierte en elemento esencial y fundamental para el desarrollo de la “empresa red”.

Estas empresas red tienen como base fundamental los efectos de red o las externalidades de red, que tienen su origen en la ley Metcalfe, que toma su nombre de Robert Metcalfe, el inventor de Ethernet, según la cual el valor de una red es igual al cuadrado del número de sus usuarios. Tales efectos se producen cuando el valor de un producto para un usuario depende de cuantos usuarios de dicho producto haya. Dichos efectos o externalidades tienen un claro ejemplo en las tecnologías de las comunicaciones, que tienden a necesitar de un largo plazo para ser efectivas y, en el momento en que esto se produce, el crecimiento explota de forma instantánea (Shapiro C. y Varian H.R.: “*Information Rules: a Strategic Guide to Network Economy*”, Editorial Harvard Business School Press, Boston, 1999, p.13).

De acuerdo con la teoría económica formal de Brian Arthur (Arthur B.: “*Increasing Returns and Path Dependence in the Economy*”, Editorial University of Michigan Press, Ann Arbor, 1994), la relación entre cooperación e innovación en el contexto económico basado en el conocimiento y la información, puede analizarse como resultado de: **(a) los efectos red**: cuantos más nodos haya en una red, mayor es el beneficio de la red para cada nodo individual; **(b) la dependencia de las trayectorias (path dependency)**: una vez alcanzada una determinada innovación, las trayectorias tecnológicas tenderán a seguir el camino marcado por dicha innovación, dando una ventaja decisiva a los descubridores y a los pioneros en adoptar la innovación; **(c) los rendimientos crecientes**: en una economía basada en la innovación, los mayores gastos de inversión se circunscriben a las etapas iniciales del proceso, mientras que los costes marginales se reducen rápidamente a medida que la innovación aparece incorporada en los productos.

El hecho de que la industria de las telecomunicaciones sea una industria de red o de empresas en red, en las que una vez se ha incurrido en el coste fijo los costes incrementales para atender a un nuevo usuario tienden a reducirse, ha incidido de forma decisiva en su configuración. La existencia de esas economías de red, también llamadas “de densidad”, explica que con el *boom* tecnológico se construyeran no menos de una docena de redes troncales en USA y que la mayoría de las ciudades norteamericanas se encuentren actualmente atravesadas por cables que ofrecen una capacidad muy superior a la que pueden utilizar las ciudades, hasta el punto de que, para algunos analistas, sólo el 5 % del ancho de banda potencial en Norteamérica esté en uso (se afirma que una ciudad como Chicago, con 3

millones de habitantes, presenta capacidad para soportar 3,6 billones de llamadas de teléfono al mismo tiempo). Lo anterior motiva que entre los tratadistas de origen anglosajón se hable de la industria de las telecomunicaciones como de una “*Distressed Industry*”, en cuanto que industria que exhibe un exceso de capacidad a largo plazo y un despliegue ineficiente de los recursos productivos por los participantes en el mercado, lo que se traduce en pérdidas operativas para la mayoría de las firmas (“*The Goldilocks Standard: Getting the Antitrust Review Standard «Just Right» for the Telecommunications Industry*”; Ilene Knable Gotts & Damian G. Didden, Verano de 2004). Se ilustra lo anterior con la imagen de los participantes en el juego de la Reina Roja de Alicia en el País de las Maravillas, necesitados de correr todo lo posible sólo para permanecer de pie.

Como observan Calvo Caravaca y Goñi Urriza (“El control...”; Op. Cit.; Pág 26): “*Cuando una empresa introduce productos nuevos con relativa frecuencia puede disfrutar de un tipo importante de economía de escala asociada al desarrollo de productos: la innovación. Es decir, una empresa puede adquirir una pericia general en las importantes habilidades que se precisan para diseñar y comercializar productos nuevos en un conjunto de mercados relacionados o en la utilización de un conjunto de tecnologías relacionadas. Un fabricante de ordenadores, ad ex., puede adquirir pericia en el diseño de micro-procesadores, tecnologías de pantalla, chips de memoria, sistemas operativos, producción de ordenadores, comunicaciones de datos, creación de redes informáticas, en fin, de una serie de habilidades similares que espera poder aplicar una y otra vez a medida que continúa introduciendo nuevos productos. Las economías de escala a este nivel son tan importantes en la teoría moderna de la dirección que se ha acuñado una nueva expresión para designarlas: competencias fundamentales de la empresa. En un entorno dinámico, la capacidad de una empresa para introducir nuevos productos y para fabricarlos de manera eficiente puede ser aún más importante que las economías de escala que consigue en su actual línea de productos. En este contexto, una estrategia de desarrollo de economías de escala se traduce en el desarrollo de las competencias fundamentales de la empresa*”.

Las economías de escala, las de gama y estas competencias fundamentales de la empresa no juegan de modo aislado. Así, si tomamos, para adaptarlo, el ejemplo traído a colación por los citados autores, tendríamos que el crecimiento de *Casio* permitió a esta empresa obtener importantes economías de escala en la producción de pantallas de LCD y de calculadoras (economías de escala); esto último hizo más rentable la entrada de dicha empresa en el mercado de los relojes digitales que, igualmente, llevaban incorporadas ese tipo de pantallas (economías de gama); finalmente, esta última circunstancia condujo a que la misma *Casio* fuera obteniendo pericia en la innovación y en la introducción de nuevos productos (competencias fundamentales de la empresa).

Joseph Schumpeter mantuvo en Capitalismo, Socialismo y Democracia que la competencia en la innovación motiva la economía más que la competencia en los precios. En las industrias de red, la economía es más schumpeteriana que neoclásica, y en ellas el cambio tecnológico es especialmente significativo. Lo anterior lo explican los tratadistas sobre la base de razonamientos como los siguientes [Margaret Sanderson & Michael Trebilcock, “*Merger Review in Regulated Industries*” (3-4 Competition Law Roundtable, Univ. of Toronto Law and Economics Programme, Feb. 27, 2004)]. En las industrias de red existe una única red (o un número muy reducido de ellas). La presión competitiva sobre la red dominante, más que de los operadores interconectados a esa red, y que se basan en su misma tecnología, procederá de otras redes basadas en tecnologías alternativas. O, puesto en otros términos, la

competencia intertecnologías (“interredes”) será mucho más decisiva que la competencia intratecnología (“intrared”).

Constantemente vemos en prensa más o menos especializada noticias sobre revoluciones en estos mercados a consecuencia de nuevos descubrimientos tecnológicos. A título de ejemplo: investigadores de la Universidad de Tokio buscaban utilizar la luz visible artificial como nuevo medio de transmisión de información y datos, incluidos los multimedia. Se trataría de un desarrollo de tecnologías como la que sirve para el cambio de canal del televisor a través de infrarrojos desde un mando a distancia. La base sería la de hacer parpadear una fuente de luz a través de un diodo, con arreglo a una determinada frecuencia en función de la información a transmitir, de modo que la información pudiera ser descodificada a través de un programa informático instalado en un terminal. Esta tecnología permitiría sortear las barreras de entrada derivadas de la necesidad de disponer de frecuencias, al no ser necesario el uso del espectro, y, del mismo modo, otras barreras normativas emanadas de las normas dirigidas a la protección de la salud de las personas frente a la exposición a campos electromagnéticos, pues, a diferencia de Wi-fi o WiMAX, que recurren a microondas, no supondría ningún riesgo para la salud.

También la edición digital de *Cinco Días* (7 de abril de 2008), haciéndose eco de una información facilitada por la revista *Times*, daba cuenta de la existencia de investigaciones que buscaban aplicar aceleradores de partículas para intentar multiplicar hasta 10.000 veces la velocidad de la transmisión de datos a través de Internet, lo que permitiría reducir a segundos el tiempo de descarga de una película a través de la red.

En su momento, ese factor de innovación vino del descubrimiento de la fibra óptica. *Corning Glass Works* era una sociedad estadounidense inscrita en Nueva York con muchas filiales en la CEE y en el resto del mundo. El grupo *Corning* tenía intereses en el desarrollo, fabricación y venta de diversos productos, principalmente productos de vidrio y de cerámica. En 1970, *Corning* realizó un invento importante mediante el desarrollo de fibras ópticas que podrían utilizarse para objetivos de comunicación. Las fibras ópticas son hoy un sustituto de las transmisiones por microondas y vía satélite, y para los cables coaxiales y los hilos de cobre tradicionales en el campo de las comunicaciones; a estos últimos es probable que terminen por sustituirlos por sus ventajas tecnológicas: un más alto volumen de transmisiones, menos repetidores para impulsar las señales a través de largas distancias e inmunidad a la interferencia electromagnética. Su principal aplicación se da en las comunicaciones por teléfono. La televisión por cable y otras transmisiones de banda ancha constituyen otras importantes aplicaciones de las fibras ópticas. La tecnología de fibras ópticas se desarrolla rápidamente y se espera que aumente enormemente el uso de fibras ópticas a medida que bajen sus precios y crezca el volumen de comunicaciones (sobre un caso sobre acuerdos sobre empresas comunes y acuerdos conexos sobre licencia de patente relativos principalmente a la fabricación y venta de fibras ópticas y cables ópticos entre el Grupo *Corning* y varias empresas europeas, puede consultarse la decisión de la Comisión de 14 de julio de 1986 relativa a un procedimiento del Art. 85 del Tratado CEE; asunto IV/30 320 - fibras ópticas; Diario Oficial n° L 236 de 22/08/1986 p. 0030 – 0044; en esta Decisión la Comisión concedió la exención atendiendo a la existencia de un importante componente de innovación tecnológica del que resultaría a la larga un importante provecho para los consumidores).

b) Identificación de mercados de comunicaciones electrónicas relacionados con la televisión

i) La incidencia de la particularidad de industria red del sector de las comunicaciones electrónicas en la identificación del mercado relevante

El carácter “*distressed*” de la industria de las comunicaciones electrónicas derivado de la existencia de economías de red, como hemos descrito, lleva a los tratadistas estadounidenses a plantearse el abordar los procesos de concentración dentro de la misma, una de dos, o prescindiendo de los parámetros genéricos fijados en las “*Merger Guidelines*” de la *Federal Trade Commission* o modulándolos [v. *Federal Trade Commission - US Department of Justice* (1992), *Horizontal Merger Guidelines*, disponible en <http://www.ftc.gov/>].

En cuanto a la primera opción, se cita, a estos efectos, el ejemplo de otros países en los que se relajó la aplicación de los estándares incluidos en la legislación antitrust cuando ello, aún perjudicando la competencia en el corto plazo, pudiera ser beneficioso para el desenvolvimiento de la misma a la larga. En Japón, la crisis del petróleo condujo a la bajada de la demanda en la construcción de buques. El gobierno Japonés cooperó con las empresas que aun persistían en la industria, y se llegó a un acuerdo, que podía ser catalogado como de cartel patrocinado por el Gobierno, en virtud del cual las industrias redujeron su capacidad en un 35 %. De seguir la competencia su ritmo, se habría producido una sobrecapacidad, que habría terminado por bloquear la industria naviera japonesa. Esa limitación de la capacidad de producción permitió a las empresas diversificar para dedicar sus instalaciones a otros usos industriales (Edward Boyer, “*How Japan Manages declining industries*”, *Fortune*, Jan. 10, 1983, at 58.).

En cuanto a la segunda opción, se propone para las industrias “*distressed*” modular los parámetros de las “*Merger Guidelines*” en diversos ámbitos, uno de ellos, precisamente, el de la identificación del mercado relevante de que ahora nos ocuparemos. En este sentido, se afirma que la aplicación de los estrictos criterios de las “*Merger Guidelines*” lleva a una delimitación demasiado restringida del mismo dentro del sector de las telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas. Al tratarse de mercados en los que la competencia juega más por la vía de la innovación que por la de los precios, la rigurosa aplicación de la prueba del monopolista hipotético tiende a dejar fuera del mercado a los oferentes potenciales de productos innovadores, que puedan llegar a ser sustitutivos de los actualmente existentes como consecuencia de los cambios tecnológicos.

La idea es la de que la convergencia tecnológica llevará también a una convergencia de los mercados y a la necesidad de ensanchar la definición de los mismos. De lo contrario, se corre el riesgo de restringir demasiado el ámbito del mercado, con la consecuencia de magnificar el poder de mercado dentro del mismo de los operadores implicados en el proceso de concentración y, a la postre, de vetar operaciones que, en principio, debieran ser autorizadas. El efecto red, al que se comenzó haciendo referencia, propicia que un producto, hasta el momento de erigirse en alternativa o sustitutivo frente a los actualmente existentes por la vía del cambio tecnológico, pueda actuar como complementario de estos últimos gracias a la interconexión a la red existente (p.e., las redes de satélite no ofrecen, hoy por hoy, la bidireccionalidad que ofrece la red telefónica pública conmutada, ni tampoco ésta la

cobertura de aquellas, todo lo que podría motivar que ambas pudieran dar lugar a diferentes mercados de producto, por no ser plenamente sustitutivas entre sí, pero, hasta el momento en que los cambios tecnológicos lleguen a diluir esas diferencias, será posible la interconexión de ambas redes a fin de salvar las deficiencias de cada una de ellas).

Dentro de los mercados norteamericanos no faltan ejemplos de una delimitación tal vez demasiado estrecha de mercados dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas y de las telecomunicaciones como consecuencia de la estricta aplicación de los criterios de las “*Merger Guidelines*”. Se cita el retraso de más de diez años de la autoridad de la competencia estadounidense en la inclusión en un mismo mercado de los servicios de TV por cable y satélite [*Complaint, Cablevision Systems Corp., C-3804 (FTC filed) (Apr. 27 1998); Complaint, United States v. Primestar, Inc., No. 1:98CV01193 (D.D.C. filed) (May 12, 1998)*]. También, el mantenimiento de la definición del mercado de la provisión de servicios de banda ancha por cable, cuando era palmario que la inmensa mayoría de los consumidores accedían a IT aún a través de *dial up acces* o por marcación, y que otras plataformas, como las de satélite, las inalámbricas o el DSL, eran medios alternativos para el suministro de contenidos de banda ancha [(Asunto *AT&T/Media One (Atended Complaint ¶ 13, United States v. AT&T Corp., No. 1:00CV01176 (RCL) (D.D.C. filed) (May 26, 2000)*)].

Estas limitaciones inducen a los autores a propugnar una política más indulgente en el caso de concentraciones dentro de industrias de red que, precisamente como consecuencia de esas externalidades de red, han devenido “*distressed*” – es difícil dar en castellano con un término que recoja los matices del término anglosajón: industria desaprovechada, desinflada, flácida, o simplemente en dificultades, etc. -, de modo que en la definición del mercado tiendan a considerarse no sólo los sustitutivos actuales, sino además los que puedan llegar a serlo dentro de un horizonte temporal considerado pertinente [Malcolm B. Coate & Andrew N. Klett, “*Antitrust Policy for Declining Industries*”, FTC Working Paper No. 175, 2 (Oct. 1989)]. Se trata, en fin, de ensanchar los límites del mercado hasta el máximo considerando sustitutivos potenciales y no sólo actuales.

Como inmediatamente pasaremos a ver, en lo que se refiere a la regulación *ex ante* en Europa de los mercados de las comunicaciones electrónicas, también se perciben estas especialidades en ciertos aspectos como, por ejemplo, el de que a la hora de identificar los mercados que deban ser objeto de esa regulación se recurra a una visión prospectiva que permita tomar en cuenta sólo aquellos mercados en los que las barreras de entrada vayan a permanecer durante un horizonte temporal considerado pertinente o, puesto en otras palabras, en los que las barreras de entrada no puedan llegar a ser superadas por la vía de la innovación en el corto plazo.

En este sentido también, la nota al pie núm. 63 de Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Texto pertinente a efectos del EEE - *Diario Oficial* n° C 165 de 11/07/2002 p. 0006 – 003): “*Para evaluar las condiciones de competencia en la red en el mercado irlandés que surgiría tras la liberalización completa, la Comisión también se basó en la existencia de lo que, en aquel momento, se percibieron como posibles suministradores de infraestructura alternativa, a saber, las redes de la televisión por cable y de electricidad, Telecom Eireann, loc. cit., considerando 30. La Comisión dejó abierta la cuestión de si el suministro de capacidad de transmisión mediante una infraestructura de red submarina constituye un mercado distinto*

del de las redes de transmisiones terrenales o satelitales; asunto COMP/M.1926 - Telefónica/Tyco/JV, considerando 8”.

ii) La sistemática de la Directiva Marco (2002/21/CE): la definición de mercados de producto a escala nacional para la imposición de obligaciones *ex ante* a los operadores con poder significativo de mercado

La sistemática del Art. 15 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), era la de imponer a la Comisión una definición de mercados pertinentes, dentro del sector de las comunicaciones electrónicas de ámbito no superior al nacional, mediante la aprobación de un instrumento que debía adoptar la forma de recomendación.

Frente a este planteamiento apriorístico de la Directiva Marco, era aún *a posteriori* el de las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02), que formalmente no han sido derogadas ni sustituidas. Así, en el considerando 25 de estas Directrices se hacía referencia a que: *“Para determinar los efectos de un acuerdo sobre la competencia (artículo 85), y la posible existencia de una posición dominante en el mercado (artículo 86), es necesario definir el mercado considerado, el mercado de productos o de servicios y el mercado geográfico, dentro del campo de las telecomunicaciones”.*

Si bien, en línea con lo dispuesto con las nuevas Directrices, a las que nos referiremos, se preveía que *“dado que la tecnología progresa a pasos acelerados, la definición del mercado considerado ha de ser dinámica y variable”.* Es decir, que aún no habiéndose dado el paso de definir el mercado incluso antes de que llegara a plantearse la práctica restrictiva, como ocurre actualmente, sí, al menos, se reconocía que la definición *ex post* debía ser rápida y adaptada a las circunstancias.

En la sistemática de la Directiva Marco, se trataba, no de hacer una delimitación exhaustiva de mercados, sino sólo de la de aquellos cuyo análisis y evaluación pudieran justificar la imposición de obligaciones a los operadores (regulación *ex ante*) con un peso o poder significativo (PSM) dentro de los mismos (normalmente el operador histórico; en España *Telefónica*), con arreglo a las directivas específicas llamadas a complementar la Directiva Marco. Esa definición, evaluación e imposición de obligaciones *a priori* no debían ir en detrimento de las que *a posteriori* pudieran acordar las autoridades de la competencia, nacionales o europea, al enfrentarse a casos concretos de concentración o de restricciones de la competencia (colusión o abuso de posición dominante).

El concepto de PSM coincidía con el de posición dominante definido en la jurisprudencia del TJUE y del TPIUE, considerándose (Art. 14 de la Directiva Marco) que una empresa *“tenía peso significativo en el mercado si, individual o conjuntamente con otras, disfrutaba de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permitía que su comportamiento fuera, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores”.* Esta definición, ya clásica, era la contenida en la sentencia *Hoffmann-La Roche c. Comisión*. En la misma sentencia se matizaba que *“Tal posición a diferencia de lo que ocurre en una situación de*

monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la existencia de cierta competencia pero permite a la empresa que la ocupa, si no determinar, al menos influenciar de forma considerable las condiciones en las que la competencia va a desarrollarse y, en cualquier caso, comportarse sin tener que tomarla en consideración y sin que esta actitud le sea perjudicial” (STJCE en *Hoffmann-La Roche* c. Comisión, de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, p. 211). Más vaga resultaba, en cambio, la definición de la posición dominante dada en la STJCE en *Michelin* c. Comisión, de 9 de noviembre de 1983, *CMLR*, 1/1985, p. 282, como: «[...] posición poco vulnerable a la competencia».

Con la imposición de obligaciones específicas *ex ante* a las empresas con PSM lo que se buscaba era evitar que las mismas se prevalieran de su posición en el mercado para restringir o falsear la competencia. Si nos atenemos al Anexo I de la Directiva Marco, esas obligaciones *ex ante* o remedios se relacionaban, en los mercados mayoristas (entre operadores), con el acceso y la interconexión entre redes de comunicaciones electrónicas objeto de la Directiva Acceso (2002/19/CE) - de la que constituía una especial manifestación la oferta de bucle local desglosado a que se refiere el Reglamento LLU (2887/2000/CE) – y, en los mercados minoristas (entre operador y usuario final), con el servicio universal regulado en la Directiva del mismo nombre (2002/22/CEE).

Entre los mercados relacionados con la Directiva Acceso, se incluían varias áreas dentro del sector de las telecomunicaciones relacionadas con el anterior marco regulador de 1998, y sujetas a obligaciones *ex ante* conforme a ese mismo marco, que se quería fueran objeto de revisión por la Comisión en la recomendación. Esa recomendación debía, por otra parte, completarse con unas directrices de la Comisión que darían a las autoridades nacionales de reglamentación (ANRs) - en España, la CMT - las pautas necesarias para proceder a la definición, análisis y evaluación de los mercados a escala nacional [*Vid Supra* Cáp. I, Ap. 2. § a.iii “El contexto de convergencia tecnológica”].

Respecto de posibles mercados de dimensión geográfica transnacional, su delimitación (Art. 15.4 de la Directiva Marco) habría de hacerla la Comisión, previa consulta a las autoridades nacionales de reglamentación, mediante decisión adoptada por el procedimiento específico previsto en el Art. 22.3, el cual se remitía a la Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 (1999/468/CE) relativa a los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión DO L 184 de 17.7.1999, p. 23/26.

iii) El desarrollo de la Directiva Marco (2002/21/CE) a través de la Recomendación de la Comisión (versiones de 11 de febrero de 2003 y de 17 de diciembre de 2007)

El mandato incorporado al Art. 15 de la Directiva Marco a que acabamos de referirnos en el epígrafe anterior vino a ser cumplimentado, en un primer momento, por la Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que podían ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Diario Oficial nº L 114 de 08/05/2003 p. 0045 – 0049).

La Recomendación de 11 de febrero de 2003 fue sustituida por la Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y

servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que podían ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 344 de 28.12.2007, p. 65/69).

En ambas recomendaciones o, si se quiere, en ambas versiones de la Recomendación, para la definición a escala nacional de los mercados integrados en el segmento de las comunicaciones electrónicas, en los que, por existir un operador con poder significativo de mercado, se hacía necesaria la imposición de obligaciones específicas, se proponían tres criterios, que debían darse de forma cumulativa (no bastaba con que se dieran dos), a saber:

- a) **La existencia de barreras de entrada de naturaleza no transitoria ya de carácter estructural ya normativo.** Los obstáculos – léase barreras de entrada - estructurales o económicos se relacionaban con el desequilibrio entre la posición de los operadores históricos y los nuevos entrantes, por la existencia de unos importantes costes hundidos asociados a la existencia de unas, también importantes, economías de escala o de alcance. En el sector de las comunicaciones electrónicas estas barreras de entrada se localizaban, sobre todo, en el segmento del bucle local. En cuanto a las barreras normativas, de las mismas podían constituir ejemplo las limitaciones de uso del espectro o las relacionadas con el control de precios [puede recordarse el caso citado más arriba del *price cap* en España – *Vid Supra* Cáp. I, Ap. 3, § c) iv) (3) (d) “Evolución del segmento del bucle local en España”, Pág. 129].

O como dice la Comisión (nota al pie n.º 85 de las Directrices que serán objeto de estudio en el siguiente epígrafe): “*Uno de los tipos de barreras que dificultan las entradas más importantes son los costes hundidos. Este tipo de costes son de particular importancia en el caso del sector de las comunicaciones electrónicas dadas las grandes inversiones necesarias para crear, por ejemplo, una red de comunicaciones electrónicas eficiente para la prestación de servicios de acceso: si un nuevo operador decide abandonar el mercado, es probable que pueda recuperar muy poco. Las barreras se ven acentuadas por las economías de alcance y densidad que suelen caracterizar tales redes. Así, una red grande tendrá normalmente menos costes que una red pequeña, por lo cual un operador que se incorpore al mercado y quiera hacerse con una cuota importante del mismo y poder competir tendrá que fijar precios por debajo de los del operador histórico, por lo que no resultará fácil recuperar los costes hundidos*”.

- b) **El criterio del horizonte temporal pertinente.** En los mercados de las comunicaciones electrónicas la competencia potencial – una de las tres presiones competitivas que condicionan el comportamiento de un proveedor en el mercado, junto con la sustituibilidad de la oferta y la de la demanda – pasa por el desarrollo de innovaciones tecnológicas, que puedan llegar a permitir a los competidores sortear las barreras de entrada existentes, innovaciones que pueden, por otro lado, determinar que empresas, que hasta cierto momento competían en mercados diferentes, pasen a hacerlo en el mismo (Vg. las de IT y TV). Dado el carácter dinámico de los mercados de las comunicaciones electrónicas, puesto de manifiesto en lo anterior, el segundo criterio debía permitir seleccionar, de los mercados con barreras de entrada, sólo aquellos en los que no pudiera darse una efectiva competencia dentro de un horizonte temporal considerado pertinente.

- c) **La aplicación de la normativa de la competencia.** La aplicación de este tercer criterio determinaba que, de los mercados con barreras de entrada no transitorias, económicas o normativas, que fueran a persistir a lo largo del horizonte temporal considerado pertinente, cupiera tomar sólo aquellos en los que la aplicación de la legislación sobre libre competencia no permitiera subsanar las restricciones a la libre concurrencia de operadores.

Las recomendaciones admitían que, atendiendo a la variedad de topologías y tecnologías de red existentes en los diferentes Estados de la UE, las autoridades nacionales de reglamentación (ANRs) pudieran llegar a la identificación de mercados de producto diferentes a los enumerados en las mismas, pero siempre con respeto a unos requisitos procedimentales y de fondo.

Los procedimentales se vinculaban a la notificación del proyecto de medida a la Comisión y a otras ANRs y, eventualmente, a la retirada del mismo proyecto que la propia Comisión pudiera acordar ex Art. 7 de la Directiva Marco, cuando existieran riesgos de obstaculización del mercado interior o de incompatibilidad con el derecho comunitario.

Los de fondo eran tres: **(1.º)** la definición del mercado debía ajustarse a la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria de competencia (*Vid Supra*); **(2.º)** ser coherente con las Directrices (*Vid Infra*); **(3.º)** satisfacer los tres criterios recogidos por la propia Recomendación ya estudiados en este mismo epígrafe (barreras de entrada no transitorias; horizonte temporal pertinente; imposible subsanación mediante la aplicación del Derecho de la Competencia).

Aparte de la flexibilidad derivada de la posibilidad de que las Autoridades Nacionales de Reglamentación pudieran llegar a definir mercados de producto diferentes de los enumerados en los anexos de las recomendaciones, mayor flexibilidad, si cabe, resultaría de ciertas previsiones incluidas en la Recomendación de 2007, a saber: **(i)** la posibilidad de que, sobre la base de los tres criterios básicos – barreras de entrada, horizonte temporal pertinente e insuficiencia de la normativa sobre competencia – las Autoridades Nacionales de Reglamentación pudieran decidir la definición y evaluación, para la imposición de obligaciones *ex ante*, en relación con alguno de los mercados incluidos en el Anexo de la Recomendación de 2003, aun cuando no estuvieran incorporados al Anexo de la Recomendación de 2007; **(ii)** respecto a los mercados enumerados en el Anexo de la Recomendación de 2007, la posibilidad de que la Autoridad Nacional de Reglamentación decidiera no llevar a cabo un procedimiento de análisis del mercado, si llegara a la conclusión de que un mercado determinado de dicho Anexo no satisfacía los tres criterios básicos que se vienen reiterando.

Finalmente, cabía la posibilidad, admitida tanto en la Recomendación de 2003 como en la de 2007, de que en alguno de los mercados definidos no resultara procedente la imposición de obligaciones específicas o regulación *ex ante*, dada la existencia de competencia efectiva. Esta cuestión, sin embargo, más que a las tareas de identificación del mercado relevante, de que ahora nos ocupamos, afectaría más bien a su análisis y a la evaluación del juego de la competencia en el mismo.

iv) El desarrollo de la Directiva Marco (2002/21/CE) a través de las Directrices de la Comisión de 11 de julio de 2002

Para la definición de los mercados adscritos al segmento de las comunicaciones electrónicas sometidos a regulación *ex ante*, las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs), además de los criterios de la Recomendación, habían de tener presentes los recogidos en Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Diario Oficial n° C 165 de 11/07/2002).

Entre las directrices, se distinguían las que iban referidas a la definición de los mercados de las que se centraban en el análisis y evaluación del juego de la competencia en los mismos. Dada la sistemática que nos hemos propuesto, empezaremos por centrarnos en las primeras. En punto a la definición de mercados, las Directrices comenzaban por remitirse a las tres presiones competitivas a considerar en la definición del mercado según la Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997 (*Supra*), a saber, sustituibilidad de la demanda así como de la oferta y capacidad potencial.

En lo que se refiere a la **sustituibilidad de la demanda**, es sabido que de lo que se trata es de determinar si, ante un incremento reducido pero significativo y no transitorio de precios (IRSNTIP; *Small but Significant and Non Transitory Increase of Price* o SSNTIP en inglés), cifrado en el 5 % del precio, los demandantes del producto o servicio A pasarán a adquirir el B, porque, siendo así, A y B pertenecerán al mismo mercado de producto.

La aplicación del test del monopolio hipotético en el campo de las comunicaciones electrónicas, vendría a coincidir en lo sustancial con la prevista en dicha Comunicación de 1997; o en palabras de la Comisión: *“Como punto de partida, la ANR debería aplicar esta prueba, en primer lugar, a un servicio o producto de comunicaciones electrónicas ofrecido en una zona geográfica determinada, cuyas características puedan justificar la imposición de obligaciones reglamentarias y, acto seguido, añadir otros productos o zonas en función de que la competencia de estos productos o zonas condicione el precio del producto o servicio principal en cuestión. Dado que es probable que un incremento relativo del precio de una serie de productos ocasione la pérdida de algunas ventas, lo fundamental es determinar si dicha pérdida sería suficiente para compensar el mayor beneficio que se obtendría de las ventas efectuadas tras el incremento del precio. **Evaluar la intercambiabilidad desde los puntos de vista de la oferta y de la demanda constituye una manera de medir las ventas que probablemente se perderían y, en consecuencia, de determinar el alcance del mercado pertinente**”*.

En cuanto al precio de partida, para aplicar la prueba del monopolio hipotético, se encarga de matizar la Comisión en nota al pie n.º 29 de las Directrices: *“En el contexto de la definición de un mercado con arreglo al artículo 82 del Tratado CE, una autoridad de competencia o un tribunal calcularía el «precio de partida» para la aplicación del SSNIP sobre la base del precio aplicado por el supuesto monopolista. Análogamente, en una evaluación prospectiva de los efectos sobre la competencia que pudiera tener una concentración, el precio de partida se basaría en los precios prevalentes de las partes que van a concentrarse. No obstante, cuando una ANR efectúa un análisis del mercado a efectos de la aplicación del artículo 14 de la Directiva marco, es posible que el servicio o producto de que se trate sea ofrecido por varias empresas. En ese caso, el precio de partida debería ser el “precio promedio” del sector”*.

Por otra parte, habría supuestos en los que la aplicación de la prueba del monopolio hipotético podría tener una utilidad limitada, como cuando los precios estuvieran regulados [Vg., para garantizar la prestación del servicio universal a los usuarios (cuando la regulación es, en cambio, para orientarlos a costes la Comisión si considera dichos precios competitivos)] o cuando existieran costes adicionales o engorros asociados al cambio de proveedor (Vg., la necesidad de instalar una parabólica para cambiar al operador de satélite) o, en general, cuando no fueran precios competitivos, en el sentido de precios fijados en condiciones de libre competencia (Vg., por responder al ejercicio de su poder de mercado por parte de un operador dominante; supuesto conocido como de la “falacia del celofán”).

Respecto a esta última figura, mencionada expresamente en las Directrices, la denominada “*falacia del celofán*” tiene lugar cuando la elevación de precios por parte del monopolista hipotético es tal que los consumidores se hallan dispuestos a cambiar de producto (p.e., si ante una subida abusiva del precio del caviar – hueva de esturión-, los consumidores habituales de esta clase de producto se hallaran dispuestos a adquirir sucedáneo del mismo – p.e., hueva de lumpo; siendo claro que caviar y sucedáneo no forman parte del mismo mercado de producto). Lo explican también Jiménez Latorre, F.; Cañizares Pacheco, E. (“*Dificultades para la definición...*”; Op. Cit.; V. también núm 42 y nota al pie n.º 31 de las Directrices): “***La falacia del celofán.*** En el contexto de la definición de mercado en casos de abuso de posición de dominio, la literatura previene de lo que se conoce como el problema de la falacia del celofán (denominación acuñada en la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *U.S. v. E.I. Du Pont de Nemours and Co.*, donde el Departamento de Justicia sostenía que la empresa Du Pont gozaba de poder de mercado en el suministro de celofán). Las empresas que gozan de poder de mercado elevan sus precios hasta el nivel donde ulteriores incrementos en precios no resultan rentables. Este nivel puede ser tal que, en respuesta a un incremento en precios, el consumidor esté dispuesto a redirigir su consumo hacia productos que no consideraría como sustitutivos en caso de que los precios se situasen en el nivel competitivo. De esta forma, una aplicación rigurosa del test del monopolista hipotético llevaría a una definición de mercado excesivamente amplia que diluiría de forma artificial el poder de mercado que en realidad posee (y ejerce) el operador objeto de investigación”.

Además, el énfasis que la prueba del monopolio hipotético pone en el factor del precio puede hacer de ella una herramienta no adecuada en industrias como las de alta tecnología, en general, y las de las comunicaciones electrónicas, en particular, donde la competencia se funda en variables más alejadas de ese factor del precio y más próximas a la innovación [para un análisis de las limitaciones del test del monopolista hipotético a la hora de definir mercados en industrias de alta tecnología: Pleatsikas, C. y Teece, D.; “*The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, (2001) Págs. 671-672].

Atendiendo a razones como las expuestas, podrá llegar a estar justificado primar en la definición del mercado pertinentes factores diferentes al del precio y, en especial, relacionados con sus características objetivas y su uso previsto. Aún cuando entre estos dos factores exista una indudable interrelación, la Comisión advierte: “*Aunque el uso final de un producto o servicio está íntimamente ligado a sus características físicas, pueden utilizarse diversos tipos de productos o servicios para un mismo fin. Por ejemplo, los consumidores pueden utilizar servicios distintos, tales como conexiones por cable y por satélite, para el mismo fin, a saber, acceder a Internet. En tal caso, ambos servicios (servicios de acceso por*

cable y por satélite) pueden quedar incluidos en el mismo mercado de productos. A la inversa, puede concluirse que los servicios de radiobúsqueda y los de telefonía móvil, que en apariencia ofrecen el mismo servicio (esto es, despachar en los dos sentidos mensajes breves), pertenecen a mercados de productos diferentes por la distinta percepción que de su funcionalidad y su uso final tienen los consumidores. [...] Además, la intercambiabilidad de productos entre diferentes servicios de comunicaciones electrónicas será cada vez mayor gracias a la convergencia de las distintas tecnologías. El uso de sistemas digitales conduce a una semejanza creciente en el rendimiento y las características de los servicios de red que utilizan tecnologías diferentes”.

En relación con la sustituibilidad de la demanda también menciona la Comisión el fenómeno de la sustitución en cadena. Con relación a la definición del mercado de producto, se da cuando los productos A y C no son sustitutivos entre sí, pero un tercer producto B resulta ser intercambiable tanto con A como con C. En tal caso, A y C pueden llegar a formar parte del mismo mercado de producto, al estar los precios de ambos condicionados por la intercambiabilidad que ofrece B. Se trata de la denominada sustitución funcional. Aún sin ser objeto de una declaración expresa, esta sustitución funcional fue tomada en cuenta en *Hoffmann La Roche (1979)*. Los mercados de las vitaminas C y E para usos bionutritivos constituían cada uno de ellos un mercado separado, pues satisfacían usos que la otra vitamina no podía atender. Sin embargo, había un mercado común y más amplio y competitivo, como era el mercado de las vitaminas para usos industriales como antioxidantes, donde las vitaminas E y C tenían sustitutos próximos.

La **sustitución de la oferta** se refiere al hecho de que, ante un IRSNTP del producto o servicio A, los suministradores del producto o servicio B puedan en un corto intervalo de tiempo y sin grandes obstáculos económicos o jurídicos, pasar a suministrar el producto o servicio A. En tal caso, A y B formarán, nuevamente, parte del mismo mercado de producto.

La **competencia potencial** es una presión competitiva menos inmediata que la sustitución de la oferta, y se relaciona con la existencia o no de barreras de entrada que impidan o dificulten el acceso de otros competidores al mercado.

En cuanto a la sustitución de la oferta y la competencia potencial, debe tenerse en cuenta que, en mercados caracterizados por la innovación, tienden a diluirse las diferencias entre ambas figuras, o como expresa la Comisión en las Directrices: *“La distinción entre la intercambiabilidad desde el punto de vista de la oferta y la competencia potencial puede resultar más difícil en los mercados de comunicaciones electrónicas que en otros por el dinamismo que les caracteriza. Lo importante, sin embargo, es que se tenga en cuenta la entrada potencial de otros proveedores en alguna fase del análisis del mercado pertinente, sea en la fase inicial de definición del mercado, sea en la fase posterior de evaluación del poder de mercado (PSM)”*.

Para complementar todos estos criterios de individualización del mercado relevante, comunes a todos los mercados, como ya vimos, la Comisión se remitía a su práctica anterior de la que resultaban otros criterios aplicables para la separación de mercados diferentes, a saber:

- a) **Separación entre mercados minoristas y mayoristas**. Debía comenzar por distinguirse los mercados de producto mayoristas de los minoristas. Los mercados minoristas estaban centrados en el suministro del producto o servicio a clientes finales, ya fueran

particulares o empresas. Los mercados mayoristas iban referidos, en cambio, a ese mismo suministro a otras empresas que podían entrar en competencia con el proveedor en el tramo minorista. La delimitación de mercados minoristas debía preceder a la de los mayoristas, por ser aquellos los que daban las pautas necesarias para la definición de los segundos (consideraciones estas que, como veremos, se reiteraban en la Recomendación).

- b) **Separación entre mercados de prestación de servicios y mercados de acceso a infraestructuras**. La clasificación anterior debía ser conjugada con otra: la basada en diferenciar los mercados de servicios prestados a usuarios finales de los mercados de acceso a los recursos e infraestructuras subyacentes necesarios para la prestación de dichos servicios. Los primeros eran, por definición, mercados minoristas, mientras que los segundos podían ser tanto al por menor como mayoristas. Cuando los mercados de acceso a infraestructuras eran al por menor, tendían a confundirse con el propio mercado de servicio prestado al usuario final (Vg., el servicio de IT al usuario final tendía a absorber al de acceso de ese mismo usuario final al bucle local a través del que recibir IT).
- c) **Separación entre mercados de clientes residenciales y mercados de clientes empresariales**. En el caso de los mercados de servicios prestados a usuarios finales éstos podían ser clientes residenciales o empresariales y, respecto de estos últimos, admitía la Comisión que, a su vez, pudieran segmentarse en clientes profesionales y PYMES, por un lado, y grandes empresas, por otro. En cuanto a los mercados de acceso a los recursos e infraestructuras subyacentes, la praxis de la Comisión era la de considerar comprendidas dentro de un mismo mercado de producto todas aquellas redes que fueran aptas para satisfacer las necesidades o demandas del cliente del proveedor, por considerarlas dicho cliente sustitutivas (sustituibilidad de la demanda). Ahora bien, se imponía distinguir según que dicho cliente fuera minorista o mayorista, puesto que las necesidades o demandas en uno y otro caso no eran las mismas. De tratarse de clientes minoristas, su clasificación debía corresponderse con la mencionada al comienzo de este mismo párrafo con relación a los mercados de servicios prestados a usuarios finales, es decir: clientes residenciales frente a empresariales y, dentro de estos últimos, grandes empresas frente a clientes profesionales y PYMES.

También conforme a la Comunicación de la Comisión sobre definición del mercado de referencia de 1997, la posibilidad de aplicar precios diferentes a distintas categorías dentro de un colectivo de clientes podría dar lugar a la existencia de mercados de producto más reducidos, lo que, generalmente, ocurriría cuando se cumplieran dos condiciones: (i) que fuera posible identificar claramente a qué grupo pertenecía un cliente determinado en el momento de vendersele el producto considerado, y (ii) que no fueran realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje – más bien mediación - por parte de terceros (por ejemplo, podía distinguirse entre el mercado residencial y el no residencial, lo que se daría más en los mercados inscritos en el segmento de las comunicaciones electrónicas que en los de la difusión televisiva, al referirse casi siempre estos últimos a necesidades más bien relacionadas con el ocio en los hogares).

En cuanto al mercado geográfico de referencia, la Comisión, en las Directrices, se remitía a sus dos criterios tradicionales para precisar el alcance geográfico - paneuropeo, nacional, regional o local - del mercado pertinente dentro de los de las comunicaciones electrónicas:

(a) la cobertura de red (en la práctica, donde el operador estaba autorizado a operar) y (b) la existencia de instrumentos normativos específicos.

También aquí podría funcionar el criterio de la sustitución en cadena, de un modo parecido a como lo hacía en relación con la definición del mercado de producto. Así, la sustitución en cadena se daría cuando, no siendo indiferente para el cliente adquirir el producto en la zona A o en la C, sin embargo si lo fuera para él – tanto respecto de A como de C – el adquirirlo en la zona B, caso en el que A y C, por los mismos motivos antes expresados, podrían formar parte de un mismo mercado geográfico. Como veremos en otras partes de la tesis, este criterio de la sustitución en cadena ha permitido también a la CMT española, aplicando los criterios de la Comisión, ampliar hasta la dimensión nacional ciertos mercados de comunicaciones electrónicas.

Por lo general, la dimensión geográfica correspondiente a los mercados de las comunicaciones electrónicas sigue siendo la nacional. Pese a su antigüedad, pueden tenerse por ilustrativas las consideraciones (considerandos 31 y 32) de las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02 - DO C 233 de 6.9.1991, p. 2/26). Se podía leer en el Considerando 31: *“Por mercado geográfico se entiende una zona: - donde las empresas compiten entre sí, y -en la que, respecto al producto o servicio de que se trate, las condiciones objetivas de competencia son similares para todos los operadores – (ver también Sentencia de 14. 2. 1978 en el asunto 27/76 United Brands/Comisión Rec. 1978, p. 207, resultando 44). Y en el Considerando 32 se decía: “Sin perjuicio de la definición de mercado geográfico en casos concretos, cabe afirmar que dentro de la CEE los territorios nacionales siguen siendo mercados geográficos distintos, por lo que se refiere a los servicios o productos considerados – los de telecomunicaciones -, cuando: - las necesidades del cliente no pueden satisfacerse recurriendo a un servicio no nacional, -existen diferentes condiciones que regulan el acceso a los servicios. En particular, los derechos especiales o exclusivos pueden aislar territorios nacionales, -no hay normas comunes comunitarias sobre equipos y redes, ya sean voluntarias u obligatorias, hecho que puede conducir al aislamiento de los mercados nacionales. La ausencia de normas voluntarias de alcance comunitario demuestra que las necesidades de los clientes nacionales son diferentes. No obstante, es de esperar que el mercado geográfico se extenderá progresivamente al territorio de la CEE a medida que vaya avanzando la realización del mercado único comunitario. – ver para el sector de las telecomunicaciones: sentencia de 5. 10. 1988 en el asunto 247/86, Alsatel-Novasam, Rec. 1988, p 5987 –”.*

Esta situación no ha cambiado con la Directiva del Parlamento y del Consejo 2006/123/CE, de 12 diciembre, sobre Libre prestación de servicios en el mercado interior [LCEur\2006\3520; DOL 27 diciembre 2006, núm. 376, (pág. 36, Núm. Págs. 33)], que excluye de su ámbito de aplicación (ver número 24 del Preámbulo y Art. 2) *“Los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por la legislación sobre comunicaciones electrónicas”.* Y, en idéntico sentido, la Exposición de Motivos y el Art. 2 de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio [(RCL\2009\2256; BOE 24 noviembre 2009, núm. 283, pág. 99570)].

Sin embargo, en el Preámbulo (núm. 19) de la Directiva de Servicios se refiere: *“Teniendo en cuenta que, en 2002, se adoptó una serie de instrumentos legislativos relativos a los servicios y redes de comunicaciones electrónicos, así como a los recursos y servicios*

asociados, mediante los cuales se estableció un marco normativo para facilitar el acceso a estas actividades en el mercado interior, principalmente mediante la supresión de la mayoría de los regímenes de autorización individual, conviene que las cuestiones que se rigen por dichos instrumentos queden excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

Por otra parte, recientes noticias en prensa económica (Edición Digital de Cinco Días de 28 de agosto de 2008) informaban de que, las diversas condiciones de competencia dentro del mercado nacional, habían llevado en Reino Unido y, previsiblemente, lo harían en Alemania a terminar con la regulación nacional y única en el sector de las telecomunicaciones, liberando de regulación sólo aquellas áreas en las que la competencia fuera ya efectiva, donde se levantarían las obligaciones específicas impuestas a los incumbentes.

v) Las pautas para precisar los mercados de más estrecha vinculación a la actividad televisiva derivados de la Resolución de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 12 de diciembre de 2003 relativa a la oferta de servicios “Línea Imagenio”

De los mercados pertenecientes al segmento de las comunicaciones electrónicas, fieles a la sistemática que nos hemos propuesto, sólo profundizaremos sobre aquellos que más directamente se relacionen con la comunicación audiovisual. Llegados a este punto, y necesitados de unas pautas que nos guíen en una materia con tantísimas implicaciones, habremos de valernos no sólo de los instrumentos emanados de las autoridades comunitarias (Directiva Marco, Recomendación y Directrices, a las que nos hemos referido en anteriores epígrafes), sino también de los proporcionados por las españolas (Resoluciones de la CMT aprobadas en el marco del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y Resolución de la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información relativa al caso “Trio” de *Imagenio*, uno de los mejores exponentes de la confluencia de los sectores de la difusión televisiva, de las comunicaciones electrónicas y de la SI).

Por lo que se refiere a la delimitación de mercados relacionados con la TV y con la comunicación audiovisual en el entorno de las comunicaciones electrónicas, no debe admitir discusión que dicha delimitación comprenderá el mercado mayorista de los “Servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a los usuarios finales”, que sería el mercado número 18 del Anexo de la Recomendación de 2003. Este mercado se asimilaría al mercado mayorista de la “Transmisión de señales de televisión” que fue objeto de definición, análisis y regulación *ex ante* a través de la Resolución de la CMT de 2 de febrero de 2006.

Dicho mercado no es, como veremos, uno de los incorporados al Anexo de la Recomendación de 2007. Sin embargo, al amparo de la flexibilización introducida por la propia Recomendación de 2007, tal y como se vio más arriba, la CMT, a través de su Resolución de 21 de mayo de 2009, ha procedido nuevamente a la definición, análisis y regulación *ex ante* del mercado mayorista del “Servicio portador de difusión de la señal de televisión”, dada la concurrencia de los consabidos criterios de la existencia de barreras de entrada, del horizonte temporal pertinente y de la incapacidad del Derecho de la Competencia. Sobre este mercado, cualesquiera que sean sus contornos exactos, volveremos en otros apartados de la tesis.

Ahora bien, y como hablamos de un total de 18 mercados enumerados en la Recomendación de la Comisión de 2003 (reducidos a 7 en la Recomendación de 2007), precisar cuáles de ellos pueden más directamente relacionarse con la TV y el audiovisual exige armarse de alguna clase de criterio. Por otra parte y siendo esta una cuestión primordial, parece mejor abordarla ya, antes de proseguir con todo lo referente a la definición de mercados pertinentes dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas con arreglo al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

Dicho criterio nos lo puede proporcionar, en lo que se refiere a la TV por IT, la Resolución de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) de 12 de diciembre de 2003 relativa a la prestación de la oferta de servicios “Línea Imagenio” por Telefónica, en la que se examina la naturaleza de los mismos (BOE 21 enero 2004, núm. 18, [pág. 2620]; RCL 2004\163).

Debe hacerse también la precisión de que la resolución fue aprobada en un momento de transición, al poco de entrar en vigor la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE 4 noviembre 2003, núm. 264, [pág. 38890]; rect. BOE 19 marzo 2004, núm. 68 [pág. 12202]; RCL 2003\2593), que trataba de implantar el paquete regulador formado por la Directiva Marco y por las Directivas Específicas, y después de que la Comisión hubiera aprobado la Recomendación de 2003.

Desde una *perspectiva minorista*, es decir, centrada en las relaciones entre *Telefónica* y el usuario final, y conforme a la resolución, el servicio *Imagenio* con TV (nos centramos en la variante de este servicio comercializada bajo el nombre de “*Trío*”) presentaba tres componentes, a saber:

- a) **Acceso a IT de banda ancha (servicios de transmisión de datos)**. Las velocidades de transmisión se situaban en los 128 Kbps/s en el sentido ascendente (del internauta a la red) y 256 Kbps/s en el descendente (de la red al usuario), y *Telefónica de España* ofrecía los servicios propios de todo acceso a IT como, Vg., los de correo electrónico o acceso a *webs*. Sería, por tanto, nada más que el mercado de acceso a IT, tal cual éste ha sido definido en las diversas resoluciones de las autoridades de la competencia [pueden verse las decisiones de la Comisión en los asuntos IV/M.1.069 (*WorldCom/MCI*), IV/M.1439 (*Telia/Telenor*), COMP/JV.46 (*Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen*); o COMP/M.1838 (*BT/Esat*)]. Se trataría de un acceso de banda ancha (*broadband access*), distinto del de banda estrecha, el primero con velocidades que empezarían, precisamente, en torno a los 256 Kbps/s en el sentido descendente (aún cuando, éstos de la velocidad de descarga, sean parámetros sujetos a continua revisión en el ámbito en que nos movemos, como tuvimos ya ocasión de destacar).
- b) **Contenidos audiovisuales bajo demanda y servicios interactivos (servicios audiovisuales interactivos)**. Se trataría de ofrecer acceso interactivo, previa petición del usuario, a una serie de contenidos audiovisuales dispuestos por *Telefónica de España* como, Vg., películas. El hecho de tratarse de un servicio punto/punto o a la carta – *on demand* –, en el que la retribución tenía lugar en función del consumo, y con independencia de la facturación de los otros dos servicios o componentes con los que se empaquetaba (acceso a IT y TV), lo excluiría del ámbito de la difusión televisiva, para incluirlo en el de las comunicaciones electrónicas o en el de la SI. Llegados a este punto, puede ser oportuno aclarar que, en *Imagenio*, los contenidos audiovisuales no

viajan libremente por la red, sino que los mismos deben llegar a estar disponibles en centrales locales, situadas a menos de 2 Km de los domicilios de los abonados, desde donde acceden a estos últimos a través del par trenzado de hilos de cobre, cuya capacidad se refuerza mediante la aplicación de técnicas DSL. En este caso, *Telefónica de España*, valiéndose de su propia infraestructura de servidores y red, hacía llegar el contenido hasta el último servidor con el que el usuario podía ya interactuar para visualizarlo.

Este segundo componente del servicio *Imagenio* entraba, para la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, dentro del mercado de los servicios interactivos de acceso a contenidos audiovisuales, siendo éste un mercado emergente, que no coincidía con ninguno de los identificados en el Recomendación de la Comisión Europea de 2003, lo que era razón bastante para la no imposición, por el momento, de obligaciones específicas. A este respecto, se entendía de aplicación lo establecido en el artículo 10 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, donde se señalaba que, a la hora de imponer obligaciones específicas, se tomarían en consideración, en su caso, las condiciones particulares que concurrían en nuevos mercados en expansión, en los que no se hubiera alcanzado una estructura estable y presentasen perspectivas de crecimiento elevadas y niveles reducidos de contratación, para que la imposición de estas obligaciones no limitase o retrasase su desarrollo.

También decía la Comisión en las Directrices: *“En lo que se refiere a los mercados emergentes, el considerando 27 de la Directiva marco señala que los nuevos mercados en expansión en los que es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial no deben ser sometidos a obligaciones inadecuadas. Esto se debe a que la imposición prematura de obligaciones ex ante puede influir indebidamente en las condiciones en que tome forma la competencia en un mercado nuevo y emergente. Al mismo tiempo, conviene evitar que la empresa líder se apropie de estos mercados emergentes. Sin perjuicio de que proceda una intervención por parte de las autoridades de competencia en determinados casos, las ANR deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención ex ante temprana en un mercado emergente, considerando en particular que siempre tienen la posibilidad de intervenir posteriormente, en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes”*.

Ya con la regulación actual de 2010, este componente quedaría inscrito dentro de los servicios de comunicación audiovisual no lineal o a petición, frente a los servicios de comunicación audiovisual lineal o difusión que integraban el tercer componente, al que pasamos a referirnos.

- c) ***Televisión digital (servicios de difusión televisiva)***. Constituiría el componente de *Imagenio* directamente entroncado con la actividad de difusión televisiva en sentido estricto, núcleo esencial de esta tesis. Consistiría en la distribución a los usuarios de un paquete de canales de TV digital, junto con una guía electrónica de programación, que les permitía acceder de forma efectiva a los mismos. Estos servicios, propiamente de radiodifusión, eran suministrados a los usuarios (a diferencia de los otros dos – servicios de datos y servicios audiovisuales interactivos –, que eran prestados por *Telefónica de España*) por *Telefónica de Cable*, que actuaría en el tramo minorista para facilitarlos a los usuarios, y que contaba con título habilitante (concesión) para la

prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable – que incluía los servicios de difusión televisiva por este medio - desde los tiempos de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por cable (Disposición adicional segunda). Esta Ley se encuentra ya hoy derogada, como veremos. Se trataba, en términos actuales, de servicios de comunicación audiovisual lineal.

Desde una *perspectiva mayorista*, con el servicio *Trío de Imagenio* entraban en juego también otros mercados:

- a) **Mercados mayoristas de acceso a infraestructuras.** La Resolución destacaba como la Recomendación de la Comisión, en su versión de 11 de febrero de 2003, había delimitado los dos siguientes mercados:
 - a. ***Los mercados de acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales (Mercado número 11).*** Dentro de este mercado mayorista de acceso a infraestructura, quedaban comprendidos tanto el desglose completo como el compartido del bucle local de abonado de *Telefónica* [estos conceptos se dejaron ya estudiados: V. Op. Cap. I Ap. 3) § c) iv) (3) (b) (i) y (ii), Págs. 116 y 117].
 - b. ***Los mercados de acceso de banda ancha al por mayor (Mercado número 12).*** Dentro de este mercado quedaba comprendido el acceso indirecto que, como vimos [Op. Cit. Cap. I Ap. 3) § c) iv) (3) (b) (iii), Pág. 119], permite la transmisión de datos de banda ancha en ambas direcciones.

Estos dos mercados, identificados bajo los números 11 y 12 de la Recomendación de la Comisión de 2003, eran los regulados entonces en España por el Reglamento sobre condiciones para el acceso al bucle de abonado de la red pública telefónica fija de los operadores dominantes aprobado por Real Decreto 3456/2000, de 22 de diciembre {hoy derogado por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que ha venido a aprobarse el reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración [BOE 30 diciembre 2004, núm. 314, (pág. 42372); rect. BOE 9 junio 2005, núm. 137 (pág. 19565); RCL 2000\2974]}. La resolución hacía estas consideraciones con vistas a sentar la obligación de *Telefónica de España, S.A.U.*, de – con carácter previo a la comercialización entre el público de *Imagenio*, y con sujeción a la normativa vigente a la sazón, conformada por el Real Decreto citado y otra complementaria, en la que no es del caso entrar aquí – facilitar, en el ramo mayorista, a sus competidores el acceso a su par de cobre bajo la modalidad de acceso indirecto (Mercado número 12), para poder competir con ella en el tramo minorista con servicios similares a los del propio *Imagenio*. Sin embargo, la utilidad a nuestros efectos es la de dar una pauta sobre cuáles son los mercados inscritos en el sector de la transmisión o de las comunicaciones electrónicas que pueden tener una mayor incidencia en lo referente al suministro de servicios de TVIP.

- b) **Mercados mayoristas de servicios de transmisión de señal de TV.** Además, *Telefónica de España* actuaría en el segmento mayorista del transporte o distribución de señal de TV, prestando sus servicios, tanto a *Telefónica de Cable* como a otros operadores que pudieran estar interesados en ofrecer al público servicios de difusión televisiva. Este

transporte y distribución de señal de TV era otro de los mercados inscritos dentro del sector de las comunicaciones electrónicas, coincidente con el número 18 de los de la Recomendación (“servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a los usuarios finales”), al que comenzamos haciendo referencia al inicio de este epígrafe, y de ahí esa obligación de *Telefónica de España* de proporcionar los servicios de transporte de señal de TV a otros operadores interesados en ofrecer, al por menor, servicios de difusión de TV similares a los de *Imagenio* en condiciones transparentes, equitativas y no discriminatorias.

Para nosotros, reiteramos una vez más, la utilidad primordial del estudio de la Resolución ha sido la de facilitarnos, partiendo del ejemplo de la TV sobre protocolo IP, la identificación de aquellos mercados, insertos en el segmento de las comunicaciones electrónicas, vecino o adyacente al de la radiodifusión televisiva, que *prima facie* podrían más estrechamente vincularse a este último, y que son: **(a)** mercado de los servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a los usuarios finales (transporte y distribución de señal de TV); **(b)** mercado mayorista de acceso desglosado al bucle local para la prestación de servicios de banda ancha (desglose completo y compartido) y **(c)** mercado mayorista de acceso de banda ancha (acceso indirecto). En los epígrafes que siguen terminaremos de perfilar cual sea, en efecto, esa vinculación.

vi) Los mercados identificados en el Anexo a la Recomendación de la Comisión

i) Versión de 2003

La Recomendación de 2003, en su único Anexo, y por aplicación de los criterios a que acabamos de referirnos, contenía el elenco de los 18 mercados de comunicaciones electrónicas a los efectos de su regulación *ex ante*. Dichos mercados se iban poniendo en relación con los del Anexo I de la Directiva Marco, aclarando la Recomendación que algunas de las “áreas de mercado” delimitadas en la Directiva Marco comprendían, en realidad, varios mercados de producto desde la perspectiva de la sustituibilidad de la demanda y del Derecho de la competencia.

El mencionado elenco de mercados se dividía en dos niveles, a saber, el minorista y el mayorista. Dentro del primero se incardinaban (considerando 6 de la Recomendación) “*los mercados de servicios o productos suministrados a los usuarios finales*”, en tanto que mercados al por mayor eran “*los mercados de los recursos necesarios para que los operadores suministren tales servicios y productos a los usuarios finales*”.

De acuerdo con el considerando 7 de la Recomendación, el punto de partida para la definición y la identificación de los mercados debía ser “*una caracterización de los mercados al por menor a lo largo de un horizonte temporal dado, teniendo en cuenta las posibilidades de sustitución del lado de la oferta y del lado de la demanda*”. O, puesto en otros términos por el propio legislador comunitario, “*tras caracterizar y definir los mercados al por menor, que son mercados referidos a la oferta y la demanda en relación con los usuarios finales, procede determinar los mercados al por mayor pertinentes, que son los mercados referidos a la oferta y la demanda de productos en relación con un tercero que desea suministrar a los usuarios finales*”. Nos referiremos a cada uno de esos niveles – minorista y mayorista –, descartando mercados alejados de los objetivos de la tesis o, visto

desde otra perspectiva, seleccionando sólo aquéllos – veremos que aquél - que mantengan relación con esos objetivos.

En el *nivel minorista*, los mercados identificados en la ***Recomendación de 2003*** fueron los siete siguientes (todos ellos, en cuanto que mercados minoristas, quedaban sujetos a las previsiones de la Directiva 2002/22/CE, de Servicio Universal y, de los siete, los seis primeros correspondían al “*suministro de la conexión a la red pública de telefonía y uso de la misma en ubicaciones fijas*”, a que se refería el apartado 1 del anexo I de la Directiva Marco, mientras que el séptimo se asimilaba al “*suministro de líneas arrendadas a usuarios finales*”, mencionado en ese mismo Anexo y Apartado):

1. ***Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales.***
En la medida en que este mercado fue abordado junto el consignado bajo el número 2 siguiente por nuestra CMT en un único instrumento, es procedente que agrupemos bajo el siguiente número las reflexiones relativas a ambos mercados.
2. ***Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales.*** Este mercado, junto con el anterior, fue materia de definición y análisis en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE ACCESO A LA RED TELEFÓNICA PÚBLICA EN UNA UBICACIÓN FIJA PARA CLIENTES RESIDENCIALES Y ACCESO A LA RED TELEFÓNICA PÚBLICA EN UNA UBICACIÓN FIJA PARA CLIENTES NO RESIDENCIALES, LA DESIGNACIÓN DE LOS OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO, LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 23 de marzo de 2006 en su Sesión N° 11/06 (Expediente AEM 2005/1442).

En la citada Resolución (Pág. 13) se proponía la definición de los siguientes mercados de referencia:

- ***Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales en España.*** Sería aquel mercado que incluye los servicios de acceso propiamente dichos (puesta a disposición de los usuarios residenciales de los recursos que permitan el disfrute del servicio telefónico disponible al público desde un punto de terminación no móvil), y las facilidades adicionales asociadas al mismo;
- ***Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales en España.*** Sería aquél mercado que incluye los servicios de acceso propiamente dichos (puesta a disposición de los usuarios NO residenciales de los recursos que permitan el disfrute del servicio telefónico disponible al público desde un punto de terminación no móvil), y las facilidades adicionales asociadas al mismo.

La razón de que el mercado residencial y el no residencial, aún manteniéndose como mercados de producto diferentes, fueran examinados conjuntamente a través de un único instrumento era esencialmente la siguiente: “*en España las áreas residenciales y no residenciales no están normalmente separadas, contrariamente a lo que parece ocurrir en otros países europeos. En nuestro caso existe un alto grado de coincidencia en las mismas áreas de oficinas y viviendas, y, pese al éxito de los centros comerciales, todavía existen notables zonas comerciales y de ocio en el centro de las ciudades. En*

estas condiciones, lo que ocurre generalmente es que los operadores en su despliegue de red cubren áreas en las que típicamente se mezclan localizaciones residenciales y no residenciales, por lo que en la práctica no se suele excluir ninguno de los tipos de acceso considerados de la oferta de los operadores”.

Partiendo de los objetivos de la tesis, centrados en servicios de ocio audiovisuales, cabría empezar por prescindir de los servicios de acceso prestados a clientes no residenciales, toda vez que aquellos tienen como sus naturales destinatarios a los clientes residenciales. En cuanto a estos últimos, si partimos del ejemplo de *Imagenio*, que dejamos estudiado en el epígrafe anterior, podría empezar por entenderse que el acceso a la Red Telefónica Pública Fija daría lugar a un mercado minorista de acceso a las infraestructuras necesarias para que los usuarios finales pudieran llegar a disfrutar de ofertas similares a las de *Imagenio*. En la propia Resolución de 23 de marzo de 2006 (Pág. 40), la CMT se refería al empaquetamiento de servicios de TV y acceso a IT con los servicios telefónicos propiamente dichos, para la prestación de todos ellos, en el marco del *triple play*, a través de una sola infraestructura, a saber, la conformada por la Red Telefónica Pública Fija.

Con ser cierto lo anterior, varias razones nos llevan a no profundizar más en este mercado, y a no considerarlo esencial a los efectos que nos hemos propuesto. En primer término, y partiendo de las Directrices de la Comisión (V. Op.), cuando hablamos de un mercado minorista de acceso a infraestructuras, el mismo tiende a ser absorbido y a diluirse en el mercado de servicios correspondientes. Puesto en otros términos, el mercado minorista de los servicios de difusión televisiva absorbería el acceso por parte del televidente a las infraestructuras necesarias para que el mismo pudiera recibir la señal audiovisual, ya fuera a través de la Red Telefónica Pública Fija ya de la red de cable, de la de satélite o de la terrestre. Así, en el caso de la TV sobre plataforma de cable, el cableoperador presta al abonado un servicio minorista de TV, en el que queda absorbido el servicio minorista de acceso por parte del mismo abonado a las infraestructuras necesarias para recibir el contenido audiovisual. Lo anterior determina que no tenga sentido plantearse la existencia, como mercado independiente, de un mercado minorista de comunicaciones electrónicas, consistente en el acceso a las infraestructuras necesarias para recibir la señal de TV por cable por parte del usuario final. Por las mismas razones, carece sentido plantearse la existencia de ese mercado minorista en el caso de la TV sobre plataforma terrestre o satelital, toda vez que el acceso a estas últimas por parte del televidente queda embebido en el propio servicio televisivo contratado.

Por otra parte, a pesar de que en algunos pronunciamientos de las autoridades de la competencia, p.e., TDC en la fusión digital española, se ha llegado a hablar de un naciente mercado global de la prestación de servicios de telecomunicaciones, lo cierto es que, aun hoy, los servicios integrados en el llamado *triple play* se mantienen como servicios distintos unos de otros, cada uno con su propio mercado de producto: servicio telefónico, servicio de acceso a IT y servicio de TV.

En segundo lugar, como habrá oportunidad de ver, la filosofía que anima la imposición de remedios dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas parte de entender que los problemas de competencia deben comenzar por ser atajados en los mercados mayoristas que, en nuestro caso, serían sobre todo los mercados 11, 12 y 18 de la Recomendación de 2003 (*Vid Supra*). Sólo en el caso de que estas medidas no

fueran suficientes para garantizar la competencia efectiva dentro del mercado de referencia, cabría la imposición de obligaciones específicas aguas abajo dentro de los correspondientes mercados minoristas (Vid. Art. 10.4 LGT).

Por último, y como habrá oportunidad de reiterar al tratar, precisamente, de esos mercados mayoristas, a día de hoy, no existen en el España ofertas de TV sobre protocolo Internet que puedan plantar cara a *Imagenio* o, dicho de otras maneras, no habría mercado minorista que estudiar.

3. **Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales.** Este mercado, junto con los números 4, 5 y 6, fue estudiado por la CMT a través de un único instrumento al que nos referiremos más abajo.
4. **Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales.** Este mercado, junto con los números 3, 5 y 6, fue abordado por la CMT a través de una única resolución a la que haremos referencia bajo el número 6.
5. **Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales.** Este mercado, junto con los números 3, 4 y 6, fue analizado por la CMT en una sola resolución a la que pasamos a referirnos en el número siguiente.
6. **Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales.** Este mercado, junto con los tres precedentes, fue objeto de definición y análisis en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE SERVICIOS TELEFÓNICOS LOCALES Y NACIONALES DISPONIBLES AL PÚBLICO PRESTADOS DESDE UNA UBICACIÓN FIJA A CLIENTES RESIDENCIALES, SERVICIOS TELEFÓNICOS INTERNACIONALES DISPONIBLES AL PÚBLICO PRESTADOS DESDE UNA UBICACIÓN FIJA A CLIENTES RESIDENCIALES, SERVICIOS TELEFÓNICOS LOCALES Y NACIONALES DISPONIBLES AL PÚBLICO PRESTADOS DESDE UNA UBICACIÓN FIJA A CLIENTES NO RESIDENCIALES Y SERVICIOS TELEFÓNICOS INTERNACIONALES DISPONIBLES AL PÚBLICO PRESTADOS DESDE UNA UBICACIÓN FIJA A CLIENTES NO RESIDENCIALES, LA DESIGNACIÓN DE LOS OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 9 de febrero de 2006 en su Sesión N° 05/06 (Expediente AEM 2005/1411).

En la citada Resolución (Pág. 35) se proponía la definición de los siguientes mercados relevantes de dimensión geográfica nacional:

- ***Servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales en España***, entendidos como el servicio de realización de llamadas, desde un punto de terminación de red no móvil, con destino a ubicaciones fijas o móviles, incluyendo las llamadas a centros de acceso a

servicios de Internet, de emergencia, información telefónica y otros servicios prestados a través de numeración no geográfica pertenecientes al Plan de Numeración español, comercializados a clientes pertenecientes al segmento residencial;

- ***Servicio telefónico fijo internacional disponible al público para clientes residenciales en España***, entendido como el servicio de realización de llamadas, desde un punto de terminación de red no móvil, con destino a una numeración no perteneciente al Plan de Numeración del país en el que se origina la llamada, esto es, el Plan de Numeración español, comercializados a clientes pertenecientes al segmento residencial;
- ***Servicios telefónicos locales y nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales en España, entendido como el servicio de realización de llamadas***, desde un punto de terminación de red no móvil, con destino a ubicaciones fijas o móviles, incluyendo las llamadas a centros de acceso a servicios de Internet, de emergencia, información telefónica y otros servicios prestados a través de numeración no geográfica pertenecientes al Plan de Numeración español, comercializados a clientes pertenecientes al segmento no residencial;
- ***Servicio telefónico fijo internacional disponible al público para clientes no residenciales en España***, entendido como el servicio de realización de llamadas, desde un punto de terminación de red no móvil, con destino a una numeración no perteneciente al Plan de Numeración del país en el que se origina la llamada, esto es, el Plan de Numeración español, comercializados a clientes pertenecientes al segmento no residencial.

Los cuatro serían mercados minoristas de servicios a los usuarios finales. Al tratarse de mercados de servicios telefónicos prestados a los usuarios finales, quedarían alejados de los objetivos de la tesis, centrada en los servicios de comunicación audiovisual y, en especial, de difusión televisiva prestados a los clientes residenciales. Al margen de que estos últimos pudieran ser objeto de empaquetamiento, junto los de voz, en el marco del *triple play*, lo cierto es que, como se viene diciendo, unos y otros darían lugar a mercados separados sin que sea dable hablar, aun hoy, de un único mercado global de prestación de servicios globales de telecomunicaciones a esos usuarios finales.

7. **El conjunto mínimo de líneas arrendadas**. Este mercado fue objeto de definición y análisis en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DEL CONJUNTO MÍNIMO DE LÍNEAS ALQUILADAS, LA DESIGNACIÓN DE LOS OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO, LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 20 de abril de 2006 en su Sesión N° 14/06 (Expediente AEM 2005/1455).

Dicho mercado se define en la Resolución (Pág. 8) como aquél que incluye los servicios de transmisión para la conexión permanente entre dos puntos a través de una red pública de telecomunicaciones, con contratación directa o como parte de una solución global de comunicaciones (servicios con externalización), con una

determinada capacidad fija y sin incluir funciones de conmutación que el usuario pueda controlar. Dicho mercado contiene los tipos de líneas alquiladas hasta 2 Mbps inclusive. La dimensión geográfica de dicho mercado es el territorio nacional.

De la anterior definición, resulta que también este mercado queda alejado de los objetivos de la tesis por razones bastante evidentes. Se trataría de un mercado minorista de acceso a infraestructuras del cual quedarían excluidos (Pág. 6 de la Resolución) *“todos los servicios que se soportan sobre el servicio anteriormente definido, como la prestación de servicios telefónicos o los denominados servicios de la sociedad de la información”*. Su carácter de mercado de infraestructuras (“redes”), más que de servicios, resultaría igualmente de la misma Resolución (Pág. 6 también): *“los servicios de referencia son demandados al objeto de utilizar dichas líneas de transmisión como soporte a un determinado conjunto de servicios, es decir, se demanda para disponer de una conectividad entre dos puntos y sobre dicho enlace ofrecer otro tipo de servicios”*.

Otros motivos abonarían lo anterior: (i) las redes de hasta 2 Mbps incluidas en el mercado de referencia difícilmente tendrían ancho de banda bastante a permitir la entrega de contenidos audiovisuales; o (ii) los servicios de comunicación audiovisual consistentes en difusión televisiva son servicios punto/multipunto, mientras que este mercado que ahora nos ocupa iría referido a las infraestructuras necesarias para la prestación de servicios punto/punto (acaso, una excepción respecto de lo anterior podrían ser los servicios de video a la carta, pero, tampoco en este caso, cabría imaginar la existencia de un alquiler de líneas para el suministro de la señal audiovisual por parte del proveedor de contenidos al usuario final).

En el **nivel mayorista** los mercados individualizados en la **Recomendación de 2003** fueron los nueve siguientes:

8. **Originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija** (se correspondía con el mercado mencionado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva Marco: “establecimiento de llamadas en la red pública de telefonía fija”). Este mercado fue objeto de definición y análisis en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE ORIGINACIÓN DE LLAMADAS EN LA RED Telefónica PÚBLICA FACILITADA EN UNA UBICACIÓN FIJA, EL ANÁLISIS DEL MISMO, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA PROPUESTA DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 27 de abril de 2006 en su Sesión N° 15/06 (Expediente AEM 2005/1452).

Según la Resolución (Pág. 8), este mercado, de dimensión geográfica nacional, sería aquel que incluye los servicios mediante los cuales el operador conectado físicamente con el cliente entrega una llamada originada en su red a otro operador interconectado para que pueda prestar servicios telefónicos mediante acceso indirecto (sobre la definición de acceso indirecto, ver más arriba); o lo que es igual (Pág. 5) para que este último operador, que sería el seleccionado por el cliente, pueda tratar la llamada. De este modo, el operador de red fija conectado físicamente con el cliente lleva la llamada desde el bucle local del usuario final hasta un punto de interconexión en donde se

entrega la llamada al operador interconectado para que este último complete el servicio de tráfico telefónico.

La razón de la existencia de este mercado se explica también por la CMT en la Pág. 5 de la propia Resolución: *“La posibilidad de escoger a operadores diferentes al de acceso para cursar llamadas telefónicas, hace que surja la necesidad de contratar los servicios mayoristas de originación. Los operadores que quieran tener acceso a los clientes de otros operadores para prestarles servicios de tráfico telefónico tendrán que comprar servicios mayoristas de originación al operador que presta el servicio de acceso a fin de poder completar dichos servicios”*.

El estudio de este mercado mayorista no sería útil para nuestros propósitos, en la medida en que no va referido a insumos necesarios para la prestación aguas abajo de servicios de comunicación audiovisual a los usuarios finales. Ya vimos, al tratar del caso de *Imagenio*, cuáles eran los mercados que, en el ramo mayorista, podían entrar más en juego para el suministro de señal audiovisual al por menor sobre Red Telefónica Fija y, entre ellos, no quedaba comprendido éste al que ahora nos referimos. Por otra parte, estos servicios de originación de llamadas serían servicios mayoristas de sentido ascendente, del usuario a la red, en los que el incumbente titular de la Red Telefónica Fija (*Telefónica*) conduciría la llamada desde el bucle local hasta el punto de presencia del operador de telecomunicaciones seleccionado por el usuario. En el caso de los mercados minoristas de comunicación audiovisual lineal (difusión) o no (video a la carta), hablaríamos de servicios descendentes, es decir, de la Red al destinatario final del producto audiovisual.

9. **Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija** (este mercado correspondía al mencionado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco: “terminación de llamadas en la red pública de telefonía fija”). Este mercado fue objeto de definición y análisis en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN LAS REDES PÚBLICAS INDIVIDUALES DE CADA OPERADOR DE TELEFONÍA FIJA, EL ANÁLISIS DE LOS MISMOS, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 2 de marzo de 2006 en su Sesión Nº 8/06 (Expediente AEM 2005/1199).

La definición de este mercado, de dimensión geográfica nacional, es la incluida en la propia Resolución (Pág. 10), a saber: *“los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de telefonía fija de cada operador serían aquellos que incluyen, en cada mercado, los servicios mediante los que cada operador finaliza en su red una llamada de voz originada en la red de otro operador”*. El servicio que se comercializa sería, por tanto, la terminación de una llamada telefónica en una red telefónica fija. Además, se trataría de un servicio prestado entre operadores de redes, donde cada operador de red fija lo ofrece a los demás operadores, tanto fijos como móviles, para que puedan completar las llamadas telefónica que gestionan y que tienen como destino a un abonado conectado a dicha red fija. Existirían tantos mercados de referencia como operadores de red fija, y en cada uno de esos mercados de producto,

por los propios perfiles dados por su definición, el operador titular de la red fija en cuestión se encontraría en una posición de monopolista absoluto.

Aún cuando en este caso, a diferencia del mercado núm. 8, hablaríamos de unos mercados mayoristas descendentes, de la red al usuario, desde el mismo momento en el cual se habla, a la hora de definir el mercado relevante, de la finalización en la red propia de las “*llamadas de voz*” originadas en la red de otro operador, resulta ya evidente que este mercado núm. 9 queda también lejos de nuestros objetivos.

10. **Servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija** (este mercado correspondía al mencionado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco: “servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija”). Este mercado fue objeto de definición y análisis en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE TRÁNSITO EN LA RED PÚBLICA DE TELEFONÍA FIJA, EL ANÁLISIS DEL MISMO, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA PROPUESTA DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 29 de junio de 2006 en su Sesión N° 24/06 (Expediente AEM 2005/1453).

En la Resolución (Pág. 7), se propone definir el mercado de tránsito en la red pública telefónica fija, como aquel que incluye los servicios que presta un determinado operador a otro operador, con el que se encuentra interconectado, al objeto de realizar el transporte por su red, hasta entregar la llamada a un tercer operador nacional de la red pública telefónica.

Se trataría, por tanto, de un mercado de dimensión geográfica nacional, delineado a partir de los perfiles propios de los mercados núms. 8 y 9, y en coherencia con estos. En cuanto a la necesidad de profundizar en el estudio de este mercado, aparte de ser éste un mercado de continuidad de esos otros dos, vimos ya al ocuparnos del caso de *Imagenio*, y lo desarrollaremos más adelante, que todo lo concerniente al tránsito o transmisión de la señal audiovisual a través de la Red se relacionaría con el mercado núm. 18.

11. **Acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales** (este mercado correspondía al mencionado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco “acceso a la red pública de telefonía fija, incluido el acceso desagregado al bucle local”). Este mercado fue objeto de definición y análisis en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE ACCESO DESAGREGADO AL POR MAYOR (INCLUIDO EL ACCESO COMPARTIDO) A LOS BUCLES Y SUBBUCLES METÁLICOS A EFECTOS DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE BANDA ANCHA Y VOCALES, EL ANÁLISIS DEL MISMO, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 11 de mayo de 2006 en su Sesión N° 17/06 (Expediente AEM 2005/1451).

En la Pág.12 de la Resolución se acotaba el mercado relevante en sus dimensiones geográfica y de producto: *“Se propone definir el mercado mayorista de acceso desagregado a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales como aquél que incluye los servicios mayoristas por los cuales el operador suministrador cede el uso del par de cobre a otro operador, esto es, los servicios de acceso completamente desagregado y de acceso desagregado compartido al par de cobre. La dimensión geográfica del mercado es el territorio nacional”*.

El estudio más arriba del caso de *Imagenio* nos permitiría concluir la importancia estratégica de este mercado mayorista de acceso a infraestructuras, con vistas a la prestación aguas abajo de servicios finales de comunicación audiovisual sobre la Red Telefónica Fija por parte de operadores diferentes del incumbente (*Telefónica*), y en competencia con éste.

Partiendo de las nociones ya estudiadas [V. Op. Cap. I Ap. 3) § c) iv) (3) (b) (i), (ii) y (iii), Págs. 116 a 119], podríamos destacar algunas ideas importantes. En primer lugar, que, dado el ancho de banda exigido por la transmisión de señal audiovisual, el acceso mayorista a infraestructuras relevante iría más referido al desglose completo que al compartido, pues es más bien el primero el que cede al operador entrante en el par de cobre todo el rango de frecuencias necesarias para la prestación de servicios avanzados de banda ancha. En este sentido, la CMT se encargaba de resaltar como desglose completo y compartido no llegarían a ser sustitutivos del lado de la demanda, entre otros motivos, por el importante diferencial de precios entre ambos. No obstante, ambos productos terminaban por formar parte de un único mercado de producto, y por ser estudiados a través de un único instrumento, atendiendo, sobre todo, a criterios de sustituibilidad del lado de la oferta: *“por el lado de la oferta se constata que ante un incremento reducido pero significativo y no transitorio en los precios del servicio de acceso desagregado compartido, el operador que está prestando el servicio de acceso completamente desagregado estaría en disposición de prestar el primero en un plazo de tiempo breve y viceversa”*.

Además, la CMT excluía del mercado de referencia, el acceso al por mayor a la red de fibra óptica: *“en este sentido hay que tener en cuenta que, dados los bajísimos niveles de despliegue de fibra óptica - a diciembre de 2004, sólo el 0,8 % de los accesos instalados son de fibra - , la CMT considera que no ejerce una presión competitiva sobre la red de acceso de par de cobre en la actualidad, ni en el horizonte temporal contemplado de dos años”*.

En el mercado así definido, el único operador que prestaba los servicios de referencia en España era *Telefónica*, que ostentaba una posición de monopolio en dicha prestación, siendo su cuota de mercado igual al 100 %, con independencia de que se midiera en términos de ingresos o de número de bucles. Dada esta posición, la CMT le impuso una serie de obligaciones específicas, esencialmente: **(i)** atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización; **(ii)** ofrecer el servicio de acceso al bucle a precios orientados en función de los costes de producción; **(iii)** separar las cuentas de sus actividades relacionadas con el acceso desagregado al bucle de abonado; **(iv)** publicar una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios de acceso al bucle de abonado, de forma suficientemente

desglosada, para garantizar que no se exigiera pagar por recursos innecesarios para el servicio requerido; (v) no discriminar en las condiciones de acceso.

Si bien, como comenzábamos por destacar, la importancia estratégica de este mercado resultaría indudable, lo cierto es que lo anterior no ha llegado a concretarse y, a fecha de hoy, el acceso de terceros operadores al par de cobre de *Telefónica*, a fin de prestar servicios de comunicación audiovisual y de TV sobre protocolo IT, no es significativo en nuestro país. Sólo *Imagenio* de *Telefónica* se mantiene como oferta consistente, a pesar del intento de otros operadores como *Jazztel* u *Orange* de emularlo.

12. **Acceso de banda ancha al por mayor** (este mercado correspondía al mencionado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco “acceso a la red y acceso especial a la red”; pero con exclusión de los servicios conformadores de los mercados 11 y 18). Este mercado fue definido y analizado en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE ACCESO MAYORISTA DE BANDA ANCHA, EL ANÁLISIS DEL MISMO, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 1 de junio de 2006 en su Sesión N° 20/06 (Expediente AEM 2005/1454).

Los perfiles de este mercado, tanto en su dimensión de producto como geográfica, quedaban recogidos en la Pág. 26 y Ss. de la resolución: “*Se propone definir el mercado de acceso mayorista de banda ancha como aquella facilidad de acceso que posibilita, mediante técnicas basadas en tecnologías xDSL, la concentración del tráfico procedente de un número variable de usuarios sobre una única interfaz de operador. La dimensión geográfica de dicho mercado de referencia es el territorio nacional*”. Es decir, que este mercado incluiría el acceso indirecto que permite la transmisión de datos de banda ancha en ambas direcciones [sobre la noción de acceso indirecto V. Op. Cap. I Ap. 3) § c) iv) (3) (b) (iii), Pág. 119].

En el mercado de producto así definido quedarían incluidas dos categorías de productos mayoristas:

- ***La oferta “GigADSL”***. Era ésta la oferta mayorista regional de *Telefónica* de España basada en tecnología ATM (*Asynchronous Transfer Mode*; sobre esta noción y su diferenciación respecto de la tecnología IP, V. Op.), que entregaba el tráfico en 109 puntos de interconexión dentro del territorio nacional. El acceso indirecto se prestaba a otros operadores sólo por *Telefónica*, la única cuya red disponía de la capilaridad suficiente para cubrir esas 109 demarcaciones, en cada una de las cuales había, al menos, un punto de presencia en el que entregar la señal concentrada de toda la demarcación bajo interfaz ATM (“concentración regional”).
- ***Las ofertas “ADSL-IP”***. Eran éstas las ofertas mayoristas nacionales de *Telefónica* de España y de sus competidores, basadas en tecnologías IP (*Internet Protocol*; sobre esta noción y su diferenciación respecto de la tecnología ATM, V. Op.). Aquí, el acceso indirecto se prestaba a escala nacional mediante entrega de todo el tráfico nacional, concentrado a nivel IP, en un único punto dentro del territorio nacional (“concentración nacional”). A diferencia de la oferta “GigADSL”, que sólo era prestada por *Telefónica*, las ofertas “ADSL-IP” procedían tanto de *Telefónica* como

de sus competidores. Estos últimos prestaban los servicios “ADSL-IP” a otros operadores, a partir de la previa adquisición de *Telefónica* del servicio “GigADSL” o del bucle desglosado (Mercado 11).

Para la CMT, ambas ofertas – “GigADSL” y “ADSL-IP” – quedaban integradas dentro de un mismo mercado de producto. A pesar de que entre ambas existían diferencias técnicas (p.e., mayor calidad en el caso de la tecnología ATM de la primera, frente a la mayor racionalidad en el empleo de recursos en el de la tecnología IP de la segunda), las mismas no se hacían tan ostensibles como para llegar a poder ser percibidas por los usuarios. Por otra parte, sí existían diferencias importantes en cuanto a la cobertura territorial de una y otra clase de servicios: el ADSL-IP representaba un sustitutivo completo del servicio GigADSL sólo para aquellos operadores que no desearan avanzar en la escalera de inversión (V. Op.) desplegando una red nacional de concentración, y únicamente un complemento para aquéllos que la hubieran desarrollado o lo estuvieran haciendo, es decir, que se estuvieran acercando más al usuario con su propia red. Sin embargo, la CMT, con visión prospectiva (V. Op. los criterios plasmados en la Recomendación de la Comisión), entendió que lo anterior no llegaba a determinar la existencia de mercados separados, por la tendencia a la evolución hacia un entorno todo IP, a la reducción del número de demarcaciones del servicio mayorista de concentración regional, y por el desarrollo de redes IP alternativas en el mercado español, que ya no se basaban en el servicio GigADSL de *Telefónica*, sino que se conectaban directamente al nivel de la central local de este operador mediante desglose del bucle.

En este mercado relevante, *Telefónica* seguía siendo el operador con Poder Significativo de Mercado con una cuota rayana en el 90 % y, a consecuencia de lo anterior, le fueron impuestas en la Resolución una serie de obligaciones específicas (“remedios”) muy similares a los del Mercado 11; básicamente: **(i)** Obligación de acceso: *Telefónica de España* quedaba obligada a facilitar acceso suficiente, a escala regional y nacional, para garantizar la replicabilidad técnica de todas las ofertas minoristas que comercializasen todas las empresas pertenecientes a su grupo de empresas; **(ii)** Transparencia y obligación de publicar una Oferta de Referencia: *Telefónica de España* quedaba obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha ofrecidos a través de xDSL; **(iii)** Control de precios: los precios mayoristas de *Telefónica de España* debían estar orientados a los costes y la CMT aseguraría la ausencia de pinzamiento de precios entre los diferentes productos de acceso mayorista, con respecto a los servicios de acceso minorista ofrecidos por *Telefónica de España*; **(iv)** No discriminación: *Telefónica de España* estaría sujeta al deber de no discriminación, con objeto de evitar un trato de favor a las empresas de su propio grupo.

Vimos, al estudiar el caso de *Imagenio*, que este mercado 12 podría resultar de indudable interés con vistas a la prestación aguas abajo de servicios de comunicación audiovisual y de banda ancha a los usuarios finales sobre tecnología ADSL y Protocolo Internet. De hecho, una de las condiciones impuestas por la Administración a *Telefónica* para la aprobación del lanzamiento comercial de *Imagenio* fue la de que, en el ramo mayorista, prestara servicios de acceso indirecto que permitieran a otros operadores emular en el minorista la oferta de *Imagenio*. No obstante, y al igual que en el caso del Mercado 11, lo anterior no ha llegado a cristalizar en ninguna oferta

consistente de servicios de TVIP que pueda competir con *Imagenio de Telefónica*, lo que dispensaría de mayores reflexiones.

13. **Segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor.** Dado que este mercado fue estudiado, junto el referido bajo el número 14 siguiente, por la CMT en un único instrumento, aunaremos en el siguiente número las reflexiones relativas a ambos mercados.
14. **Segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor** (considerados conjuntamente, este mercado al por mayor 14 y el número 13, que acabamos de citar, correspondían a los mencionados en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco: “interconexión de líneas arrendadas” y “suministro al por mayor de líneas arrendadas a otros proveedores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas”). Este mercado junto con el anterior fueron definidos y analizados de modo conjunto en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE SEGMENTOS DE TERMINACIÓN DE LÍNEAS ARRENDADAS AL POR MAYOR Y SEGMENTOS TRONCALES DE LÍNEAS ARRENDADAS AL POR MAYOR, LA DESIGNACIÓN DE LOS OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS” aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 23 de noviembre de 2006 en su Sesión N° 40/06 (Expediente AEM 2005/1456).

En términos generales se declaraba en la Resolución (Pág. 6): “*se entiende por servicio mayorista de líneas alquiladas el servicio de transmisión ofrecido a otros operadores para la conexión permanente entre dos puntos a través de una red pública de telecomunicaciones, con una determinada capacidad fija, y sin incluir funciones de conmutación que el operador demandante pueda controlar. Dicho servicio permite conectar dos puntos para el envío y recepción de flujos de información*”; aclarándose que “*estos servicios son demandados para ser utilizados como portadores de otro tipo de servicios de comunicaciones electrónicas, es decir, se demanda una línea alquilada para disponer de conectividad entre dos puntos y sobre el enlace constituido ofrecer otro tipo de servicios*”.

En la Pág. 13 de la Resolución se proponía la definición como mercados diferenciados de los siguientes, ambos de dimensión geográfica nacional:

- ***Mercado mayorista de líneas alquiladas terminales.*** Era aquél en el que se suministraba capacidad de transmisión simétrica, y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pudiera controlar, entre un nodo y el domicilio de un cliente del operador demandante del servicio.
- ***Mercado mayorista de líneas alquiladas troncales.*** Era aquél en el que se suministraba capacidad de transmisión simétrica, y sin funcionalidades de conmutación que el usuario pudiera controlar, entre dos nodos del operador demandante del servicio.

La existencia de mercados distintos se explicaba por el hecho de no ser sustitutivos entre sí el alquiler de líneas terminales y el de líneas troncales, ni desde el punto de vista de la demanda (en líneas terminales era imprescindible una mayor capilaridad de red que permitiera llegar hasta el usuario final y en líneas troncales disponer de rutas

vacantes que satisficieran las necesidades del operador demandante del producto de referencia), ni tampoco desde el de la oferta (por las mismas razones no cabía que, p.e., un arrendador de líneas troncales pasara, rápidamente y sin costes significativos, a dar en arrendamiento líneas terminales, ni viceversa). Ambos productos (líneas terminales y troncales) satisfacían, en fin, necesidades diferentes: los operadores hacían uso de las líneas mayoristas terminales para prestar un servicio minorista a sus usuarios finales, supliendo las carencias de capilaridad de su propia red en un área en la que tuvieran adscritos dichos clientes finales, mientras que las líneas mayoristas troncales se demandaban para completar y formar parte de la red troncal del operador demandante, no relacionándose de forma directa dichos servicios mayoristas con un cliente final concreto.

Que los Mercados 13 y 14 quedan alejados de nuestros objetivos parece claro si consideramos que se trata de mercados mayoristas, en los que un operador cede temporalmente a otro el uso de sus infraestructuras para que éste pueda dotar de una mayor densidad a su propia red. Por más que toda ésta sea una materia interrelacionada, no habría una especial vinculación entre esos tramos alquilados de red y la prestación a los usuarios finales de servicios de comunicación audiovisual más allá de la que pudiera apreciarse con respecto al suministro de cualesquiera otros servicios de comunicaciones electrónicas a los mismos.

15. **Acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil** (este mercado se correspondía con otros dos mencionados por separado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco, a saber: “acceso a las redes públicas de telefonía móvil, incluida la selección del operador” y “establecimiento de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil”). Este mercado fue definido y analizado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DE ACCESO Y ORIGINACIÓN DE LLAMADAS EN LAS REDES PÚBLICAS DE TELEFONÍA MOVIL, LA DESIGNACIÓN DE LOS OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 2 de febrero de 2006 en su Sesión N° 4/06 (Expediente AEM 2005/933).

Conforme a la Resolución (Págs. 6 y concordantes), el mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de comunicaciones móviles en España quedaría definido como aquél en el que cualquier operador de red móvil, con licencia para operar en el territorio español, facilita a otro operador el acceso y la originación de llamadas de voz y datos en la red móvil de dicho Operador de Red Móvil (ORM). Por tanto, quedarían incluidos dentro de este mercado mayorista diversos servicios de acceso y originación de llamadas en las redes móviles, que permiten que operadores que no disponen de derechos de uso del espectro, puedan suministrar a sus clientes los servicios minoristas descendentes.

Ciertamente, en un escenario – aún no planteado; V. Op. – de implementación de los servicios de TV a los usuarios finales sobre redes móviles, este mercado que ahora nos ocupa podría cobrar un indudable interés con vistas a que los Operadores Móviles Virtuales (OMVs) prestaran servicios de comunicación audiovisual a sus abonados basándose en la red móvil de los operadores con licencia (OMRs). Los OMVs serían,

entonces, los que aprovechan las redes de otros operadores con licencia, OMRs, para la prestación de servicios a los usuarios finales en régimen de acceso indirecto o reventa.

En este sentido, la importancia de este mercado a las redes móviles sería equivalente a la de los mercados 11 y 12 a las redes fijas. No obstante, si en redes fijas vimos ya que sólo existe una oferta relevante que sería la de *Imagenio* de *Telefónica*, que no ha llegado a ser replicada por la de ningún otro operador que a tal fin pudiera haberse basado en la red de la propia *Telefónica*, en el caso de las redes móviles, diversas razones, básicamente la ausencia de espectro disponible, impiden que, ni tan siquiera, llegaran a proponerse al público, con la necesaria seriedad, ofertas de TV sobre redes móviles por los operadores con PSM, los cuales en este mercado eran (V. Resolución *Telefónica Móviles*, *Vodafone* y *Amena*). Siendo así lo anterior, con mayor razón podría afirmarse la ausencia de ofertas consistentes de TV al móvil por parte de los Operadores Móviles Virtuales (OMVs), recurriendo para ello a la red móvil de cualquiera de esos tres operadores con licencia y, por ende, el carácter sólo accesorio de este mercado con relación a los objetivos que nos hemos propuesto.

16. **Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales** (este mercado correspondía al mencionado en el apartado 2 del anexo I de la Directiva marco: “terminación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil”). Este mercado fue definido y analizado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS VOCALES EN REDES MÓVILES INDIVIDUALES, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 23 de febrero de 2006 en su Sesión N° 7/06 (Expediente AEM 2005/1200).

Partiendo del contenido de la Resolución (Pág. 6), “*Se definen los mercados de terminación de llamadas en las redes públicas individuales de telefonía móviles de cada operador como aquellos que incluyen, en cada mercado, los servicios mediante los que cada operador finaliza en su red móvil una llamada de voz originada en la red de otro operador*”; “*la dimensión geográfica de todos los mercados es el territorio nacional*”.

Se trataría, por tanto, de un mercado de servicios mayoristas ofrecidos por el operador titular de la red móvil que alcanza al usuario a otros operadores, tanto fijos como móviles, para que estos últimos puedan completar las llamadas telefónicas que gestionan con destino a un usuario conectado a la red del primer operador.

Por razones idénticas a las que expusimos al tratar del mercado 9 (“Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija”), fueron definidos tantos mercados como operadores titulares de redes móviles en nuestro país, en concreto: (i) Terminación de las llamadas vocales en la red móvil de *Telefónica Móviles* (red 2G y 3G); (ii) Terminación de las llamadas vocales en la red móvil de *Vodafone* (red 2G y 3G); y (iii) Terminación de las llamadas vocales en la red móvil de *Amena* (red 2G y 3G). Igualmente, por los motivos expuestos al tratar de ese mercado 9, a los que cabría sumar los que acabamos de ver al tratar del mercado 15, quedaría este mercado lejos de nuestros objetivos.

17. **El mercado nacional al por mayor de itinerancia internacional en redes públicas de telefonía móvil** (este mercado era identificado en idénticos términos en el apartado 4 del anexo I de la Directiva marco). El mismo fue identificado y estudiado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS VOCALES EN REDES MÓVILES INDIVIDUALES, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 20 de julio de 2006 en su Sesión N° 27/06 (Expediente AEM 2005/1457).

De la Resolución (Pág. 14 y concordantes) cabría inferir que este mercado de producto quedaría integrado por aquellos servicios mayoristas que ofrecen acceso y capacidad, tanto de voz como de datos, a un operador móvil extranjero con el fin de que sus abonados puedan efectuar y recibir llamadas desde la red de un operador móvil nacional. Se trataba, por tanto, de servicios prestados por un operador de redes móviles nacional (red visitada) a un operador de redes móviles de otro país (red base).

Partiendo de esta definición, resultaría claro que el estudio de este mercado no sería excesivamente conducente a la consecución de nuestros objetivos, toda vez que, si poco desarrollada se encuentra la provisión de servicios de TV y comunicación audiovisual sobre redes móviles dentro del mercado español, menos aún lo estará la de esos mismos servicios prestados por operadores extranjeros sobre la red móvil de operadores españoles.

18. **Servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a los usuarios finales** (este mercado, a diferencia de todos los anteriores, no era objeto de identificación en el Anexo de la Directiva Marco, aunque sí lo fue en la Recomendación). Dicho mercado fue identificado y estudiado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DE TRANSMISIÓN DE SEÑALES DE TELEVISIÓN, LA DESIGNACIÓN DE LOS OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 2 de febrero de 2006 en su Sesión N° 4/06 (Expediente AEM 2005/1352).

En la Resolución (Pág. 8) se identificaba este mercado en términos como los siguientes: “*Se define el mercado del servicio portador de difusión de televisión por ondas terrestres, como aquél que incluye el conjunto de actividades técnicas consistentes en la puesta a disposición al público mediante servicios de telecomunicación como canal de distribución, por vía de ondas terrestres, de contenidos audiovisuales elaborados por los difusores. Se considera un único mercado, que engloba a todos los operadores prestadores del servicio portador del servicio de difusión de la señal de televisión por ondas terrestres, sea en modalidad analógica o digital. La dimensión geográfica de dicho mercado es el territorio nacional*”.

A la luz de la anterior definición, saltan a la vista los estrechos vínculos de este mercado con los objetivos de nuestro análisis. Por esta razón, ahondaremos en su estudio en la parte de la tesis dedicada a los mercados en especial, donde precisaremos su alcance y explicaremos, entre otras cosas, por qué razón no quedarían incluidos en el mismo los medios de satélite, cable y ADSL, sino sólo las ondas hertzianas.

El examen que precede de los 18 mercados identificados en el ámbito del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas nos ha permitido identificar como mercado de especial transcendencia, a los efectos de la tesis, el número 18 (“transmisión de señales de televisión”), y como mercados que podrían resultar de un importante interés estratégico en el futuro los números 11 [“Acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales”] y 12 (“Acceso de banda ancha al por mayor”).

ii) Versión de 2007

El Art. 15 Ap. 1 p. 2. ° de la Directiva Marco imponía a la Comisión la obligación de realizar revisiones periódicas de la Recomendación. Cumpliendo con este mandato, dicha institución comunitaria, como ya se adelantó, procedió a la aprobación de la Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 344 de 28.12.2007, p. 65/69).

La Recomendación de 2007 se ajustaba a los tres criterios básicos de su homónima de 2003 (**barreras de entrada** que fueran a permanecer a lo largo de un **horizonte temporal** considerado pertinente e **insuficiencia del Derecho general de la Competencia** para paliar la situación) para enumerar los mercados que debían ser objeto de regulación *ex ante*. Ahora bien, como *“la definición de los mercados pertinentes puede cambiar con el tiempo, y de hecho lo hace, al evolucionar las características de los productos y servicios y las posibilidades de sustitución tanto del lado de la demanda como del de la oferta”* (Considerando 2 de la Recomendación), y como *“la aplicación de los tres criterios debe limitar el número de mercados en el sector de las comunicaciones electrónicas donde se impongan obligaciones reguladoras ex ante, contribuyendo así al objetivo del marco regulador de reducir progresivamente las normas sectoriales ex ante a medida que se desarrolle la competencia en el mercado”* (Considerando 14), en la versión de 2007 se identificaban sólo 7 mercados frente a los 18 de la de 2003.

En el **nivel minorista** en el Anexo de la **Recomendación de 2007** se identificaba un único mercado, a saber:

1. **Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales**. Dicho mercado fue identificado y estudiado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DEL MERCADO MINORISTA DE ACCESO A LA RED TELEFÓNICA PÚBLICA EN UNA UBICACIÓN FIJA PARA CLIENTES RESIDENCIALES Y NO RESIDENCIALES, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante

acuerdo del Consejo de la CMT de 5 de marzo de 2009 en su Sesión N° 09/09 (Expediente MTZ 2008/1085).

Realmente, este mercado, en lo sustancial, comprendería los números 1 (“Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales”) y 2 (“Acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes no residenciales”) del Anexo de la Recomendación de 2003. Las mismas razones esgrimidas más arriba para concluir que estos dos no eran especialmente relevantes a nuestros efectos valdrían, también ahora, para sentar que tampoco lo es este mercado al que aquí nos referimos, sin que parezca necesario entrar en mayores consideraciones.

En el *nivel mayorista* los identificados en el mismo Anexo de la *Recomendación de 2007* eran los seis mercados de producto siguientes:

2. **Originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija.** Este mercado fue identificado y estudiado en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DEL MERCADO MAYORISTA DE ACCESO Y ORIGINACIÓN DE LLAMADAS EN LA RED TELEFÓNICA PÚBLICA EN UNA UBICACIÓN FIJA, LA DESIGNACIÓN DE OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 12 de diciembre de 2008 en su Sesión N° 44/08 (Expediente MTZ 2008/447).

En el encabezado de la propia Resolución (v. web CMT) se dejaba constancia de que este mercado se correspondía con el antiguo mercado número 8 de la Recomendación de 2003 (“Originación de llamadas en la red telefónica pública facilitada en una ubicación fija”). Valdría, pues, con remitirse a lo que dijimos más arriba, al ocuparnos de ese mercado número 8, para no abundar en consideraciones referentes a este mercado número 2.

3. **Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija.** Este mercado fue identificado y estudiado en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS EN LAS REDES PÚBLICAS INDIVIDUALES DE CADA OPERADOR DE TELEFONÍA FIJA, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 18 de diciembre de 2008 en su Sesión N° 45/08 (Expediente MTZ 2008/1192).

Este mercado número 3 sería sustancialmente coincidente con el mercado número 9 de la Recomendación de 2003 (“Terminación de llamadas en redes telefónicas públicas individuales facilitada en una ubicación fija”). Las mismas razones expuestas en su lugar para no profundizar en el segundo permitirían no incidir más sobre el primero.

4. **Acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija.** Este mercado vendría, con matizaciones, a coincidir con el mercado número 11 de la Recomendación de 2003

[“Acceso desagregado al por mayor (incluido el acceso compartido) a los bucles y subbucles metálicos a efectos de la prestación de servicios de banda ancha y vocales”]. La diferencia esencial era, por tanto, la de que, en la nueva formulación, este mercado pasaba a comprender todos los casos en los que un operador (el incumbente) debía permitir a otros operadores (los alternativos) el acceso físico (compartido o desagregado; sobre la definición de éstos *Vid Supra*) al tramo final de su red, no sólo cuando se basara éste en el cobre (“bucles y subbucles metálicos”), sino también cuando lo hiciera en otra clase de material (incluida la fibra óptica).

Por otra parte, a diferencia de lo sucedido en el marco de la revisión de 2006 de la CMT, inscrita dentro del marco definido por la Recomendación de 2003, donde el mercado número 11 referido y el número 12 (“Acceso de banda ancha al por mayor”) fueron estudiados por la propia CMT por separado a través de diferentes instrumentos o resoluciones, en la nueva revisión de 2008 (Recomendación de 2007), el actual mercado número 4 fue estudiado por la autoridad nacional de reglamentación española en un único instrumento, junto con el mercado número 5 a que pasamos a referirnos. Por esta razón abordamos a continuación, también nosotros, ambos mercados de forma conjunta.

5. **Acceso de banda ancha al por mayor.** Este mercado vendría, también con matizaciones, a coincidir con el mercado número 12 (también “Acceso de banda ancha al por mayor”) del Anexo de la Recomendación de 2003. En su nueva formulación, este mercado pasaba a comprender toda forma de acceso no físico o virtual, incluido el acceso indirecto (véase más arriba), a la red del incumbente facilitado en una ubicación fija a operadores alternativos. El mercado así definido se correspondía, sobre todo, con el acceso indirecto, en el que el operador alternativo no tiene acceso físico a la red del incumbente, pero sí un acceso virtual, en la medida en que el incumbente asume la obligación de emplear su propia infraestructura en el último tramo de su red para subir y bajar el tráfico correspondiente a ese operador alternativo hasta o desde el último punto de presencia de red del propio operador alternativo. Se consideraba que este mercado 5 de acceso virtual podía llegar a ser descendente respecto al 4 de acceso físico pues, por ejemplo, un alternativo que contase con un desglose completo respecto de la red del incumbente cabía que la emplease, a su vez, para dar acceso indirecto o virtual a un tercer operador.

Esta era la razón de que la CMT, siguiendo a la Comisión Europea, aconsejara el estudio conjunto de ambos mercados mayoristas, el 4 y el 5, y de su impacto aguas abajo en el mercado minorista, con el fin de imponer aquellas obligaciones que fueran más proporcionadas y ajustadas al problema de competencia identificado. En palabras de la CMT en sus *“Principios y líneas maestras de la futura regulación de las redes de acceso de nueva generación (NGA)”*, aprobadas en Sesión Nº 02/07 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 17 de enero de 2008, *“dicho análisis conjunto permite asegurar que la cadena de valor para la provisión de los servicios minoristas esté abierta a los competidores en beneficio de la capacidad de elección de los consumidores finales”*.

Así pues, tanto este mercado 5 como el mercado 4 anterior fueron objeto de estudio por la CMT a través de un único instrumento, a saber: “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DEL MERCADO DE ACCESO (FÍSICO) AL POR MAYOR A INFRAESTRUCTURA DE RED (INCLUIDO EL

ACCESO COMPARTIDO O COMPLETAMENTE DESAGREGADO) EN UNA UBICACIÓN FIJA Y EL MERCADO DE ACCESO DE BANDA ANCHA AL POR MAYOR, LA DESIGNACIÓN DE OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 22 de enero de 2009 en su Sesión N° 03/09 (Expediente MTZ 2008/626).

- ***Examen previo del mercado minorista de acceso a internet de banda ancha.*** Partiendo del considerando 4 de la Recomendación 2007, la CMT comenzó por perfilar el mercado del servicio minorista de acceso a Internet de banda ancha, como paso previo a la identificación de los mercados mayoristas ascendentes. Dicho servicio sería el que permite a un usuario final, utilizando un terminal específico, disponer de una conexión de datos permanente y de capacidad de transmisión elevada. El mismo habría que diferenciarlo del servicio de banda estrecha, en primer lugar, por el ancho de banda: *“si bien no está definida de forma estandarizada, la banda ancha implica generalmente una capacidad de transmisión nominal no inferior a la que puede suministrar un acceso básico de la Red Digital de Servicios Integrados, 128 kbit/s”*. En segundo lugar, *“otra característica esencial sería la de ofrecer capacidad de acceder a Internet de forma permanente y sin necesidad del establecimiento previo de una conexión dedicada en la red de acceso (entre el terminal de usuario y un terminal equivalente del operador)”*.

La CMT subrayaba, asimismo, como las ofertas minoristas de banda ancha disponibles en el mercado español iban desde las que permitían el mero acceso a Internet hasta las que, además de éste, ofrecían un servicio de telefonía sobre protocolo Internet e, incluso, de televisión sobre protocolo Internet, como en *Imagenio* (v. Op.). Sin embargo, como la propia CMT se encargaba de subrayar ***“estos otros servicios pertenecen a mercados de comunicaciones electrónicas diferentes como pueden ser los servicios de telefonía fija o televisión de pago, definidos ya por esta Comisión en diferentes ocasiones”***. Lo anterior es tanto como decir que la Autoridad Nacional de Reglamentación española desgajaba del mercado de los servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha los servicios de TVIP, que consideraba integrados en otro mercado diferente, a saber, el de la TV de pago (no compartimos la calificación de éste como mercado de comunicaciones electrónicas, sino más bien de comunicación audiovisual lineal o “difusión televisiva”). No obstante sí consideraba integrados dentro de ese mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha *“el acceso a las aplicaciones disponibles en esta red, como son, por ejemplo, los servicios audiovisuales, Internet TV, audio y video streaming así como las redes de intercambio entre pares y los más modernos servicios colaborativos que se engloban bajo la denominación de Web 2.0, a la que acceden los usuarios desde sus terminales, principalmente ordenadores personales”* (se trataría, más bien, de servicios de comunicación audiovisual no lineal o a petición o de la Sociedad de la Información).

Además, la CMT destacaba que los servicios de acceso a internet de banda ancha basados en redes fijas y los que lo estaban en redes móviles tampoco llegaban a integrarse en un mismo mercado de producto, pues *“los accesos basados en redes de telefonía móvil están diseñados para situaciones de tráfico en ráfagas no siendo óptima para algunas aplicaciones que necesitan tráfico de caudal constante”*,

siendo lo anterior determinante de que estos servicios ofrecieran “*prestaciones inferiores (menor velocidad de descarga) con precios relativamente más elevados, sin posibilidad de contratar tarifas planas independientes del volumen de las descargas*”.

Otra cuestión abordada por la CMT fue la de si debían quedar integrados dentro de un mismo mercado minorista tanto el acceso a internet de banda ancha, que se venía apoyando en las infraestructuras tradicionales de acceso constituidas por pares de cobre, como el acceso a internet de banda ultra-ancha, basado en infraestructuras catalogables como accesos de nueva generación, consistentes en redes híbridas de fibra óptica y cable coaxial principalmente. Estas últimas infraestructuras se encontraban en un estado incipiente de desarrollo, y surgían en un intento por superar las limitaciones de velocidad y ancho de banda que empezaban a mostrar esas otras infraestructuras tradicionales, con vistas a soportar aplicaciones novedosas (p.e., la distribución servicios adicionales de señales de televisión multicanal y de alta definición).

Las bases de estas Redes de Nueva Generación – definidas por la UIT como “*redes de Telecomunicación susceptibles de ofrecer servicios extremo a extremo de alta calidad para voz, datos y multimedia*” – podían ser, básicamente, las tres siguientes:

- **Red híbrida de cobre y fibra (FTTx).** Se trataría del recurso a tecnologías FTTx, para el acercamiento de la fibra a los hogares, con vistas a permitir el disfrute por estos de velocidades de hasta 100 Mbts y contenidos audiovisuales en alta definición y multimedia sobre protocolo Internet. Esos despliegues de fibra protagonizados por *Telefónica* en nuestro país (“*Proyecto Futura*”) no implicarían llevar la fibra directamente hasta el hogar. Se trataría de la instalación de nodos cercanos a las viviendas de los abonados, que interceptaran la red de cobre existente, y que se conectasen a la central de *Telefónica* mediante fibra óptica, acortando el tramo del par trenzado de hilos de cobre hasta el hogar para potenciar su capacidad y la de las tecnologías xDSL.
- **Fibra óptica hasta el hogar (FTTH).** Consistiría en llevar directamente la fibra hasta el hogar del abonado, sin recurrir para nada al cobre.
- **Redes de cable potenciadas.** Serían el resultado de actualizar la tecnología de acceso de las redes de cable mediante la aplicación de nuevos estándares como el DOCSIS. El sistema DOCSIS 3.0 permitía, gracias al *Channel Bonding* (vinculación de canales), la distribución de servicios de datos y TV sobre protocolo IP en redes de Cable. El *Channel Bonding* suponía la transmisión a través de 4 canales de 8 MHz tratando dicha transmisión como una única comunicación a nivel lógico. De este modo, la comunicación agregada alcanzaba capacidades de más de 150 Mbps (Fuente *Wikitel*).

En cuanto a la PLC (*Power Line Communications*), basadas en el tendido de red eléctrica, sus posibilidades eran amplias porque podían llegar a cualquier domicilio, al contar con despliegue de red en el último tramo. Su principal hándicap radicaría, sin embargo, en las velocidades de transmisión, muy por debajo de las alcanzadas a través de otros medios físicos, como la fibra óptica o el cable coaxial. Aunque podían esperarse progresos con el avance de los diversos estudios, esta tecnología

sería apta, sobre todo, para los servicios telefónico y de acceso a Internet. En cambio, la velocidad de transmisión sería aún escasa para la prestación de servicios de TV. La tecnología PLC estaba siendo comercializada por *Endesa* e *Iberdrola* en ámbitos geográficos muy localizados, sin que pudiera apreciarse una apuesta decidida por una comercialización masiva.

Todo lo concerniente a si el acceso minorista a internet de banda ancha basado en redes tradicionales y el estructurado sobre redes de nueva generación podían ser considerados parte de un mismo mercado de producto giró en torno a la utilización de la característica técnica de la velocidad de descarga a la hora de delimitar presiones competitivas y definir el mercado. La CMT manifestó sus dudas en este sentido, sobre todo, por el hecho de que los usuarios hubieran venido percibiendo las nuevas velocidades facilitadas por los operadores como sustitutivas de las anteriores y como consecuencia de la aplicación de criterios de sustitución en cadena (*Vid supra*). Ello no obstante, sugirió que el acceso a internet de banda ancha por debajo de 30 megas y el que se encontraba por encima de esa velocidad podían llegar a dar lugar a diferentes mercados de producto con sujeción a argumentos como los siguientes.

Para empezar, la velocidad de descarga había sido, como se dijo, uno de los criterios centrales para identificar como mercados diferentes el de los servicios de banda ancha y el de los servicios de banda estrecha (por debajo de 128 Kbps/s). Además, la CMT entendió que, dentro del horizonte temporal de revisión considerado pertinente, las duplicaciones gratuitas de velocidad ofrecidas por los operadores no llegarían a superar ese umbral de los 30 megas con lo que *“no puede excluirse que ofertas con anchos de banda superiores se configuren como productos «premium» o diferenciadores por los que el operador pretenderá cobrar un precio superior bien por sí solo o bien empaquetado con otros servicios, servicios éstos cuyos patrones de demanda y oferta distan de resultar predecibles...”*. Para terminar, era previsible que, por encima de esa velocidad de descarga de 30 megas, llegaran a soportarse servicios novedosos, que no eran asequibles a través de velocidades inferiores, lo que sugería la existencia de elementos de ruptura de la cadena de sustitución *“que permiten concluir que efectivamente existe una inelasticidad precio en la demanda de banda ancha que limita las posibilidades de los operadores para incrementarlos”*.

A la luz de las anteriores incertidumbres, la CMT no cerró la definición del mercado de producto minorista, entendiendo que el *“servicio de acceso a Internet de banda ancha, es aquél que, a través de un acceso fijo, permite a un usuario final, utilizando un terminal específico, disponer de una conexión de datos permanente y de capacidad de transmisión elevada, incluyendo el acceso a las aplicaciones disponibles en esta red, **no siendo posible determinar si las nuevas conexiones de banda ultra-ancha van a ser o no sustitutivas de las anteriores**”*.

Tras la anterior definición, la CMT sentó que en el mercado español podían distinguirse tres tipos de operadores principales que ofrecían sus servicios de banda ancha en el mercado de masas, a saber: *Telefónica* (*“operador histórico que ofrece sus servicios a nivel nacional si bien las capacidades de las conexiones de acceso a Internet de banda ancha dependían de las mejoras locales realizadas en su red”*), los cableoperadores (*“que en su conjunto están presentes en buena parte del*

territorio español, si bien sólo hay un operador -ONO-, cuyo ámbito de actuación trascienda al propio de una Comunidad Autónoma”) y los operadores que accedían a los servicios mayoristas de bucle de Telefónica en condiciones reguladas (los mayores eran Orange, Jazztel y Tele2, los cuales podrían paliar sus limitaciones en cuanto a la disponibilidad de bucle por la falta de presencia de red propia recurriendo a las ofertas mayoristas de acceso indirecto, sin embargo las características de precios y velocidades de acceso diferían mucho entre las zonas en las que disponían de bucle desglosado y aquellas en las que recurrían al acceso indirecto).

Como base teórica de la regulación ex ante de los mercados puede citarse la teoría de los fallos del mercado (GAPTEL, “Banda Ancha”, Julio 2004, en Red.es): “La teoría de los fallos de mercado se ocupa de las situaciones económicas cuando las soluciones fuera del mercado conducen a mejores resultados que las de mercado. En el caso de la banda ancha podemos considerar las externalidades positivas derivadas del desarrollo de la banda ancha como un factor de fallo de mercado que justificaría una intervención pública. En el capítulo 4, ya se abordó la justificación de la regulación ex ante de la competencia en el acceso por la situación de dominio (monopolio natural) que ejerce el incumbente sobre su red de acceso. En la teoría de fallos de mercado se definen las externalidades como aquellos beneficios o costes que no tienen carácter privado y no están internalizados por la empresa o el agente que realiza la actividad económica. La suma de los beneficios/costes privados son menores que los beneficios/costes sociales totales. En el caso de banda ancha, podemos considerar que la sociedad en general se beneficia en la medida en que más gente esté conectada. Sería el denominado efecto Red, en el que el conjunto tiene más valor que la suma individual, en la medida en que más gente esté conectada. Existe por tanto un excedente entre lo que se paga por esa conectividad y los beneficios sociales obtenidos por ella, que se traducen en una externalidad positiva, y por lo tanto justifican la intervención”.

A pesar de la existencia de áreas geográficas en las que el desarrollo de infraestructuras por parte de los operadores alternativos había mermado significativamente la cuota de mercado del operador histórico, ofreciendo precios reducidos y mayores capacidades de elección a los usuarios allí ubicados (zonas que suponían más del 60 % de los accesos a Internet de banda ancha en 138 municipios que aglutinaban una población de alrededor de 20 millones de habitantes, aproximadamente el 45 % de la población), la CMT llegó a entender que “la posición de liderazgo sostenida de TESAU en este ámbito le permite fijar precios para sus servicios finales superiores a los de sus competidores indicando la persistencia de restricciones que limitan la capacidad de competir de los operadores alternativos en el mercado español de banda ancha”. Así, la CMT llegó a la conclusión de que persistían determinados fallos de mercado en el ámbito nacional que impedían que el usuario final en España obtuviera el máximo beneficio de los servicios de acceso de banda ancha en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad. Estos fallos del mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha eran, precisamente, los que hacían necesaria la imposición de obligaciones específicas en los mercados ascendentes.

- ***Examen del mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación***

fija. Tras el examen del mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha, la CMT pasó a ocuparse de este mercado mayorista – mercado 4 – que, con alguna matización ya adelantada, venía a corresponderse con el mercado 11 de la anterior revisión. Esta razón nos llevará a resaltar sólo las especialidades con respecto a ese estudio anterior del mercado 11 de la Recomendación de 2003. De hecho, la misma CMT sentó: *“cabe concluir que el servicio mayorista de acceso desagregado al bucle y subbucle en las dos modalidades disponibles no ha cambiado sustancialmente su configuración con lo que se mantienen las conclusiones alcanzadas en la Resolución del mercado 11”*.

En relación con este mercado 4 la propuesta (epígrafe II.1.3) fue la de *“definir el mercado de acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red (incluido el acceso compartido o completamente desagregado) en una ubicación fija como el conjunto de infraestructuras que permiten al operador establecer un canal de transmisión hasta el usuario final, incluyendo los servicios mayoristas de desagregación del par de cobre pero excluyendo la desagregación de la fibra”*. Dicho mercado se mantenía como de dimensión geográfica nacional *“no detectándose ámbitos inferiores al nacional en que las condiciones de competencia aplicables al servicio descrito sean suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional”*.

Como ya vimos más arriba, en su Resolución relativa al mercado 11, la CMT descartó que la red de fibra, por su escaso despliegue, pudiera llegar a ejercer alguna presión competitiva sobre la basada en el par trenzado de hilos de cobre. En esta nueva revisión, la misma CMT llegó a plantearse la posibilidad de que esta situación pudiera haber cambiado a la vista del proyecto de despliegue FTTx por parte del operador histórico. Sin embargo, *“pese a que los cambios tecnológicos requieren ampliar la definición del mercado para incluir todas las infraestructuras físicas relevantes para alcanzar al usuario final, sin restringirlas al par metálico”*, lo cierto era que aún no existían opciones para replicar el desglose del par trenzado de hilos de cobre sobre redes de nueva generación. Las opciones barajadas eran, sobre todo, las de fibra hasta los nodos (FTTx), y no directamente hasta el hogar (FTTH). En ese escenario FTTx, al no llegar la fibra hasta el hogar del abonado, no resultaba imaginable duplicar el acceso al abonado sobre red de fibra ni, por tanto, la replicabilidad del par de cobre.

Había también razones para descartar la posibilidad de duplicar el acceso sobre par de cobre en redes de cable. En primer lugar no se darían los presupuestos de la sustituibilidad de la demanda, pues *“los operadores que desagregan el par de cobre ya han desplegado sus propias infraestructuras en, y hasta, las centrales de TESAÚ”* y *“por tanto una modificación en los puntos de entrega del servicio mayorista – hasta los accesos habilitados por los operadores de cable – conlleva costes de cambio sustanciales que superarían los incentivos al cambio consecuencia de un incremento de precios como el establecido en el test del monopolista hipotético (5-10%)”*. En segundo término, tampoco se daban los criterios de sustitución de la oferta por razones también resumidas por la CMT (Epígrafe II.1.1.3.1. de la Resolución):

“las llamadas redes de cable son redes híbridas de fibra óptica-cable coaxial (HFC); constan de una red de acceso basada en fibra óptica (habitualmente en topología de anillos) que transportan la señal hasta los puntos de conversión

electro-óptica, desde donde parten los cables coaxiales hasta el domicilio de los abonados. El cable coaxial (y la fibra óptica) es un medio compartido, es decir, un grupo de usuarios (número que depende del diseño de red) está conectado al mismo cable, de modo que no hay, a diferencia de la red de pares de cobre, un equivalente al bucle que pueda ser asignado unívocamente a un cierto usuario. Por lo tanto, no es posible separar físicamente el medio de acceso de un cierto usuario para conectarlo a la red de otro operador, con lo que no es posible la desagregación”

Finalmente, los mercados 4 y 5 se mantenían como mercados de producto diferenciados. Desde el punto de vista de la sustituibilidad del lado de la demanda, ante un IRSNTP del servicio mayorista de acceso al par de cobre, no parecía una opción que los operadores alternativos, que habían desplegado sus redes hasta las centrales locales de *Telefónica* (en número de 6.354), las replegaran para reconectarlas en los nodos donde la misma *Telefónica* facilitaba el acceso indirecto, que podían ser 1 ó 109, dependiendo de que nos refiriéramos al servicio “GIGAdsl” o al servicio “ADSL IP” (V. Op.). A la inversa, sí podía imaginarse que ante un IRSNTP del acceso indirecto, los alternativos intentaran acercar su red hacia las centrales locales de *Telefónica*, sin embargo, ante las inversiones necesarias y los obstáculos económicos derivados de dotar a su red de la capilaridad precisa para interconectarla con la de la propia *Telefónica* a escala local, tampoco en este caso llegaba a existir sustituibilidad del lado de la demanda.

Hechas las anteriores reflexiones, cabría observar como el ensanche de los límites del antiguo mercado 11, para comprender todo acceso físico, sin limitarlo a los bucles y subbucles metálicos, era más nominal que real o efectivo, toda vez que, en la práctica, dicho acceso debía seguir verificándose sobre el par trenzado de hilos de cobre.

Lo anterior determinaba también que *Telefónica* se mantuviera en dicho mercado como monopolista perfecto (cuota del 100 %), y que resultara necesario mantener la imposición de remedios u obligaciones específicas, a saber: (i) obligación de facilitar el acceso, que se hacía extensivo a las infraestructuras de obra civil (canalizaciones, cámaras, conductos, postes, etc.); (ii) obligación de no discriminación en las condiciones de prestación del servicio de referencia a los operadores alternativos; (iii) obligación de transparencia, mediante la publicación de una oferta de referencia referida al bucle local y a la infraestructura de obra civil (en el caso de la infraestructura de obra civil, la CMT entendía necesaria, además de la publicación de esa oferta de referencia, la implantación de un sistema informativo que permitiera a los alternativos conocer su ubicación); (iv) obligación de control de precios, contabilidad de costes y separación de cuentas, a fin de impedir subsidios cruzados y discriminación de precios para evitar la entrada de competidores; (v) obligación de transparencia respecto a la evolución de la red.

- ***Examen del mercado de acceso de banda ancha al por mayor.*** Tras el examen del mercado 4, la CMT pasó a ocuparse del mercado 5. En la Resolución (Epígrafe III.1.3), “*se propone definir el mercado de acceso no físico o virtual a la red, incluido el acceso indirecto, en una ubicación física*”, que sería “*un mercado descendente respecto al acceso físico cubierto por el mercado 4, puesto que el acceso de banda ancha al por mayor puede construirse utilizando este recurso*

combinado con otros elementos”. Dado que los perfiles de este mercado serían, en lo esencial, los de su antecesor, el mercado 12, nos centraremos sólo en las especialidades con relación a este último.

La dimensión geográfica de este mercado seguía siendo nacional, atendiendo a la inexistencia de condiciones de competencia lo bastante heterogéneas en ámbitos territoriales más pequeños como para determinar la existencia de un mercado más reducido. Y en cuanto a la definición del mercado de producto, “*el servicio mayorista de banda ancha se define como aquél mediante el cual los operadores que prestan servicios en el mercado minorista lo hacen sobre la red de otro operador mediante una conexión entre su red y la red de otro operador con acceso a los usuarios*” de manera que “*el operador con acceso a los usuarios lleva el tráfico generado por éstos hasta el punto de acceso, donde es recogido por el operador que quiere prestar el servicio minorista a esos usuarios*”.

La CMT se planteó hasta que punto debía integrarse en el mercado de referencia la autoprestación que se hacían los cableoperadores y los operadores que habían obtenido el desglose del bucle local de *Telefónica* (operadores verticalmente integrados). Éstos, en la realidad del mercado español, no prestaban servicios mayoristas de acceso de banda ancha al por mayor a otros operadores, pero sí se los prestaban a sí mismos, en la medida en que no se veían obligados a contratar esos mismos servicios de la propia *Telefónica*. La CMT no incluyó esta autoprestación dentro del mercado de referencia, en primer lugar, porque los servicios mayoristas de banda ancha representaban menos del 60 % del coste de los servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha a los usuarios finales. Ello determinaba que un IRSNTP en el mercado mayorista aplicado por el incumbente no tuviera por que determinar un incremento de los precios minoristas que llevara a los usuarios finales a optar por los servicios de esos otros operadores verticalmente integrados. En segundo lugar, porque, aun integrando la autoprestación en el mercado de referencia, se mantendría el PSM de *Telefónica* en el mismo.

Por otra parte, y por razones similares a las que vimos al tratar del mercado minorista de acceso a Internet de banda ancha, se integraban dentro del mercado mayorista los servicios soportados sobre redes de nueva generación, pues no resultaba previsible que, dentro del horizonte temporal de la revisión, llegaran a alcanzarse velocidades más de allá de los 30 megas o la prestación de servicios novedosos que llegaran a implicar una ruptura de la cadena de sustitución [V. Op. Cap. I Ap. 3) § c) iv) (3) (c) (iv) “*Situación en España, Europa y el mundo de las redes de acceso de nueva generación*”, Pág. 126 y (v) “*La Recomendación de la Comisión sobre las redes de acceso de nueva generación*”, Pág. 127].

En el mercado de referencia, *Telefónica* continuaba siendo el operador con PSM con, prácticamente, las mismas cuotas que vimos al referirnos al mercado 12 (95-100 %). Esto, sumado a la existencia de fuertes barreras de entrada, sobre todo económicas, ligadas a las inversiones necesarias para el tendido de infraestructuras y al hecho de que el incumbente se beneficiara de fuertes economías de escala y alcance, llevó a la autoridad española a mantener e, incluso, reforzar las obligaciones específicas impuestas respecto al mercado 12. Es importante destacar que estas medidas eran aplicables también a las redes de nueva generación, además de a las tradicionales basadas en el par de cobre, pero sólo en la medida en que, a

través de ellas, se facilitarían velocidades de descarga inferiores a 30 megas. Más allá de este límite, la CMT entendió que la imposición de obligaciones desincentivaría la inversión en esas redes de nueva generación con vistas a la prestación de servicios novedosos.

Determinados informes de consultoras (*Wik*), encargadas por los operadores alternativos, arrojaban alguna luz sobre la viabilidad de los despliegues de redes de nueva generación, buscando justificar la imposición de obligaciones también respecto de las velocidades superiores a 30 megas. Los despliegues de las redes de nueva generación eran tan costosos que, sólo a partir de cuotas de más del 40 % dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas sobre redes fijas, tendría sentido obtener retornos en la inversión (en España, *Telefónica* disfrutaba de una cuota del 83 % en voz y del 64 % en datos, por lo que sólo ella podría obtener esos retornos). Aparte, los ex monopolios contaban con infraestructuras ya hechas, que reducían la inversión, economías de escala y cuotas de mercado, que hacían más favorable su posición, además de la posibilidad que tenían de rentabilizar sus antiguas infraestructuras, con la venta de los edificios que las contenían. *Telefónica* tendría que realizar, p.e., inversiones de 300 euros por abonado. Aun siendo más reducidas, las inversiones de los incumbentes tampoco terminarían de ser rentables, partiendo de la experiencia de lo sucedido en países más avanzados, en los que los usuarios finales no se habrían mostrado dispuestos a pagar mucho más por esos nuevos servicios. Los pagos realizados por los alternativos al incumbente, a cambio del acceso a su red, permitirían a este último rentabilizar la inversión, reducir el riesgo y ampliar la cobertura a más población. Se subrayaba la importancia de la ineficiencia en la duplicación de las infraestructuras, y del riesgo de que los alternativos crearan redes de fibra fracasando en sus intentos por rentabilizarlas, lo que podría desembocar en un escenario de aumento del precio de los servicios aplicado a los usuarios o de desaparición de compañías, como sucedió en 2000 y 2001, cuando la acumulación de redes troncales y submarinas derivó en un exceso de capacidad al estallar la burbuja tecnológica.

En cuanto a las obligaciones a imponer en este mercado por la CMT, se trataba de las ya conocidas de: **(i)** atender las solicitudes razonables de acceso a los servicios mayoristas de banda ancha a velocidades de hasta 30 megas; **(ii)** transparencia, traducida en la publicación de una oferta de referencia para la prestación de los servicios mayoristas de banda ancha, suficientemente desglosada para garantizar que no se exigiera pagar por recursos que no fueran necesarios para el servicio requerido; **(iii)** no discriminación entre operadores en el suministro de este acceso; **(iv)** determinación de las condiciones concretas de acceso, de modo que el mismo llegara a verificarse en plazo no superior a 4 meses.

Del examen que antecede de los mercados 4 y 5 (antiguos mercados 11 y 12), puesto en relación con el funcionamiento del servicio *Imagenio* de *Telefónica*, que dejamos estudiado en su lugar (V. Op.), resulta indudable su importancia estratégica con vistas al suministro de contenidos audiovisuales a los usuarios finales a través de Internet. Pero lo cierto es que lo anterior, como ha habido ya oportunidad de observar, puede decirse más bien desde un punto de vista prospectivo. En la práctica, no llegan a existir en el mercado español ofertas de TV sobre protocolo Internet capaces de competir con *Imagenio* de *Telefónica*. Tampoco se aprecia un desarrollo lo suficientemente significativo de las redes de acceso de nueva generación.

A lo anterior cabría añadir que la oferta de TV realizada por los cableoperadores tampoco llega a relacionarse con estos mercados mayoristas 4 y 5. De hecho, acabamos de ver que la CMT excluyó la autoprestación de los mismos del mercado 5. En el caso de los operadores de cable, éstos prestan el servicio de TV de pago a los usuarios finales y son también titulares de la red física de fibra óptica a través de la que prestar ese servicio al usuario final. Lo anterior determina que no llegue a existir un mercado mayorista, en el que el difusor de TV por cable se vea obligado a adquirir de un operador de comunicaciones electrónicas la capacidad de red necesaria para el suministro al abonado del servicio de TV. O lo que es igual: las condiciones de difusor televisivo y de operador de comunicaciones electrónicas coinciden en la persona del cableoperador.

Esta situación diverge de la existente en el caso de la TV sobre plataforma terrestre donde, como veremos, el difusor televisivo (Vg. *Telecinco*) necesita adquirir la capacidad de transmisión de señal del operador de comunicaciones electrónicas titular de la red terrestre (*Abertis/Retevision*) para llegar hasta el televidente. Esto es también lo que ocurre en el caso de la TV por satélite, donde el organismo de radiodifusión (p.e., *Sogecable*) se ve obligado a adquirir de un operador de satélites (*Astra o Hispasat*) la capacidad satelital necesaria para alcanzar también a su abonado.

Así pues, el estudio de mercados mayoristas de comunicaciones electrónicas carece de sentido en TV por cable (el cableoperador integra verticalmente los servicios descendentes de TV y los ascendentes de comunicaciones electrónicas, por lo que no hay mercado) y en TV por ADSL (*Telefónica* integra verticalmente también todos esos servicios; aunque en TV sobre ADSL debe abrir su par de cobre o dar servicios mayoristas de acceso indirecto a los competidores que quieran emular su oferta de TV de pago *Imagenio*, en la práctica, lo anterior no se traducido en ofertas capaces de competir con la misma *Imagenio*; para TV sobre FTTx, como acabamos de ver, no existe a día de hoy un despliegue significativo de red, despliegue que, por otra parte, seguiría basándose en el par de cobre en el último tramo).

6. **Segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, con independencia de la tecnología utilizada para proporcionar la capacidad arrendada o dedicada.** Este mercado, si bien conjuntamente con otro mercado minorista no enumerado por la Recomendación de 2007, fue tratado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DEL MERCADO DEL CONJUNTO MÍNIMO DE LÍNEAS ALQUILADAS, Y DEL MERCADO DE SEGMENTOS DE TERMINACIÓN DE LÍNEAS ARRENDADAS AL POR MAYOR, LA DESIGNACIÓN DEL OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO, LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 3 de julio de 2009 en su Sesión N° 27/09 (Expediente MTZ 2008/1944).

En el encabezado de la propia Resolución (v. web CMT) se dejaba constancia de que este mercado comprendía otros dos de los que, realmente, uno era minorista. En efecto, el mercado del conjunto mínimo de líneas alquiladas se correspondía con el antiguo mercado minorista número 7 de la Recomendación de 2003 (“conjunto mínimo de líneas arrendadas”). Este mercado minorista no era, como se ha dicho, uno de los

enumerados en la Recomendación de 2007, sin embargo, el mismo fue objeto de estudio y análisis por la CMT, a través del mismo instrumento o resolución que el mercado mayorista de los segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor, que sí era de los expresamente identificados en dicha Recomendación de 2007. Este último mercado mayorista se asimilaba (v. igualmente web CMT) al antiguo mercado número 13 de la Recomendación de 2003 (“*Segmentos de terminación de líneas arrendadas al por mayor*”). Resultaría pues de lo anterior un cambio de sistemática de la CMT que, en la primera ronda, estudió conjuntamente los antiguos mercados 13 y 14 – ambos mayoristas –, mientras que, en la segunda ronda, analizó conjuntamente los antiguos mercados 7 (minorista) y 13 (mayorista; que sería el que realmente correspondería al 6 de la Recomendación de 2007). En todo caso, lo anterior no tendría que tener relevancia a nuestros efectos, desde el momento en que ya expusimos las razones por las que ni el antiguo mercado 7 ni el antiguo mercado 13 (6 actual) tendrían demasiado que ver con los objetivos que nos hemos marcado con la tesis.

7. **Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales.** Este mercado fue estudiado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS VOCALES EN REDES MÓVILES INDIVIDUALES, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 18 de diciembre de 2008 en su Sesión N° 45/08 (Expediente MTZ 2008/1193).

Este mercado 7 sería esencialmente coincidente con el mercado 16 de la Recomendación de 2003 (“*Terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales*”). Las mismas razones expuestas en su lugar para no profundizar en el segundo permitirían no incidir más sobre el primero¹⁸.

Hasta aquí hemos visto el tratamiento por la CMT de los mercados identificados en la Recomendación de 2007. Sin embargo, como destacamos ya (V. *Supra*), en el texto de la propia Recomendación se admitía la posibilidad de que, sobre la base de los tres criterios básicos – barreras de entrada, horizonte temporal pertinente e insuficiencia de la normativa sobre competencia –, las Autoridades Nacionales de Reglamentación pudieran optar por la definición y evaluación para la imposición de obligaciones *ex ante* respecto de alguno de los mercados incluidos en el Anexo de la Recomendación de 2003, aun cuando no estuvieran incorporados al Anexo de la Recomendación de 2007. Al amparo de lo anterior los ***mercados – minoristas o mayoristas – no incluidos en el Anexo de la Recomendación de 2007*** estudiados por la CMT fueron los siguientes:

¹⁸ Este es, por otro lado, el único de los mercados de la Recomendación de 2007 al que, de momento, ha alcanzado la tercera ronda de revisión de la CMT de 2012: v. Sesión número 19/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 10 de mayo de 2012, en la que se adopta la RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS VOCALES EN REDES MÓVILES INDIVIDUALES, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA Y AL ORGANISMO DE REGULADORES EUROPEOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS (MTZ 2011/2503).

1. **Mercados minoristas de tráfico telefónico desde una ubicación fija.** Este mercado fue estudiado en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA REVISIÓN DE LOS MERCADOS MINORISTAS DE TRÁFICO TELEFÓNICO DISPONIBLES AL PÚBLICO PRESTADOS DESDE UNA UBICACIÓN FIJA, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 12 de diciembre de 2008 en su Sesión N° 44/08 (Expediente MTZ 2008/1079).

Estos mercados minoristas se corresponderían, según se hacía constar en la propia Resolución, con los mercados 3 a 6 de la Recomendación de 2003 [“Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales” (Mercado 3); “Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes residenciales” (Mercado 4); “Servicios telefónicos locales y/o nacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales” (Mercado 5); y “Servicios telefónicos internacionales disponibles al público prestados en una ubicación fija para clientes no residenciales” (Mercado 6)].

Valdría, por tanto, con remitirse a las argumentaciones dadas al ocuparnos de la identificación de estos mercados, en el contexto de la Recomendación de 2003, para descartar cualquier interés por el estudio de los mismos a los efectos de la tesis.

2. **Mercado mayorista de transmisión de señales de televisión.** Este mercado fue estudiado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DEL MERCADO MAYORISTA DEL SERVICIO PORTADOR DE DIFUSIÓN DE LA SEÑAL DE TELEVISIÓN, LA DESIGNACIÓN DE OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 21 de mayo de 2009 en su Sesión N° 18/09 (Expediente MTZ 2009/195).

De la Resolución (Pág. 23) resultaría: “*esta Comisión acuerda definir el mercado del servicio portador de difusión de televisión por ondas terrestres como aquél que incluye las actividades técnicas consistentes en la puesta a disposición del público mediante servicios de telecomunicaciones como canal de distribución, por vía de ondas terrestres, de contenidos audiovisuales elaborados por los difusores*”. Así pues, los perfiles del mercado de producto no habrían variado con respecto a los del correlativo Mercado 18 de la Recomendación de 2003. Valdría, por tanto, con remarcar lo expuesto más arriba en cuanto a la importancia crucial de este mercado para nuestros objetivos. Esta será la razón de que le dediquemos una particular atención en la parte de la tesis dedicada a los mercados en especial.

3. **Mercado mayorista de los servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija.** Este mercado fue estudiado en la “RESOLUCIÓN POR LA QUE SE APRUEBA LA REVISIÓN DEL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE TRÁNSITO EN LA RED PÚBLICA DE TELEFONÍA FIJA, LA DESIGNACIÓN DE OPERADORES CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 1 de octubre de 2009 en su Sesión N° 32/09 (Expediente MTZ 2008/184).

Este mercado mayorista sería coincidiría en lo sustancial con el mercado 10 de la Recomendación de 2003 (“*servicios de tránsito en la red pública de telefonía fija*”). Los mismos motivos expuestos en su lugar para no profundizar en éste permitirían no incidir más sobre aquél.

4. **Mercado mayorista de líneas alquiladas troncales.** Este mercado fue tratado en la “RESOLUCION POR LA QUE SE APRUEBA LA DEFINICIÓN Y EL ANÁLISIS DE LOS MERCADOS DE SEGMENTOS TRONCALES DE LÍNEAS ARRENDADAS AL POR MAYOR, LA DESIGNACIÓN DEL OPERADOR CON PODER SIGNIFICATIVO DE MERCADO Y LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES ESPECÍFICAS, Y SE ACUERDA SU NOTIFICACIÓN A LA COMISIÓN EUROPEA”, aprobada mediante acuerdo del Consejo de la CMT de 2 de julio de 2009 en su Sesión N° 24/09 (Expediente MTZ 2008/1945).

En el encabezado de la propia Resolución (v. web CMT) se dejaba constancia de que este mercado se correspondía con el antiguo mercado número 14 de la Recomendación de 2003 (“*Segmentos troncales de líneas arrendadas al por mayor*”). Valdría, pues, con remitirse a lo expuesto más arriba, al tratar de ese mercado número 14, para no incidir más sobre este mercado.

Recapitulando, el examen que precede los mercados identificados en el marco del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas nos lleva a la conclusión de que sólo el antiguo mercado 18 de la Recomendación de 2003 es relevante para los objetivos que nos hemos trazado.

c) Análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas relacionados con la televisión y evaluación del juego de la competencia en los mismos

i) Consideraciones previas

Como se ha venido hasta aquí reiterando, cuando hablamos de mercados de las comunicaciones electrónicas, junto a las tareas de definición y análisis de los mercados y de evaluación en ellos del juego de la competencia, que las autoridades de la competencia puedan realizar *ex post*, al enfrentarse a casos concretos, se sitúan esas mismas tareas, pero realizadas por las ANRs y *a priori*. De este modo, el sistema de control de la competencia en estos mercados reúne todos los mecanismos que ofrecen tanto el sistema de prohibición como el de abuso.

En efecto, responde clarísimamente a un modelo de prohibición la imposición de remedios u obligaciones específicas a los operadores que disfruten de Poder Significativo de Mercado (PSM) dentro de uno de los mercados de comunicaciones electrónicas previamente definidos conforme al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas (como cuando, p.e., se obliga al incumbente de telecomunicaciones a facilitar el acceso de los competidores a instalaciones esenciales gestionadas por aquél), sin esperar a que los mismos lleguen a protagonizar prácticas restrictivas de la competencia (prácticas colusorias o abusos de posición dominante). Toda la filosofía que anima el paquete regulador de las comunicaciones

electrónicas es la de propiciar estructuras de mercado competitivas, en línea con el sistema norteamericano de prohibición. Si bien, en el caso de otros mercados en general, lo anterior podía ser también así en lo referente al control de concentraciones, en el caso de los mercados de las comunicaciones electrónicas, no resulta necesario el anuncio de una concentración para que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs) intervengan efectivamente para propiciar estructuras de mercado competitivas.

En segundo término, se ajustará al modelo de abuso la intervención que las Autoridades Nacionales de la Competencia (ANCs) puedan desarrollar al conocer de prácticas restrictivas de la competencia desplegadas por operadores de telecomunicaciones dentro de estos mercados de las comunicaciones electrónicas. Lógicamente, si esta intervención llega a hacerse necesaria es porque el sistema de prevención, a que acabamos de referirnos en el párrafo anterior, no es perfecto y puede tener fugas. De este modo, lo que se impone es un sistema de doble filtro, frente al de filtro sencillo imperante, en general, en los mercados.

El funcionamiento del control *a posteriori* dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas coincidiría en lo sustancial con el que corresponde a todos los mercados en general. Si se trata de una práctica restrictiva de la competencia, se buscará dictaminar si, tras el examen del mercado, puede concluirse que el juego de la competencia en el mismo resulta perjudicado o puede resultarlo – en los Arts. 101 TFUE y 1 LDC se prohíben las prácticas colusorias por el objeto y no sólo por el efecto - como consecuencia de la práctica en cuestión. Si se trata de un caso de concentración, será necesario obtener una imagen del mercado sobre la que proyectar la operación empresarial que se pretende materializar para, partiendo de las diferencias entre ese escenario inicial y el hipotético posterior, depurar posibles restricciones al juego de la competencia.

Sin embargo, cuando hablamos de ese otro control previo dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas, las tareas de análisis y evaluación del juego de la competencia en el mercado tienen otras connotaciones y los términos pueden llegar a invertirse, de modo que no se trate ya de proyectar sobre el mercado pertinente los efectos de una operación de concentración, para dilucidar si lo harán menos competitivo, o de calibrar la incidencia que sobre ese mismo mercado pertinente está teniendo o puede llegar a tener determinada práctica restrictiva de la competencia, ya colusoria ya abusiva, sino, y antes bien, de proyectar sobre el mismo una serie de medidas o remedios (obligaciones específicas), a fin de poder concluir si lo harán competitivo una vez constatada la previa existencia en él de una posición de dominio individual o colectiva.

En un plano puramente competencial, la pauta es la de que el análisis apriorístico del mercado y la imposición de obligaciones específicas en el mismo corresponda a la Autoridad Nacional de Reglamentación (CMT), dejando para la Autoridad Nacional de Competencia (CNC) el conocimiento *a posteriori* de prácticas restrictivas de la competencia, así como el control preventivo de las operaciones de concentración.

En este sentido, en su Informe (IPN 52/11) sobre el Anteproyecto de la Ley de modificación de la Ley General de Telecomunicaciones, para adaptarla al nuevo marco europeo regulador de las comunicaciones electrónicas, vertió la CNC una serie de consideraciones que buscaban mantener intactas sus competencias.

Ese marco regulador estaba compuesto fundamentalmente: **(i)** por un lado, por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que

se modificaban la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004, sobre cooperación en materia de protección de los consumidores; (ii) por otro lado, por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modificaban la Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, el Reglamento (CE) nº 1211/2009, por el que se establecía la oficina y el organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas (ORECE), y la Decisión de 16 de diciembre de 2009, que modificaba la Decisión 2002/622/CE, por la que se creaba el grupo de política del espectro radioeléctrico.

Existían determinadas previsiones del Anteproyecto que podían impactar sobre el desarrollo de la competencia en los mercados relacionados con la Ley General de Telecomunicaciones, en tanto que afectaban a las atribuciones que la CNC ostentaba como institución encargada de velar por mantener la competencia efectiva en los mercados. La CNC insistía en que el control *a posteriori* de prácticas restrictivas y de concentraciones era de la competencia exclusiva de las autoridades de la competencia.

Los principios que debían regir esta relación entre autoridades de regulación y autoridades de competencia estaban establecidos en el Art. 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 1 de febrero de 2006, 13 de febrero de 2008, 17 de diciembre de 2008, 8 de junio de 2010 o 6 de octubre de 2010). De todos estos pronunciamientos se infería que el regulador estaba habilitado para apreciar si una conducta presentaba indicios de afectación a la competencia, emitiendo incluso un dictamen no vinculante en cuanto a la calificación de las conductas, pero no le correspondía declarar formalmente una infracción de los tipos definidos por la Ley de Defensa de la Competencia, lo que sólo correspondía a los órganos de defensa de la competencia. Igualmente, en materia de concentraciones, el informe de la CMT no podía tener carácter vinculante.

Sobre la base de lo anterior, la CNC proponía borrar del Anteproyecto toda una serie de referencias que podían llevar a una injerencia injustificada de la ANR en las competencias propias de la ANC. Así, en relación con las funciones de la CMT, se proponía modificar parcialmente las redacciones propuestas para salvaguardar la oferta y la pluralidad del servicio, acotando sus facultades a los mercados sujetos a regulación, y eliminando posibles contradicciones de la Ley General de Telecomunicaciones con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en relación con la participación de la CMT en el seno de los procedimientos de conductas restrictivas de la competencia y control de concentraciones.

ii) El planteamiento *a posteriori* de las Directrices de la Comisión de 1991

(1) Prácticas restrictivas unilaterales o abusivas

El planteamiento del nuevo paquete regulador de las comunicaciones electrónicas difiere, por ese carácter apriorístico, del de las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02), cuyo contenido, si bien no se ha dejado formalmente sin efecto, sí ha resultado ampliamente desbordado por el nuevo planteamiento del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

Estas directrices se referían a los mercados europeos de las telecomunicaciones de 1990, es decir, antes de la liberalización operada en 1998, y cuando aún existían determinados servicios de telecomunicaciones, los vinculados a las redes terrestres, en el sentido de toda red que no fuera satelital, reservados a los operadores históricos o incumbentes nacionales (OO. TT.). En las mismas (considerandos 40 y 78 y ss.) se contemplaba el abuso de posición dominante protagonizado por operadores de telecomunicaciones conforme al modelo de abuso, es decir, centrando la atención en la práctica restrictiva cuando ya se había producido, permitiendo a la empresa o empresas dominantes la obtención de beneficios comerciales que les habrían sido inasequibles de haber existido una competencia efectiva, y no antes de producirse, como sucede actualmente bajo el modelo de la Directiva Marco y de sus instrumentos de desarrollo.

Los ámbitos en los que podía llegar a darse tal abuso eran tres, a saber: (1. °) el del establecimiento y explotación de redes (la posición dominante correspondía a los OO.TT., que aún ejercían el monopolio sobre esas redes); (2. °) los servicios reservados y vinculados a esas redes terrestres o no satelitales (la posición dominante correspondía igualmente a los OO. TT., que disfrutaban de derechos exclusivos o especiales; Vid Decisión 82/86/CEE de la Comisión en el asunto *British Telecommunications*, punto 26, DO n° L 360 de 21. 12. 1982, p. 6, confirmada por la sentencia de 20.3.1985 en el asunto 41/83 República Italiana/Comisión Rec. 1985, p. 873, comúnmente conocido como “*British Telecom*”); y (3. °) los servicios no reservados (la posición dominante la podían ejercer los OO. TT. – por el hecho de controlar determinadas instalaciones esenciales -, pero también otros operadores sin esa cualidad).

Se advertía del riesgo de que los OO. TT. pudieran aprovecharse de su posición de monopolio, o por lo menos dominante, en determinados ámbitos, p.e., en el suministro de acceso a la red, para establecerse firmemente o extender su dominio a mercados vecinos de servicios no reservados, que dependían de aquellos, en menoscabo de competidores y usuarios.

Centraban las Directrices su contenido en la aplicación del Art. 86 TCEE (hoy 102 TFUE) a los abusos de posición dominante protagonizados por operadores de telecomunicaciones, siempre que llegaran a darse los presupuestos necesarios, a saber, posición dominante, abuso de la misma y afectación del comercio entre los Estados miembros. La posición dominante lo mismo podía ser individual que colectiva, y la misma podía venir determinada no sólo por el disfrute de importantes cuotas de mercado, sino además por el control de recursos indispensables, como instalaciones esenciales o derechos de propiedad intelectual o industrial

sobre protocolos de acceso o interfaces necesarios para conseguir la interoperabilidad de los soportes lógicos y físicos (considerando 81).

Dentro de las formas del abuso, se refería la Comisión a los ***abusos de los OO. TT.***, a los ***abusos de las empresas diferentes de los OO. TT.*** y a los ***abusos de posición de compra dominante***. Así:

1. ***Abusos de los OO. TT.*** Dentro de los mismos se ocupaba la Comisión de las siguientes formas (***restricciones de uso y subvenciones cruzadas***):

- 1.1. ***Restricciones de uso.*** Se trataba de restricciones impuestas por los OO. TT. en la prestación de servicios vinculados a las redes bajo su control. Estas restricciones podían: **(i)** limitar el suministro de servicios de telecomunicaciones en condiciones de libre competencia, las inversiones y el progreso técnico, en perjuicio de los consumidores de telecomunicaciones [letra b) del artículo 86: abuso por denegación de suministro]; **(ii)** generar discriminaciones respecto de determinados usuarios (mayoristas o no) de tales servicios, ocasionándoles desventajas competitivas cuando no afectaran a todos por igual [letra c) del artículo 86: abuso por discriminación]; **(iii)** subordinar la utilización de los servicios reservados a la aceptación de obligaciones que no guardasen relación con esa utilización [letra d) del artículo 86: abuso por vinculación].

La resolución paradigmática en este ámbito era la dictada por la Comisión en el asunto *British Telecom (ibídem)*, en el que dicha institución se refirió a los efectos negativos de las restricciones de uso respecto de un suministro de servicios bajo monopolio. En ella, “*se adujo que las restricciones impuestas por British Telecom para la utilización de redes de télex y teléfono, concretamente para la transmisión de mensajes internacionales por cuenta de terceros, (i) limitaban la actividad de los operadores económicos en detrimento del progreso tecnológico, (ii) suponían una discriminación en perjuicio de dichos operadores, lo que los situaba en una situación de desventaja en el plano de la competencia con respecto a los OO TT que no se encontraban sujetos a esas restricciones y (iii) subordinada la celebración de contratos de suministro de circuitos de télex a la aceptación por las otras partes de obligaciones suplementarias que no guardaban ninguna relación con los contratos. En consecuencia, se consideraba que las restricciones en cuestión constituían sendos casos de abuso de posición dominante con arreglo, respectivamente, a las letras b), c) y d) del artículo 86*”.

Dentro de estas ***restricciones de uso*** incluía la Comisión, en particular, las **nueve siguientes**:

- 1.1.1. **Prohibición de interconectar la red del usuario con la de los OO. TT.**

Implicaba esta restricción de uso que no pudiera el usuario hacer uso del título habilitante de ámbito nacional, que le habilitaba para la prestación de servicios de telecomunicaciones, para los que el acceso a la red del incumbente era un recurso esencial, haciéndole de peor derecho con respecto a otros operadores a los que sí llegara a darse dicho acceso e impidiendo el desarrollo mismo de los mercados de las telecomunicaciones.

- 1.1.2. **Restricciones relativas a la utilización de los circuitos arrendados.** Se trataba de limitaciones impuestas respecto al uso de los tramos de red, alquilados por los OO. TT. al usuario (otro operador de telecomunicaciones), en relación con la prestación por parte de ese mismo usuario de servicios no reservados que pudieran llegar a entrar en competencia con los de los OO. TT. En este caso resultaba de aplicación de la doctrina sentada en Asunto 311/84 [*Centro belga de estudios de mercado Télémaking (CBEM) SA contra Compañía luxemburguesa de teledifusión SA e Información publicidad Benelux SA*, de 3. 10. 1985; Rec. 1985, p. 3261, resultandos 26-27]. En ese caso, la Comisión había iniciado un procedimiento contra la *Régie des Télégraphes et des Téléphones* belga, después de que una empresa privada de servicios de telecomunicación de valor añadido presentara una denuncia por abuso de posición dominante en relación con las condiciones en que se estaban arrendando los circuitos de telecomunicaciones. Tras diversas discusiones con la Comisión, la *RTT* aceptó que el suministrador privado utilizara los circuitos de telecomunicación arrendados sin otras restricciones que su no utilización para el simple transporte de datos.
- 1.1.3. **Denegación por las OO TT del suministro de servicios reservados (en particular la red y los circuitos arrendados) a terceros.** Se trataba de que los OO. TT. denegaban a los terceros operadores el suministro de servicios reservados, con lo que éstos se veían imposibilitados, a su vez, para la prestación de servicios no reservados que dependían de aquellos. Tales conductas suponían limitaciones de suministro de servicios de telecomunicaciones, inadmisibles a la luz de la letra b) del artículo 86, y podían también llegar a suponer discriminaciones en los casos de la letra c) (*vid supra*), y así resultaba también de la doctrina sentada tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia en pronunciamientos ya clásicos: Asuntos 6 y 7/73, *Comercial Solvento/Comisión*, Rec. 1974, p. 223 (*sic* en nota al pie de las Directrices); Sentencia de 14. 2. 1978 en el asunto 27/76 *United Brands/Comisión* Rec. 1978.
- 1.1.4. **Imposición de cargas suplementarias u otras condiciones especiales para determinados usos de servicios reservados.** Se trataría, por ejemplo, de cargos pasados por los OO. TT. a los terceros operadores, por darles acceso a su red o para que esos terceros operadores pudieran prestar servicios a terceros, cuando tales cargos pudieran dar lugar a discriminaciones entre los usuarios o a la imposición a los mismos usuarios de condiciones no equitativas. Tales cargos sólo dejarían de considerarse abusivos cuando los mismos respondieran exclusivamente a los costes ocasionados a los OO. TT.
- 1.1.5. **Discriminación en materia de precios o calidad de los servicios suministrados.** “Este comportamiento puede darse, por ejemplo, en las tarifas, las restricciones o los plazos aplicados para la conexión a la red pública conmutada o el suministro de circuitos arrendados, la instalación, el mantenimiento y la reparación, la interconexión de sistemas o para el suministro de información sobre planificación de la red protocolos de señalización, normas técnicas y otras informaciones necesarias para una

interconexión e interoperación apropiadas con el servicio reservado y que puedan afectar al interfuncionamiento de los servicios competidores o a las ofertas de equipos terminales” (considerando 98 de las Directrices).

1.1.6. Subordinación del suministro del servicio reservado al suministro por los OO. TT. u otros operadores de equipos terminales que deben conectarse u operar entre sí. Se trataría nada más que de un abuso de posición dominante, bajo la forma de vinculación, que dejaremos suficientemente estudiado al ocuparnos a título general del abuso de posición dominante, con lo que valdría con remitirse a lo expuesto en los correspondientes apartados.

1.1.7. Subordinación del suministro del servicio reservado a la conformidad del usuario a cooperar con el prestador del servicio reservado en lo referente a los servicios no reservados que aquél pretenda suministrar a través de la red. En este caso, la posición dominante disfrutada por los OO.TT. en el ámbito de los servicios reservados, les permitía también abusar en el ámbito de los servicios no reservados. Valdrá con remitirse (*vid infra*) a lo dicho al tratar de la extensión de la posición dominante a mercados vinculados.

1.1.8. Reservas de información sobre los usuarios obtenida en la prestación de servicios reservados y uso de la misma para la prestación de servicios no reservados. En la prestación de los servicios reservados los OO. TT. podían acceder a información esencial sobre la identidad de los usuarios, hábitos de consumo, necesidades, etc., de la que podían llegar a aprovecharse, en detrimento de sus competidores, a la hora de prestar servicios no reservados y de definir su estrategia comercial en este ámbito. La denegación a otros operadores de un acceso a esa información basándose en la normativa de protección de datos podía llegar a dar lugar a un abuso de posición dominante de la letra c) del artículo 86, al generar discriminaciones respecto de otros operadores a los que sí llegara a facilitarse dicha información.

1.1.9. Imposición de servicios no requeridos reservados en el suministro de otros servicios, reservados o no, en el caso en que aquellos puedan ser separados de éstos. Al igual que en el anterior punto 1.1.6., se trataría de un abuso de posición dominante en forma de vinculación, por lo que valdría la misma remisión hecha allí a todas las reflexiones relacionadas con el abuso de posición dominante en general.

1.2. Subvenciones cruzadas (ver considerandos 102 a 110 de las Directrices). En estos casos, los OO. TT. transferían todos o parte de los costes de sus actividades en un producto o mercado geográfico a sus actividades en otro producto o mercado geográfico distinto. Estas subvenciones cruzadas no planteaban dificultades cuando se daban entre diferentes servicios reservados, pues todos ellos conformaban cotos cerrados frente al juego de la competencia, ni tampoco cuando, con cargo a los beneficios obtenidos con los servicios no reservados de los OO. TT. se costeaban servicios reservados. Las anteriores podían incluso ser prácticas procompetitivas que permitieran ayudar a la prestación de servicios

reservados no especialmente rentables como, por ejemplo, los referidos a zonas rurales o de difícil acceso.

Los problemas de competencia se planteaban, en cambio, cuando los OO. TT. aprovechaban los excedentes obtenidos en la prestación de servicios reservados en régimen de monopolio o cuasimonopolio y los destinaban a competir con ventaja en el ámbito de los servicios no reservados. Estas conductas podrían ser fácilmente reconducidas al ámbito del abuso de posición dominante. La Comisión declaraba que los precios aplicados por los OO. TT. a sus clientes en el ámbito de los servicios reservados debían estar orientados a costes, a fin de evitar que el sobreprecio pudiera destinarse a financiar la actividad de los mismos OO. TT. en el ámbito de los servicios no reservados. Un valor instrumental con respecto a esta obligación adquiriría la de llevanza de una contabilidad transparente, que permitiera discernir con claridad qué costes correspondían a actividades reservadas y cuáles a actividades no reservadas. Esa transparencia podía ser incluso mayor cuando se produjera una separación estructural, asignando las actividades reservadas y las no reservadas a personas jurídicas diferentes.

2. **Abusos de las empresas diferentes de los OO. TT.** La liberalización que se iba imponiendo en el ámbito de los servicios no reservados permitía que estos operadores diferentes de los OO. TT. pudieran llegar a alcanzar una posición dominante en los mercados relacionados con los servicios no reservados. La forma de estos abusos y la metodología a emplear para su evaluación podría coincidir, en lo sustancial, con la que acaba de verse para los OO. TT. En especial, estos operadores podían llegar a abusar de la posición dominante que les pudiera conferir el acceso a determinada información protegida por derechos de propiedad intelectual o industrial a fin de limitar la competencia. En el momento de aprobarse estas Directrices, los principios de interconexión y neutralidad tecnológica se encontraban mucho menos implantados y, en particular, se contemplaba la posibilidad de que todos esos derechos fueran referidos a determinadas normas o estándares no abiertos de conexión. La Comisión reconocía (considerando 115) que *“resulta(ba) muy difícil dar respuesta al problema de cómo conciliar los derechos de autor de las normas con las exigencias de la competencia”* pero que, *“en cualquier caso, los derechos de autor no pueden utilizarse para restringir la competencia indebidamente”*.

También apuntaba la Comisión (considerando 113 de las Directrices): *“Una empresa que posee una arquitectura de red dominante puede abusar de su posición dominante negándose a suministrar la información necesaria para la interconexión de otras arquitecturas con la suya. Otros posibles abusos, similares a los indicados para los OO TT, son los retrasos a la hora de suministrar la información, las discriminaciones en materia de calidad de la información, la fijación discriminatoria de precios y otras condiciones comerciales y la subordinación del suministro a la aceptación por parte del productor, proveedor o del usuario de condiciones comerciales no equitativas.”*

3. **Abusos de posición de compra dominante.** Aunque estas posiciones de compra dominantes se disfrutaban, por lo general, por los OO. TT., nada impedía que pudieran llegar a ostentarse también por otros operadores en mercados abiertos a la competencia.

La Comisión declaraba aplicable el Art. 86 también a estas formas de abuso. Así, por ejemplo: **(i)** la imposición a los proveedores de precios excesivamente favorables u otras condiciones comerciales, de las que no se beneficiasen otros clientes de esos proveedores, podían suponer una suerte de abuso por discriminación del proscrito por la letra c) del artículo 86 y, además, el abuso por imposición de condiciones de compra no equitativas previsto en la letra a) de ese mismo artículo; **(ii)** otro ejemplo de práctica abusiva del lado de la demanda puesto por la Comisión (considerando 119) era el de la subordinación de la compra a la concesión, por parte del proveedor, de una licencia sobre las normas patentadas del producto objeto de la compra o de otros, en beneficio del comprador o de otros proveedores, práctica que entendía incardinable dentro de la letra d) del artículo 86, desde el momento en el cual se trataba de subordinar la compra a la aceptación por el proveedor de prestaciones suplementarias que no resultaban indispensables para la formalización de la transacción principal; **(iii)** también podía suceder que la posición dominante de compra fuera utilizada por el operador para imponer aguas arriba restricciones verticales como las consistentes en que el proveedor le hiciera distribuidor exclusivo de sus productos o servicios, lo que podría ser la vía para que el operador comprador pudiera extender su posición dominante a mercados vinculados; **(iv)** o, del mismo modo, que esa posición dominante del lado de la demanda permitiera al operador que la disfrutaba discriminar entre proveedores por razón de la nacionalidad, supuesto que no sólo cabía entender incluido en la letra c) del artículo 86, sino además en la letra b), por cuanto entrañaba una limitación al nacimiento de mercados de dimensión europea.

(2) Prácticas restrictivas multilaterales o colusorias

En sus Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02), la Comisión quiso ocuparse de determinados acuerdos entre Operadores de Telecomunicaciones (OO. TT.) que pudieran llegar a incidir sobre el comercio entre los Estados miembros. Realmente, la Comisión advertía que esos acuerdos no se habían dado hasta ese momento (1991) entre OO. TT. asentados en diferentes estados, pero que no resultaba descartable que pudieran llegar a darse en un futuro.

P.e., la prensa digital de 24 de agosto de 2010, se hacía eco de que *Telefónica y Portugal Telecom* romperían su alianza de trece años en cuanto se concretase la compra por parte de la operadora española del capital de la lusa en el líder brasileño del móvil, *Vivo*. Pero ello con la intención de mantener algunos lazos y no hacerse daño mutuamente, al menos, en sus respectivos mercados naturales. Según publicaba el diario portugués *Jornal de Negócios*, *Telefónica y Portugal Telecom* firmarían un acuerdo por el que se comprometían a no competir en el mercado ibérico. Esta salvaguarda figuraba en las primeras ofertas que la española remitió a la portuguesa, pero no había documentos públicos que confirmasen que se mantuvo en el pacto final. El diario, sin embargo y de manera sorprendente, en la medida en que suponía publicitar un cártel de reparto de mercados, aseguraba que esta cláusula se había mantenido y citaba fuentes de *Telefónica*. La operadora española prefirió no comentar esta información. El texto que incluían las primeras ofertas señalaba que “*cada parte se abstendrá, de forma directa o indirecta a través de sociedades de su grupo, de realizar o invertir en proyectos en el sector de las telecomunicaciones (incluyendo servicios de telefonía fija y móvil, acceso a internet y televisión, pero excluyendo cualquier inversión o actividad que venga siendo realizada en la fecha de esta oferta como es la participación de Telefónica en la lusa Zon, que pueda considerarse en competencia con la otra, en el mercado ibérico*”. Pero el documento estipulaba que este pacto sólo tendría una validez

temporal y fijaba el fin del periodo en diciembre de 2011, o el momento en que PT vendiera la totalidad de sus acciones en *Vivo*, si elegía la opción de desinversión a plazos.

Volviendo a las Directrices, se trataba de identificar algunas de las posibles restricciones inscritas dentro del artículo 85 y de valorar las eficiencias que pudieran justificar la concesión de una exención individual, más allá de las previstas en los reglamentos respectivos de exención por categorías.

Entre las posibles eficiencias asociadas a tales acuerdos, se citaban las que se relacionaban con la posibilidad de que los mismos pudieran llegar a contribuir a la implantación de servicios de dimensión trasnacional y europea. En especial, se barajaba la posibilidad de que la cooperación entre operadores de telecomunicaciones – OO.TT. en la terminología de las mismas Directrices – pudiera contribuir a la creación de un servicio óptimo, como en el caso de los acuerdos de punto único de compra de servicios de dimensión europea, que permitiesen adquirir servicios de dimensión europea en un único punto de venta.

En esta misma línea se situaban determinadas medidas del Consejo, entre las que destacaban la Recomendación 86/659/CEE, relativa a la introducción coordinada de la Red digital de servicios integrados (RDSI) en la Comunidad Europea (DO n° L 382 de 31. 12. 1986, p. 36.), y la Recomendación 87/371/CEE, relativa a la introducción coordinada en la Comunidad de comunicaciones públicas y paneuropeas de naturaleza móvil que hagan uso de una tecnología digital y celular para aplicaciones terrestres (DO n° L 196 de 17. 7. 1987, p. 81).

La Comisión se mostraba partidaria de tal cooperación, especialmente, para fomentar el desarrollo de servicios transeuropeos y aumentar el nivel de competitividad de la industria comunitaria dentro de la Comunidad y en los mercados mundiales. Sin embargo, advertía de que, para alcanzar ese objetivo de cooperación, era también indispensable garantizar el respeto de las normas comunitarias sobre competencia.

Debía diferenciarse, a tales efectos, entre los acuerdos que se situaban en el ámbito de los **servicios reservados** y los que se situaban en el ámbito de los **servicios no reservados**:

1. **Servicios reservados**. En ese momento, el mercado de las telecomunicaciones no se encontraba aún liberalizado (esta liberalización fue a partir de 1998) y la entonces vigente Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192 de 24.7.1990, p. 10/16), permitía la conservación de determinados derechos especiales o exclusivos a favor de los operadores históricos de telecomunicaciones, sobre todo, en el ámbito de las infraestructuras de red terrestre y de los servicios a ella vinculados. En el de los servicios reservados, no descartaba la Comisión que llegaran a darse acuerdos entre OO. TT. asentados en diferentes estados miembros que pudieran atenuar la competencia que se daba entre ellos (p.e., un operador podía intentar captar a clientes situados en otro Estado miembro incitándoles, p.e., a trasladar, por razones de calidad o de precio, su centro de telecomunicaciones al territorio en el que aquél estuviera asentado).

Dentro de los acuerdos celebrados entre OO. TT. en el ámbito de las infraestructuras de red terrestre (Red Telefónica Pública Conmutada) y otros servicios reservados vinculados a la misma, lo primero era que la reserva de esos servicios especiales o

exclusivos no sustraía a los operadores de las normas de competencia a la hora de facilitarlos a terceros. Dentro de esos acuerdos se ocupaba la Comisión de los *acuerdos sobre precios*, de los *acuerdos sobre otras condiciones del suministro de facilidades*, de los *acuerdos sobre la elección de rutas de telecomunicaciones*, de los *acuerdos sobre la imposición de normas técnicas y de calidad a los servicios suministrados en la red pública* y de los *acuerdos sobre intercambio de información*:

- 1.1. *Acuerdos sobre precios*. Los acuerdos de los OO TT sobre precios, descuentos - en especial, la coordinación o prohibición de tales descuentos - y percepción de derechos para servicios internacionales podían restringir la competencia por los centros de telecomunicaciones de los clientes de manera considerable. Estos podrían ser los únicos modos de frenar la competencia entre operadores basada en la rebaja de precios, dado el alto nivel de transparencia en que se desenvolvían las tarifas de los operadores de telecomunicaciones (no había competencia invisible).

Estos acuerdos podían ser el único modo de dar lugar a eficiencias relacionadas con el suministro de servicios de dimensión comunitaria. Aún así, la exención individual habría de reservarse para los casos más significados y la gravedad de los efectos anticompetitivos de estos acuerdos hacía muy difícil la obtención de una exención individual. Diferente podría ser el caso del simple establecimiento de estructuras o principios tarifarios que podían, por ejemplo, contribuir a dotar de transparencia a los cálculos tarifarios haciéndolos más accesibles y entendibles para los usuarios, lo que, a la postre, tendría que conducir al objetivo más que deseable de aproximar las tarifas al coste real del servicio.

- 1.2. *Acuerdos sobre otras condiciones de suministro de facilidades*. El efecto inmediato de esta clase de acuerdos era el de limitar la competencia entre los OO TT. para la captación de los centros de telecomunicaciones de sus posibles clientes. Un efecto derivado del anterior era el de la creación de barreras de entrada para la prestación por terceros operadores de telecomunicaciones de servicios no reservados, pues los mismos verían dificultado el acceso a las instalaciones esenciales para la prestación de los mismos.

Respecto de las posibles eficiencias que pudieran justificar la concesión de una exención individual con arreglo al Art. 85.3 TCEE, se admitía la posibilidad de que tales acuerdos pudieran contribuir a la creación de un entorno favorable para la creación o consolidación de plataformas de red novedosas, lo que no podría tener lugar en el caso de someterse a unas condiciones normales de competencia ya desde el inicio.

En este sentido, cabe observar cómo, una década después de estas Directrices de la Comisión, también en el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas (Directiva Marco, Directivas Específicas, Recomendación y Directrices de la Comisión), se prevé la no aplicación de remedios ni la imposición de obligaciones específicas en el caso de mercados que están naciendo, como sería el caso de los mercados de redes de nueva generación basadas en el despliegue de fibra hasta los hogares. Tales plataformas de red novedosas, en opinión de la Comisión, podrían contribuir al aumento de la competitividad de las estructuras

industriales europeas mediante el recurso a tecnologías que vendrían a abaratar la prestación de los servicios.

- 1.3. ***Acuerdos sobre la elección de rutas de telecomunicaciones.*** Esta clase de acuerdos podían basarse en criterios geográficos o tecnológicos; estos últimos, si se imponía el recurso a una red de determinadas características, p.e., la utilización de la RTPC de los incumbentes pero no la alternativa de los cableoperadores. Los mismos podían llegar a desencadenar determinados efectos restrictivos centrados, sobre todo, en una limitación del uso de nodos y redes, geográfica o tecnológicamente alternativos, para la transmisión de la señal.

Cuando la designación de la ruta se basara en criterios geográficos, el acuerdo podría llegar a beneficiarse de una exención si tal designación de rutas comunes resultase necesaria para permitir las interconexiones y, por tanto, para la utilización de una red de dimensiones europeas. Cuando, en cambio, se basara en criterios tecnológicos o en las características técnicas de una determinada red, el acuerdo no llegaría a ser restrictivo si obedeciera a las características técnicas necesarias para la prestación del servicio. Fuera de estos casos, el acuerdo sería restrictivo y difícilmente podría llegar a beneficiarse de una exención individual por la impronta del principio de neutralidad tecnológica.

- 1.4. ***Acuerdos sobre la imposición de normas técnicas y de calidad a los servicios suministrados en la red pública.*** Se trataría, ni más ni menos, que de los acuerdos de estandarización, de los que nos ocuparemos en detalle al tratar más abajo de los acuerdos de cooperación horizontal en los diversos mercados, sólo que referidos a las redes y servicios de telecomunicaciones.

En general, la estandarización – especialmente, la avalada por organismos europeos de normalización (ETSI y CEN-CENELEC) - podía tenerse por beneficiosa. Así ocurría cuando la misma permitiera la prestación de servicios de telecomunicaciones adaptados en toda la comunidad y la aparición de servicios de dimensión paneuropea que dieran lugar a economías de escala que permitieran a los usuarios disfrutar servicios a mejor precio en toda la UE. Además, en el caso de servicios que no estaban reservados a los OO. TT., la estandarización podría ofrecer una alternativa frente a las normas controladas por las empresas dominantes en lo referente a la arquitectura de la red y a la forma de prestarse esos servicios no reservados.

No obstante, algunos acuerdos de normalización alcanzados fuera del seno de los organismos europeos de normalización podían tener efectos restrictivos sobre la competencia – *“obstaculización de la innovación, paralización del progreso técnico en una fase determinada y bloqueo del acceso a la red para determinados usuarios o prestadores de servicios”*.

Esta clase de acuerdos entraban dentro del ámbito de aplicación del Art. 85, si bien podían llegar a beneficiarse de una exención individual con arreglo a dicho precepto si contribuyeran a liberalizar el mercado y a facilitar el acceso a éste. La concesión de esta exención quedaba condicionada al cumplimiento de las condiciones generales entre las que destacaba la participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante, lo que la Comisión asociaba al hecho de que

en el proceso de estandarización se diera intervención de modo representativo a los usuarios y a todos los agentes económicos activos en el mercado diferentes de los propios OO. TT. Igualmente, apuntaba la Comisión el dato de que, para conceder la exención individual, hubieran de otorgarse licencias a terceros para el uso de los estándares.

- 1.5. ***Acuerdos sobre intercambio de información.*** Respecto de estos acuerdos advertía la Comisión en las Directrices: “*Aunque el intercambio general de información puede ser necesario para el buen funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones internacionales y para la cooperación encaminada a asegurar las interconexiones y el punto único de compra y facturación, no debe incluirse, en tal intercambio, información sensible para la competencia, como la relativa a determinadas tarifas, que forme parte de los secretos comerciales, descuentos, clientes y estrategia comercial, incluida la relacionada con nuevos productos. El intercambio de tal información podría afectar a la autonomía de la política comercial de cada OO TT, lo cual no es necesario para alcanzar tales objetivos*”.
2. ***Servicios no reservados.*** Al margen de estos servicios reservados, contemplaba también la Comisión la posibilidad de que la cooperación se situara en el ámbito de servicios no reservados, dentro de los cuales inscribía el suministro de equipos y terminales de telecomunicaciones y los servicios de capacidad satelital. Estos servicios sí podían ser prestados por operadores de telecomunicaciones diferentes de los OO. TT. Dentro de los mismos, las Directrices de la Comisión distinguían entre los ***acuerdos que pudieran celebrar los OO. TT. entre sí*** y los ***acuerdos que pudieran celebrar los OO. TT. con otros operadores de telecomunicaciones sin esa cualidad*** y, finalmente, los ***acuerdos que pudieran celebrar estos últimos operadores entre sí***. Por lo general, se observaba que esta clase de alianzas estratégicas se articulaba a través de empresas en participación. Así y en definitiva:
 - 2.1. ***Acuerdos entre OO TT.*** El objeto de estos acuerdos entre incumbentes asentados en diferentes estados sería el de la creación de un punto único de venta, a través del cual, cada uno de los OO. TT. podría prestar la totalidad de los servicios de telecomunicaciones requeridos por los clientes de cada Estado, servicios éstos que las Directrices denominaban “*servicios gestionados de redes de datos*” (SGRD) y que consistían, en suma, en un amplio número de servicios, entre los que se incluían instalaciones, servicios de valor añadido y servicios de gestión.

En el ámbito de los SGRD estos acuerdos podían llegar a tener efectos restrictivos que podían proyectarse sobre las relaciones entre los OO. TT. y también respecto de terceros operadores. En cuanto a lo primeros, porque limitaban el número de SGRD potenciales que podían ofrecer cada uno de ellos y podían llevar a casi cualquiera de las prácticas restrictivas previstas en el entonces Art. 85: fijación de precios, de las características del producto suministrado, limitaciones de la producción o del grado de innovación, etc.

En cuanto a los efectos sobre los terceros operadores, los acuerdos entre OO. TT. podían suponer la elevación de barreras a su entrada cuando implicaran denegarles el acceso a instalaciones esenciales, les impusieran restricciones de uso no impuestas a otros OO. TT. parte del acuerdo, precios más elevados, etc.

Al margen de ser considerados prácticas colusorias, dado que los OO. TT., individual o colectivamente, disfrutaban de posición dominante para la creación y/o explotación de redes en los diversos mercados nacionales, tales comportamientos admitían ser analizados también en clave de abuso de posición dominante individual o colectiva con arreglo al entonces Art. 86 TCEE (ver considerando 60 de las Directrices).

Cabía que tales acuerdos pudieran llegar a beneficiarse de una exención individual con arreglo al Art. 85.3, en la medida en que los mismos pudieran contribuir a la conformación de servicios de telecomunicaciones de dimensión europea, por la vía de su uniformización y normalización, a la creación de un punto único de venta y también a la reducción de costes y, por tanto, de los precios aplicados a los usuarios mediante la obtención de economías de escala.

De cualquier modo, advertía la Comisión: *“En cualquier caso, lo más probable es que las restricciones al acceso de terceros sean consideradas no indispensables y conducentes a la eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos y servicios de que se trate, en aplicación del apartado 3 del artículo 85, con la consiguiente exclusión de toda posibilidad de exención. Además, si un acuerdo sobre SGRD refuerza considerablemente la posición dominante de un OO TT en el mercado de un servicio comprendido en los SGRD, es probable que también se deniegue la exención”*.

- 2.2. ***Acuerdos entre OO TT y otros proveedores de servicios.*** La Comisión advertía de que estos acuerdos podían tener efectos beneficiosos, junto con otros perjudiciales que se hacía necesario sopesar. Dentro de estos últimos, había que distinguir entre las restricciones de la competencia entre las partes del acuerdo y las que pudieran llegar a darse respecto de terceros. En cuanto a las primeras, el efecto de estos acuerdos podía llegar a ser el de atenuar la presión competitiva que se daba entre esas partes del acuerdo que, con toda seguridad, serían competidores actuales o potenciales para la prestación de los servicios a que el acuerdo iba referido, dado que cada una de ellas tendría la capacidad para prestarlos por separado.

Además, y como se ha dicho, resultaba muy probable que pudieran llegar a plantearse restricciones respecto de los terceros ajenos al acuerdo, principalmente, porque los OO. TT. estarían capacitados y estimulados para dar acceso a su red en condiciones más favorables a sus socios en el mismo que a esos terceros operadores, que verían vetado de esta forma su acceso al mercado.

Para que esta clase de acuerdos pudieran llegar a beneficiarse de una exención individual con arreglo al Art. 85.3 TCEE, no bastaba con invocar la complementariedad entre las redes y servicios reservados a los OO. TT. y los servicios no reservados de los demás operadores, porque lo anterior sería tanto como legitimar la entrada, por esta vía, de los OO. TT. en ámbitos que no les estaban reservados, con el efecto de ampliar a los mismos la posición dominante de que pudieran disfrutar. En fin, se exigía la concurrencia de eficiencias especialmente cualificadas, en particular, *“la racionalización de la producción y distribución de servicios de telecomunicaciones, transferencias de tecnología que*

incrementen la eficacia y la competitividad de las estructuras industriales europeas”.

- 2.3. ***Acuerdos entre proveedores de servicios distintos de los OO TT.*** Estos acuerdos habrían de ser resueltos con arreglo a las mismas pautas expuestas en los dos números anteriores. En especial, advertía la Comisión de la dificultad para que estos acuerdos pudieran llegar a beneficiarse de la exención individual cuando se tratara de casos de cártel de fijación de precios, limitaciones de producción o repartos de mercado o de fuentes de abastecimiento, así como cuando los mismos contribuyeran a la creación o refuerzo de posiciones dominantes. Esta última situación, advertía la Comisión podía llegar especialmente a darse *“cuando, para fomentar el servicio objeto de la cooperación se adopta la norma patentada de una empresa, que tenga una posición dominante respecto de la arquitectura de la red”*, dado que *“esta arquitectura, que permite la interconexión entre los sistemas informáticos de las partes, podría atraer algunas partes al socio dominante, reforzando de este modo su posición dominante con respecto a la arquitectura de la red, pudiéndose aplicar el artículo 86”*.

iii) El presupuesto del Poder Significativo de Mercado

El concepto de posición dominante es uno de los presupuestos de la práctica restrictiva de la competencia que llamamos abuso de posición dominante, como los es de las prácticas colusorias horizontales o verticales el concepto, más atenuado que el anterior, de poder de mercado. Así, el poder de mercado no tiene que ser tan intenso como para dar lugar a una posición dominante o, puesto en otros términos, si bien toda posición dominante implica poder de mercado también es dable que exista poder de mercado sin posición dominante.

Realmente, si algo cabe inferir de los instrumentos de la Comisión es que, en el caso de la posición dominante, hablamos un poder de mercado absoluto, que permite a quien la disfruta comportarse de modo independiente e influir, a su vez, sobre el comportamiento de sus competidores, hasta el punto de restringir la competencia dentro del mercado relevante, mientras que, en el supuesto de poder de mercado, hablamos de un poder de mercado relativo, que permite a quien lo ostenta elevar los precios y, sólo en el corto plazo, obtener con ello un beneficio. En la medida en que este último plazo se vaya alargando el poder de mercado se acercará a la posición dominante y, yéndonos al extremo, tendríamos una situación de monopolio perfecto, donde el monopolista, no sujeto a competencia real ni potencial, por la existencia de barreras de entrada, podría mantener la elevación de precios por el tiempo que estimase, sin perder por ello cuota de mercado.

A esos dos conceptos, posición dominante y poder de mercado, debemos añadir ahora un tercero, nacido al calor de la particular sistemática introducida a través del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, a saber, el de Poder/Peso Significativo de/ en el Mercado (PSM). Sin perjuicio de pasar a ahondar en este nuevo concepto, sí podemos adelantar que el mismo podría ser definido como una posición dominante *a priori* o, lo que es igual, como una posición dominante que no tiene por qué llegar a cristalizar en un abuso de la misma.

Si bien en el abuso de posición dominante, conforme a un sistema de abuso, no basta con que exista una posición dominante para que llegue a darse una intervención de las autoridades *antitrust*, sino que además es necesario que la empresa que disfrute de esa posición dominante abuse de la misma, en el modelo de prohibición que inspira la

sistemática del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, basta con que se dé esa posición dominante o Poder Significativo de Mercado para que se produzca esa intervención mediante la imposición de obligaciones específicas, sin necesidad de esperar a que llegue a darse ninguna práctica abusiva por parte de la empresa que disfrute de la misma. Es decir, que desde un modelo estructural, ya decimos que apegado al sistema norteamericano de prohibición, se entiende que un mercado de comunicaciones electrónicas donde existe un operador con PSM es un mercado en el que no existe competencia efectiva.

Para las autoridades de la competencia la posición dominante no es en sí misma reproachable y la misma bien puede haber sido ganada por la vía de los méritos competitivos de quien la disfruta. Coherentemente con la idea de premiar la competitividad de las empresas, el Derecho *Antitrust* respeta esa posición dominante, ganada en buena lid, y sólo se activa en el caso de que quien la disfruta haga un mal uso de ella.

En el control de concentraciones, comienzan no obstante a introducirse las características de un control estructural o de prohibición, de modo que lo que se busca es que a través de la operación notificada no llegue a generarse ni reforzarse una posición dominante. Es decir, que lo que se prohíbe es la posición dominante, en sí misma, y no el abuso de la misma, y la razón de lo anterior puede ser la de que no se trata, ya en este caso, de una posición dominante ganada por la vía de la lucha competitiva en el mercado, sino de otra que se gana por el atajo que supone el recurso a una operación de concentración. Esta idea, con las debidas adaptaciones, vuelve a plantearse en el caso de la definición de los mercados de las comunicaciones electrónicas y del análisis y evaluación del juego de la competencia en los mismos de acuerdo con la Directiva Marco y sus instrumentos de desarrollo específicos.

El PSM ganado por los incumbentes de telecomunicaciones en cada uno de los diversos Estados miembros lo fue sobre la base de una serie de privilegios y al amparo de un monopolio estatal reservado a favor de los mismos. Lo anterior legitima para entender que ese PSM, al no ser consecuencia del buen hacer empresarial, sino más bien de esos otros factores, puede y debe ser neutralizado mediante remedios u obligaciones específicas que permitan preservar una competencia efectiva dentro del mercado de comunicaciones electrónicas de que se trate. A la vista de lo anterior, el análisis del mercado en el ámbito del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas se centra en precisar si existe en él esa posición de dominio, a la que la Directiva pone la etiqueta de Peso Significativo en el Mercado o Poder Significativo de Mercado, que ambas cosas vienen a ser la misma.

Ahora bien y como venimos insistiendo, a diferencia de lo acontecido con la posición dominante, que se define *a posteriori* en la jurisprudencia del TJUE y del TPIUE y en la doctrina de la DG IV y de las ANCs, cuando hablamos de PSM en los mercados de las comunicaciones electrónicas, con arreglo al criterio de la Comisión, hemos de hacerlo con una visión prospectiva, por el hecho de que muchas veces faltarán datos del pasado en los que basarse (ver considerando 27 de la Directiva Marco), y sin necesidad de que ese PSM haya llegado a concretarse en un abuso de la posición de dominio. Lo anterior se traduce también en el hecho de que, conforme a las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Diario Oficial n° C 165 de 11/07/2002 p. 0006 – 0031), las ANRs hayan de realizar sucesivas y periódicas evaluaciones (ver n.º 20).

El PSM se viene, de esta manera, a entender como el poder de una o varias empresas de subir el precio de sus productos o de disminuir su calidad o variedad, actuando al margen y con independencia de sus competidores, clientes y, a la postre, de los consumidores. También el elemento de la independencia en la actuación respecto de los proveedores se pone de manifiesto en las SSTJCE. Por ejemplo, en “*Hugin Kassaregister AV y Hugin Cash Registers Ltd. c. Comisión*” (de 31 de mayo de 1979, asunto C-22/78, *Rec.*, 1979, p. 1879), al mantener el Tribunal que “[...] *el fabricante de un producto está en posición dominante cuando está en medida de determinar su comportamiento sin tomar en consideración las fuentes de aprovisionamiento competidoras*”.

iv) Factores para determinar la existencia de Poder Significativo de Mercado

Un primer factor a tomar en cuenta a la hora de determinar la existencia de posición dominante, de la que el PSM no deja de ser una variante, es el de la cuota de mercado. En cuanto al factor de la cuota de mercado, en palabras de la propia Comisión [Asunto T-139/98: *AAMS contra Comisión* (Recopilación 2001, p. 0000-II), apartado 51]: “*El hecho de tener una cuota de mercado muy elevada coloca a la empresa que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y de oferta que representa -sin que aquellos que posean cuotas sensiblemente más pequeñas puedan satisfacer rápidamente la demanda de quienes querrían apartarse de la empresa que tiene la cuota mayor- en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con ella y que, ya sólo por eso, le proporciona, al menos durante períodos relativamente largos, la independencia de comportamiento característica de la posición dominante*”.

La Comisión considera poco probable la existencia de un PSM individual con cuotas de mercado por debajo del 25 %. En la práctica de dicha institución, una preocupación por una posición dominante suele plantearse sólo a partir de cuotas del 40 %, y sin perjuicio de que, en ciertos casos, como cuando exista mucha diferencia entre la cuota correspondiente a una empresa y la referida a sus competidores, pueda haber PSM por debajo de ese umbral [Asunto 27/76 *United Brands contra Comisión* (Recopilación 1978, p. 207)].

Cuanto mayor sea la diferencia entre la cuota de mercado de la empresa en cuestión y la de sus competidores, más probable será que dicha empresa se encuentre en posición dominante. Por ejemplo, en el asunto COMP/M.1741 - *MCI WorldCom/Sprint* se llegó a la conclusión de que la entidad concentrada tendría en el mercado del suministro de conectividad a Internet de nivel superior una cuota de mercado combinada absoluta de más de [35-45] %, varias veces superior a la de su competidor más próximo, por lo cual su comportamiento podría ser independiente del de sus competidores y clientes (véanse los considerandos 114, 123, 126, 146, 155 y 196) (nota al pie n.º 77 de las directrices).

En la jurisprudencia del TJCE y del TPIUE, cuotas elevadas por encima del 50 % revelan, por sí mismas y salvo circunstancias excepcionales, la existencia de PSM (V. Apdo. 75 de las Directrices, ver también asunto C-62/86, *Akzo c. Comisión*, sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, 1991 ECR I-3359). No obstante, estas reflexiones, principalmente extraídas de las Directrices de la Comisión, resultan matizables y perfeccionables partiendo de las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta la volubilidad de toda esta materia.

De otra parte, para concluir la existencia de PSM los datos sobre cuotas de mercado no pueden ser tomados como referencias estáticas, sino dinámicas y sujetas a una evolución. En este sentido, el hecho de que las cuotas de mercado permanezcan estables durante largo tiempo es indicio de la existencia de PSM. Por el contrario, su fluctuación será un indicador del juego de la competencia en el mercado de referencia. La tendencia a la reducción de la cuota más elevada podrá ser indicio sólo de que el mercado se está haciendo más competitivo, sin que dicha tendencia, sin nada más, baste para inferir la ausencia de PSM y la competitividad del mercado pertinente.

El factor de la cuota de mercado, con ser esencial, no juega sólo a la hora de propiciar la existencia de PSM, sino que debe ponerse en relación con las características globales del mercado. A estos efectos, las Directrices proponen una serie de criterios añadidos. Los mismos podrán, uno por uno, no ser determinantes de la existencia de PSM, pero su importancia a tal fin será mayor cuando se pongan en relación los unos con los otros.

- **Envergadura global de la empresa.** Por ejemplo, puede destacarse cómo, en relación al expediente de la *failing firm* [o de la “empresa en quiebra” en terminología de nuestro Tribunal Supremo (STS 3.10.2006; RJ 2006\6651)] -, al que nos referiremos en otras partes de la tesis, y que, sobre la base de la situación económica de las empresas implicadas, puede llevar a la autorización de operaciones que, en términos generales, no lo serían -, no faltan los partidarios de sustituirlo por el de la *failing division* para considerar el estado global del grupo en que la empresa se integra (puede verse al respecto OCDE: “*Failing Firm Defence*”; París, 1996; Págs. 6 y Ss. : “*Does the failing firm defence apply as well to failing divisions?*”¹⁹).
- **Control de una infraestructura no reproducible fácilmente.** Sería, por ejemplo, el caso típico del control ejercido por el operador incumbente sobre el par trenzado de hilos de cobre, tan importante para el suministro de contenidos audiovisuales de banda ancha; o el de los postes con las antenas necesarias para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas consistentes en la transmisión de señal audiovisual sobre plataforma terrestre. En el campo de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas, puede citarse el ejemplo de los parques de descodificadores, puestos en circulación por ciertos operadores de TV de pago por satélite, y basados en sistemas cerrados que no permiten la interoperabilidad o acceso a los mismos por parte de empresas competidoras. En el mercado de la capacidad satelital, puede ponerse el ejemplo del control de un satélite, al que puedan estar orientadas la mayor parte de las parabólicas incluidas en su huella específica (teniendo en cuenta el coste económico de la reorientación de las mismas). En una acepción amplia, podrían también interpretarse como “infraestructuras no reproducibles fácilmente” las franjas de frecuencias dentro del espectro, o las posiciones orbitales de satélites asociadas a las anteriores, imprescindibles para la prestación de ciertos servicios de comunicaciones electrónicas.
- **Superioridad o ventajas tecnológicas.** Ventaja tecnológica es, por ejemplo, la que disfrutaban las plataformas de cable frente al hilo de cobre, por el hecho de poder prestar el *triple play* sin necesidad de adaptaciones como la que consiste en la aplicación de tecnologías xDSL. Ventaja tecnológica es también la bidireccionalidad que ofrecen las redes alámbricas (ADSL; cable) frente a las inalámbricas (ondas terrestres; satélite)

¹⁹ Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/>.

que, normalmente, deben completarse con otras infraestructuras para ofrecer la senda de vuelta para la oferta de interactividad (como contrapartida, éstas otras ofrecen una mayor cobertura).

- **Poder compensatorio en el mercado bajo o inexistente.** Una elevada cuota de mercado sólo puede constituir un criterio de medición apropiado si se parte del supuesto de que los competidores no están en condiciones de ampliar su producción en un grado suficiente para cubrir el desplazamiento de la demanda resultante del incremento de precios de un rival [Asunto C-62/86: *AKZO* contra Comisión (Recopilación 1991, p. I-3359), apartado 60; asunto T-228/97: *Irish Sugar* contra Comisión (Recopilación 1999, p. II-2969), apartado 70, asunto *Hoffmann-La Roche* contra Comisión loc. cit, apartado 41, asunto T-139/98: *AAMS* y otros contra Comisión (Recopilación 2001, p. II-0000), apartado 51] (nota al pie n.º 78 de las Directrices).
- **Diversificación de productos o servicios.** Se daría, por ejemplo, en el caso del suministro de productos o servicios agrupados por un mismo operador. En los mercados de las comunicaciones electrónicas, el empaquetamiento va adquiriendo en sí mismo un valor de opción o de enganche cada vez mayor; se trata nada más que de la idea de sinergia (“*acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales*”, en definición del diccionario de la Real Academia) aplicada no a empresas, sino a servicios.
- **Economías de escala.** Las economías de escala – *economies of scale* - concurren cuando los costes de producción menguan con el aumento del número de unidades producidas. Fuera del ámbito de las comunicaciones electrónicas, en el caso de los medios de comunicación, muchos costes, como los de la producción propia de contenidos o su adquisición o compra a otros agentes, son prácticamente fijos, de manera que si se incrementa el número de consumidores de esos contenidos, gracias a una concentración empresarial, se disminuye sensiblemente el coste por usuario.

Las economías de escala también pueden plantearse en relación con la adquisición insumos o *inputs*, si como consecuencia de una concentración aumentan los volúmenes de compra y ello puede permitir la obtención de importantes descuentos. Así sucede, por ejemplo, en el caso de los operadores de televisión digital, que son también operadores de sistemas de acceso condicional, con la compra de decodificadores.

Una síntesis del funcionamiento de las economías de escala la realizan los Profesores Calvo Caravaca y Goñi Urriza (“*El control de las concentraciones de empresas en Europa*”; Págs. 24 y 25) siguiendo al Profesor F. Mochón (Economía. Teoría y política, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 154): “*Las propiedades técnicas de la producción a largo plazo se establecen en torno al concepto de rendimientos de escala -escala significa el tamaño de la empresa medio por su producción- y éste se aplica sólo al caso en que todos los factores varíen simultáneamente en la misma proporción. Fijándonos en el comportamiento de la cantidad producida de un bien, se señala que existen rendimientos o economías de escala creciente cuando, al variar la cantidad utilizada de todos los factores, en una determinada proporción, la cantidad obtenida del producto varía en una proporción mayor: cuando una empresa presenta una curva de costes decrecientes, de modo que una expansión de la producción va asociada con una reducción del coste unitario del producto. Si se suponen constantes los precios de los factores, una disminución del coste unitario será consecuencia de que el producto*

crece más rápidamente que las cantidades requeridas de factores productivos. Frecuentemente, al referirse a este tipo de empresa se dice que disfruta de rendimientos de escala crecientes. La reducción de los costes marginales, si el resto de las condiciones permanecen iguales, lleva a la empresa a la reducción de sus precios, lo que aumenta la demanda potencial del producto, lo que a su vez da lugar a una escala de producción mayor”.

- **Economías de alcance.** Las economías de alcance o de enfoque – *economies of scope* -, también llamadas economías de gama, surgen con la unión de varios factores de producción que permite incrementar el número de servicios o productos que pueden ser ofrecidos a la vez, lo que supone disminuir los costes totales repartiéndolos entre todos esos productos o servicios (el exponente típico en comunicaciones electrónicas es el *triple play*).

Se da también en el caso de operadoras de infraestructuras de telecomunicaciones que adquieren empresas de televisión para difundir sus programas por sus redes. Con estas estrategias, las operadoras de telecomunicaciones buscan tomar posiciones en el nuevo mercado convergente, buscando asumir un papel que no se limite al de ser meras portadoras (*carriers*), sino que también se extienda a proporcionar contenidos, que pueden reportarles mayor valor añadido.

Otros ejemplos, no específicamente referidos a los mercados que ahora nos ocupan, podrían ser los siguientes: (i) las economías de gama obtenidas por *General Electric* en la producción de pequeños motores eléctricos, aptos para su implantación en diversos pequeños electrodomésticos (trituradoras de alimentos, secadores de pelo, ventiladores, aspiradoras, etc.). (ii) las economías de gama obtenidas por *Casio* en la producción de pantallas de cristal líquido, susceptibles de ser incorporadas a diversos dispositivos electrónicos (calculadoras, relojes de pulsera, agendas electrónicas, etc.). En estas circunstancias, se dice que las empresas gozan de economías de gama (*economies of scope*); es decir, que pueden producir conjuntamente varios productos a un coste inferior al que soportaría un grupo de varias empresas especializadas cada una en uno de ellos (Vid Calvo Caravaca, Goñi Urriaza; Op. Cit., Pág 26).

- **Integración vertical.** En el segmento las comunicaciones electrónicas, una constante de integración vertical es la que, por ejemplo, se plantea en los mercados nórdicos o escandinavos, donde los operadores de redes de cable buscan aliarse a los de satélite con vistas a fortalecer su posición en las negociaciones con los organismos de radiodifusión que, de esta manera, se ven obligados a enfrentar una fortísima posición en el ramo de la distribución de señal audiovisual (la Comisión ha venido a hablar en estos casos de posición de portero o *gatekeeper* en el referido segmento de la distribución; Vid *Infra* asunto *Telia/Telenor*).
- **Ausencia de competencia potencial u obstáculos a la expansión de los competidores actuales.** El PSM puede llegar a verse, en mayor o menor medida, compensado por la existencia de una importante competencia potencial, asociada a la ausencia de barreras significativas a la entrada en el mercado pertinente, cuando otros proveedores puedan, ante un SSNTIP del producto o servicio en cuestión, cambiar o ampliar su gama de producción para acceder al mercado (en estos pasajes de las Directrices, la Comisión tiende a asimilar los conceptos de competencia potencial y sustitución de la oferta cuando, en principio, serían diferentes; tal vez, por la propia naturaleza de los mercados

tecnológicos, en los que su dinamismo hace que los competidores potenciales puedan reaccionar de un modo más inmediato que en otros mercados más estáticos ante un SSNTIP).

Puede aquí recordarse lo dicho más arriba en cuanto a que las barreras de entrada tienden a ser más franqueables en mercados caracterizados por un grado importante de innovación como los tecnológicos: por ejemplo, la digitalización permitirá atenuar los efectos de una barrera normativa, como es la constituida por la limitación del uso del espectro, al permitir un aprovechamiento más racional del mismo.

Y así, como observa Santana Pérez, quien se remite a otros tratadistas, (*“La venta a pérdida...”*; Op. Cit., en nota al pie n.º 210): *“Aunque no obstante, la posición dominante en determinados mercados, como los de tecnología, no es de por sí un elemento que permita al agresor imponer sus condiciones. Las grandes empresas ya sea por la confianza que les da su posición o por la rigidez en la toma de decisiones no siempre llevan a cabo políticas de I+D que les permitan continuar en la posición en la que están. En algunas ocasiones empresas pequeñas disponen de los medios necesarios para desbancar a grandes empresas. En este sentido resulta de interés en nuestra doctrina el trabajo de ACUÑA QUIROGA, C., «Innovación predatoria y política de la competencia ...», ob. cit., pp. 22-51. En concreto el detallado estudio que realiza de la innovación predatoria, los efectos de red y la alteración en el diseño y estándares de productos entre otros, pp. 29-47. Una exposición que ya había sido expuesta por el mismo autor en «Predatory innovation: a step beyond? (understanding competition in hightechnology markets)», Int. Rev. of L., Comp. & Tec., v. 15, núm. 1, pp. 7-33, 2001”.*

Nótese que, con esta técnica, tiende a considerarse, ya a la hora de hacer un análisis estructural del mercado, no sólo y estrictamente a los competidores reales (dentro de los cuales cabría incluir los competidores actuales y los “entrantes comprometidos” o *committed entrants*, en terminología norteamericana, en el sentido de entrantes que pueden acceder al mercado en el corto plazo y sin grandes obstáculos económicos, técnicos o jurídicos), sino también los potenciales (que tenderían a asimilarse a los “entrantes no comprometidos” o *uncommitted entrants* norteamericanos). De esta manera, tiende a hacerse más rigurosa la apreciación del presupuesto del PSM de lo que se haría en el caso de considerar sólo a los primeros; y ello, como decimos, por el hecho de encontrarnos ante mercados rápidos en los que el competidor potencial de hoy es, prácticamente, el competidor actual de mañana.

- **Red de distribución y venta muy desarrollada.** En los mercados de las comunicaciones electrónicas, las llamadas economías de densidad ligadas al efecto red son especialmente importantes, como habrá oportunidad de ver en otras partes de la tesis. Lo anterior supone que, a partir de ciertos umbrales de densidad de la red, la suma de nuevos nodos aporte un valor diferenciador muy importante de la oferta de un operador con respecto a la de sus rivales.
- **Acceso fácil o privilegiado a los mercados financieros o recursos de capital.** La consideración de este factor, que no es exclusivo de los mercados de las comunicaciones electrónicas, tendrá una indudable importancia, considerando que el PSM corresponderá, por lo general, a los operadores históricos de telecomunicaciones

que tendrán el acceso a los mercados de capital mucho más franco que sus competidores más pequeños. Sería, en España, el caso de *Telefónica*.

v) La extensión del poder significativo a mercados vinculados

En la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 octubre de 1994, *Tetra Pak c. Comisión*, as. T-83/91, Rep. II-775 (consid. 113), se leía que “*el artículo 86 TCE (actual 102 TFUE) ni define la posición de dominio, ni contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos*”, siendo ésta la razón de que haya sido la jurisprudencia posterior la encargada de definir la noción de mercado relevante de los productos, a fin de delimitar el ámbito en que han de examinarse las condiciones de competencia y el poder de mercado de la empresa de que se trate. En idéntico sentido, el TDC (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de noviembre de 1998, as. R. 314/1998, *Intertrace c. Telefónica*, fund. 3) recordaba que, en algunos casos, puede resultar irrelevante discutir si existe un sólo mercado o dos mercados distintos, desde el momento en que se “*puede extender los efectos abusivos a un mercado vecino*” y “*tanto en uno como en otro supuesto puede existir abuso de posición dominante*”.

Como razona el Profesor Díez Estella (“*Los partidos de bolos y el Derecho antitrust: encuentros y desencuentros*”; en Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008 3 parte Justicia Deportiva; BIB 2008\2190; Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2008; Op. Cit., Págs. 3 y ss., § 1: *Los «mercados conexos»*; remitiéndose el autor en nota al pie núm. 4 a Jebsen, P. y Stevens, R.: “*Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union*”, 64 Antitrust L. J. 443 (1996), pgs. 443 a 517): “*Uno de los caracteres más peculiares de todo el derecho comunitario de competencia - sobre todo si se compara con su homólogo estadounidense- es la capacidad de sancionar un abuso de posición dominante cometido en un mercado relevante de producto distinto a aquel en el que la empresa tiene posición de dominio, pero relacionado o «conexo» con éste. Este mercado la doctrina europea anglosajona lo conoce como ancillary market o mercado auxiliar; en el ámbito de la Unión Europea esta construcción recibe la denominación de «abuso en un mercado vecino»*”.

El caso comentado por Díez Estella (Resolución TDC 26.9.2006) era uno en el que se producían restricciones relativas a la inscripción de las peñas bolísticas en competiciones oficiales de bolos (*upstream market*) y que, no obstante, dejaban sentir sus efectos en el mercado descendente, y vinculado al anterior (*downstream market*), de la comercialización de los derechos audiovisuales sobre dichas competiciones.

El estudio de este fenómeno se realiza también por el Profesor Pellisé (“*La explotación abusiva...*”; Op. Cit.; § II “*El abuso y el mercado dominado. Los mercados conexos*”; Págs. 412 y ss.). Comienza este autor por apuntar que la posibilidad de apreciar un abuso de posición dominante en un mercado diferente del efectivamente dominado entronca en lo doctrinal con los planteamientos objetivadores de la propia institución del abuso, y que tienden a prescindir de la necesidad de nexo causal entre posición dominante y comportamiento abusivo [en un plano práctico, V. Ruíz Jacobo-Colomer, abogado general en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala quinta) de 14 de noviembre de 1996, *Tetra Pak SA c. Comisión*, as. C-333/94, Rep. I-5951, 5971; y, en otro más teórico, v. Waelbroeck/Frignani: *Derecho europeo de la competencia*, Barcelona: Bosch, 1997, pág. 371].

A partir del momento en que no se exige un vínculo causal entre posición dominante y práctica abusiva – expone Pellisé –, no será ya imprescindible que posición dominante y práctica abusiva se den en un mismo mercado relevante siendo, en consecuencia, posible que el abuso llegue a darse en un mercado diferente a aquél en el que se disfruta de la posición dominante, como ocurre cuando la empresa disfruta en el mercado ascendente de la posición dominante que le confiere el control de *essential facilities* y se prevale del mismo para restringir aguas abajo el mercado descendente de los servicios mediante denegaciones de suministro/acceso a los competidores o estrechamientos de márgenes. Esta última opción ha sido convalidada, como ya hemos dicho, por la práctica de las autoridades de la competencia.

Pellisé, siguiendo Ruíz Jacobo-Colomer (*idem*; Conclusiones presentadas el 27 de junio de 1996 en el asunto C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Comisión*; Rep. I-5954, punto 38), realiza una sistematización de los diversos casos de abuso en mercados conexos. Así, concluye las siguientes posibilidades:

- 1) **Cuando el abuso (conducta y resultado) se produce íntegramente en el mismo mercado en el que la empresa detenta la posición de dominio.** Se trataría del supuesto prototípico de abuso de posición dominante en el que tanto la práctica abusiva como sus efectos se dejan sentir en el mismo mercado en el que el agente detenta su posición de dominio (por todas, V. sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, caso 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 215; Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 207; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 1994, as. C-53/92, *Hilti c. Comisión*, Rep. I-667). En los mercados de la tesis, podría citarse, por ejemplo, cualquiera de los casos de abuso de exclusión protagonizados por *Abertis* dentro del mercado de los servicios portadores de señal de TV, a los que nos referiremos.
- 2) **Cuando el abuso se produce sólo parcialmente en el mercado dominado.** Tiene lugar cuando el abuso se produce sólo parcialmente en el mercado dominado, pues la conducta abusiva o sus efectos se producen en un mercado próximo, en el que la empresa no tiene posición de dominio. Aquí, según ya resulta de lo que se acaba de decir, se haría necesario diferenciar otros dos supuestos, a saber:
 - a) **Cuando la conducta abusiva se desarrolla en el mercado dominado, pero sus efectos se dejan sentir en un mercado distinto, en el que la empresa no tiene posición de dominio.** El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre este supuesto, entre otros, en varios casos, objeto de exposición por el citado autor: asunto *Zoja* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, Comercial Solvents/Comisión, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. pp. 223 y ss); asunto *Telemarketing* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 octubre de 1985, as. 311/84, CBEM, Rep. I-3261); Resolución del TDC *Tubogas/Repsol*, de 7 de marzo de 2002, etc. Un ejemplo de lo anterior, que habrá oportunidad de estudiar, al tratar de los mercados de la TV y de los contenidos, fue el del abuso de su posición dominante por parte de *Mediapro* en los mercados españoles de los contenidos deportivos, lo que produjo efectos de exclusión en los mercados aguas abajo de la TV en abierto y de la TV de pago, en los que *Mediapro*, a través de *La Sexta* y *Gol TV*, respectivamente, participaba, pero sin llegar a disfrutar de una posición dominante.

- b) ***Cuando la conducta abusiva se desarrolla en un mercado en el que la empresa no tiene posición de dominio, pero produce el efecto de reforzar su posición en el mercado dominado.*** Se trata del supuesto inverso al anterior: la práctica anticompetitiva se desarrolla fuera del mercado dominado, pero los efectos anticompetitivos se hacen sentir dentro del propio mercado dominado, en el que sale reforzada la posición dominante de la empresa normalmente mediante la neutralización de la competencia potencial y la elevación de las barreras de entrada. Se citan, y estudian, los siguientes casos dentro de la jurisprudencia del TJUE por parte de Pellisé: Asunto *AZKO* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, as. C-62/86, *AKZO Chemie* c. Comisión, Rep. I-3359); *British Gypsum* (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, as. T-65/89, *BPB Industries* y *British Gypsum* c. Comisión, Rep. II-389; y Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 abril de 1995, as. C-310/93 P. *BPB Industries* y *British Gypsum* c. Comisión, Rep. I-865, donde el pleno del Tribunal confirma la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en casación). En los mercados de la tesis, podría teorizarse, por ejemplo, con un caso de conducta abusiva por vinculación protagonizada por *Telefónica* en el mercado de la TV de pago, en el que estaría presente a través de *Imagenio*, pero sin disfrutar de posición dominante, y que le permitiera reforzar su posición dominante en cualquiera de los otros dos mercados del *triple play* (telefonía o acceso a Internet).
- 3) ***Cuando el abuso se produce íntegramente en un mercado distinto al dominado.*** Se da este último supuesto cuando tanto la conducta abusiva como sus efectos, se producen en un mercado distinto del dominado. En estos casos, a diferencia de lo sucedido en el número 1 anterior, en el que no se producía ninguna ruptura, y de lo ocurrido en el número 2, en el que esa ruptura era sólo parcial, se produce una ruptura total del nexo causal (posición de dominio - conducta o resultado abusivo) al darse el abuso (comportamiento + resultado) en un mercado diferente del dominado. Estos casos de abuso resultan posibles de imaginar en la práctica cuando, al menos, el mercado en el que se produce el abuso y sus efectos, pese a ser distinto, sea conexo al dominado [el caso paradigmático es *Tetra Pak* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, as. C-333/94, Rep. I-5951, *Tetra Pak SA* c. Comisión)]. Un repaso de los casos objeto de estudio en la tesis no permite, a primera vista, dar con ningún caso que pueda incardinarse en esta hipótesis.

Dentro de la anterior sistematización no se incluye el caso de que la conducta abusiva se produzca en un mercado dominado y los efectos en otro también dominado. Tal fue el caso en la Resolución del TDC de 24 de abril de 2002 en el caso *Tabacalera/Mc Lane*. En los ámbitos de la tesis, lo anterior es habitual que se dé en relación, por ejemplo, con los estrechamientos de márgenes, cuando el incumbente de telecomunicaciones, con PSM en el mercado mayorista de acceso al bucle y en el minorista de acceso a internet, eleve los precios al por mayor para excluir a sus competidores en el mercado descendente.

Con las matizaciones ya referidas en anteriores epígrafes, el concepto de PSM manejado por el legislador europeo dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas se asimila al de posición dominante referido por el propio legislador europeo y por las autoridades de la competencia fuera de ese ámbito (Pascual y Vicente, J., “*Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia*”, Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons, págs. 259 a

279). Lo anterior permite importar aquí todos los esfuerzos legislativos, doctrinales y jurisprudenciales relacionados con la extensión del abuso de posición dominante a mercados conexos o vecinos.

Dispone el Art. 14.3 de la Directiva Marco que “*cuando una empresa tenga un peso significativo en cierto mercado, podrá también considerarse que lo tiene en un mercado estrechamente relacionado con el anterior cuando los vínculos entre ambos mercados sean tales que resulte posible hacer que el peso que se tiene en un mercado se deje sentir en el otro, reforzando de esta manera el peso en el mercado de la empresa*”.

El precepto supone la positivación de principios ya decantados en la jurisprudencia del TJUE (*Tetra Pak Vs. Comisión*; C-333/94). Aunque en este caso los mercados en los que se consideró simultáneamente en una posición dominante a *Tetra Pak* se encontraban en relación horizontal, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas lo más habitual será que se trate de mercados con vínculos verticales, dando lugar a lo que la Comisión ha denominado en algún caso (*Telia/Telenor*) “efecto bola de nieve”, aún cuando también quepa, por lo que se viene diciendo, la existencia de relaciones horizontales entre los mercados del *triple play*.

Este efecto “bola de nieve” podrá también darse, como es natural, en mercados que no se inscriben dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas. Vg., los efectos de una posición de dominio en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos (*Sogecable* a través de su control de *AVS*) servirá para apuntalar una posición también dominante dentro del mercado descendente de la TV de pago (*Sogecable* a través de *Digital +*). Vg., una posición de dominio en el mercado de la difusión televisiva puede permitir al operador dominante también restringir la competencia en el mercado estrechamente relacionado de la publicidad televisada a través del refuerzo de su poder negociador frente a los anunciantes.

También puede llegar a darse un efecto conglomeral. El llamado efecto palanca (“*leveraging*”) fue también materia de pronunciamiento del TPI en su sentencia de 17 de septiembre de 2007 relativa al caso *Microsoft*, cuyo apartado 559 era del siguiente tenor: “*Por último, en lo que se refiere a la negativa abusiva controvertida, hay que recordar que en la Decisión impugnada la Comisión imputa a Microsoft haberse valido, mediante un «efecto de palanca» (leveraging), de la posición casi monopolística que tiene en el mercado de los sistemas operativos para ordenadores personales clientes para influir en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo (considerandos 533, 538, 539, 764 a 778, 1063, 1065 y 1069). En otros términos, el comportamiento abusivo imputado a Microsoft se origina en la posición dominante que esa empresa ocupa en el primer mercado de producto (considerandos 567 y 787 de la Decisión impugnada). Por consiguiente, incluso si la Comisión hubiera considerado erróneamente que Microsoft se encontraba en posición dominante en el segundo mercado (véanse, en particular, los considerandos 491 a 541, 781 y 788 de la Decisión impugnada), esa circunstancia no podría bastar por sí sola para llevar a la conclusión de que apreció erróneamente la existencia de un abuso de posición dominante cometido por Microsoft*”.

En todo caso, ya se trate de mercados vinculados en vertical o en horizontal entre los que exista un nexo conglomeral, un requisito impuesto por las Directrices de la Comisión es que ambos mercados vinculados se encuentren dentro del sector de las comunicaciones electrónicas.

La extensión del PSM a mercados vinculados verticalmente ocurrirá cuando un operador tenga PSM en el ámbito de las infraestructuras, en especial, si éstas se invisten del carácter de instalaciones esenciales, a las que necesiten acceder los competidores para la prestación de los servicios aguas abajo, y cuente con una presencia significativa en el ámbito descendente de los servicios (p.e., en nuestro país, podría citarse la actividad simultánea de *Telefónica* en el segmento, ascendente o de infraestructuras, del acceso al bucle local y en el descendente o de servicios de la provisión de acceso a Internet). En estos casos, la imposición de obligaciones en los mercados ascendentes y mayoristas de las infraestructuras, conforme a la Directiva de Acceso, podrá ir acompañada de medidas igualmente referidas al sector descendente y al por menor de los servicios, a fin de evitar el mencionado efecto de propagación o “bola de nieve” sobre el mismo, pero, para ello, será indispensable que las medidas impuestas en el mercado ascendente no sean bastantes a propiciar una competencia efectiva en el descendente (en el mismo ejemplo anterior, cuando la obligación específica consistente en la apertura del bucle local de abonado a los competidores no baste, será posible acudir a alguna otra, como la consistente en imponer precios regulados en el suministro de servicios de acceso a IT).

Si nos ceñimos a los mercados de las comunicaciones electrónicas más estrechamente relacionados con la actividad televisiva, veremos en otras partes de la tesis que la CMT ha distinguido, como mercados de producto independientes, el del servicio de transporte de la señal de TV (situado en la parte de la red de comunicaciones electrónicas ubicada entre el centro de producción de la señal y el medio de propagación de la misma a los usuarios finales) y el del servicio portador de difusión de señal de TV (ubicado entre este último medio de propagación y los equipos receptores de los propios usuarios finales). Partiendo de una situación de vinculación vertical de ambos mercados, el PSM de un operador dentro del primero, acompañado de una presencia significativa de ese mismo operador dentro del segundo, podría llevar a apreciar la existencia, también en este último, de PSM.

Finalmente, todo lo anterior no empece, como decimos, para que, dentro del sector de las comunicaciones electrónicas, la vinculación pueda ser también horizontal o conglomeral, de lo que será indicio inequívoco el hecho de que, en ambos mercados, sean los mismos los clientes y proveedores (Vg., llamadas telefónicas y acceso a IT).

vi) El Poder Significativo de Mercado colectivo

La problemática fundamental planteada por las posiciones dominantes colectivas no sólo se refiere a la concurrencia y eventual conflicto de las normas reguladoras del abuso con las de las prácticas colusorias, cuando esa posición dominante y el eventual abuso de la misma parten de la existencia de una entente o acuerdo horizontal. También se extiende a alguna otra cuestión importante, como la referida a las conductas conscientemente paralelas o, puesto en otros términos, a la existencia de posición dominante colectiva vertebrada, no sobre conciertos o colusión expresos, sino sobre un mero paralelismo o interdependencia de conductas alimentados por las particulares circunstancias de los mercados oligopólicos, y donde esa colusión no existe o, al menos, no se puede demostrar. En estos casos, el problema trasciende de la simple determinación de conforme a qué precepto perseguir esas conductas conscientemente paralelas, y alcanza a precisar si tales conductas pueden o no ser objeto de represión. Esta dificultad nace de que las pocas empresas que dominan el mercado se conocen tan bien a sí mismas y al mercado que pueden sintonizar sus comportamientos de forma autónoma y sin la necesidad de formalizar acuerdos.

Ciertamente, existían antecedentes de pronunciamientos de las autoridades de la competencia en los que éstas habían considerado que el paralelismo de conductas evidencia la concertación [citan los autores en este sentido las sentencias *Eastern States Lumber Association v. US*, 234 U.S. 600 (1914); *Interstate Circuit, Inc., et al. v. U.S.*, 306U.S. 208 (1939); y *American Tobacco Co. et. al. v. U.S.*, 147 F. rd)3 (1944)].

Sin embargo, las más de las veces la cuestión no era tan sencilla. De hecho, sin salir del derecho norteamericano, podían citarse pronunciamientos en los que los tribunales habían entendido que el paralelismo consciente de conductas no bastaba para apreciar la existencia de colusión fuera de la Sherman Act (sentencias *Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Corp. et al*, 346 U.S. 537, 542 (1954), *Charles Pfizer & Co. et al v. U.S.*, S.D. New York, págs. 6200-621 o *Eli Lilly & Co et al.*, CCH 1959 Trade Cases parr. 69). En este sentido, sí pareció haberse alcanzado un punto de inflexión a partir del cual la existencia de paralelismo consciente (*conscious parallelism*) no bastaba por sí solo para acreditar la existencia de colusión. Así, el *onus probandi* se desplazaba hacia las autoridades de la competencia, que eran las que debían acreditar que esa conducta conscientemente paralela no obedecía a una observación autónoma por parte de las empresas de la evolución y características de los mercados, sino a la existencia de un mínimo de acuerdo o consentimiento, que tal era el presupuesto de la colusión [Véase en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981, asunto 172/80 (1981), *Zuchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, Rep. 2021].

Precisamente, estas dificultades para atacar el paralelismo consciente en mercados con estructuras oligopólicas desde la perspectiva de la colusión es lo que dio pie para intentar ese mismo ataque desde la teoría del abuso de posición dominante (colectiva) [V. Liga Internacional de Derecho de la Competencia: “Resolución sobre la primera cuestión: ¿en qué medida el Derecho e la competencia se aplica o debería aplicarse a los mercados oligopolísticos?”, 181 *Revue Internationale de la Concurrence*, 4 y ss. (3.1996)]. Lo anterior es hasta cierto punto lógico: como no se podía detectar la raíz del comportamiento paralelo (acuerdo), había que centrar la atención en la represión de sus consecuencias (abuso).

Esta vía quedó abierta con la Decisión de la Comisión en el asunto *Vetro* (89/93/Comunidad Económica Europea. Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1988, *Vidrio plano*, DOCE L 33/44 de 4 de febrero de 1989 p. 78). En esta decisión, el concepto de posición dominante colectiva aparecía por primera vez. Se trataba de un cártel sustentado en una posición dominante colectiva, en el que las empresas implicadas se autocontrolaban a través de reuniones dirigidas a privar a los clientes de la posibilidad de poner a los proveedores en condiciones de competencia y a limitar la producción de vidrio fijando cuotas al efecto. Dichas empresas, al participar en un oligopolio restringido, “[...] disponen de un grado de independencia tal, respecto de las presiones competitivas, que están en situación de impedir la existencia de un sistema auténtico, sin que se vean obligados a tener en cuenta el comportamiento de los otros participantes en el mercado” manifestando así “[...] un comportamiento uniforme” (V. puntos 64, 78, 79, 82 y 83 de la Decisión). La Comisión entendió que las tres empresas italianas fabricantes de vidrio plano disfrutaban de una posición dominante colectiva porque estaban en condiciones de impedir la existencia de una competencia efectiva sin necesidad de considerar la intervención de otros jugadores en el mercado. Y estas consideraciones de la Comisión llegaron a ser confirmadas en la sentencia posterior del Tribunal de Primera Instancia, que admitió (Fund. 358) que los vínculos económicos entre empresas derivados de la concreta estructura del mercado podía determinar que las mismas disfrutaran de una posición dominante colectiva

En idéntico sentido se situaron otros pronunciamientos del mismo Tribunal, como observa Santana Pérez (“*La venta a pérdida...*”; Op. Cit. Nota al pie n.º 248; V. nota al pie n.º 411): “*las SSTJPI, de 27 de abril de 1994, «Almelo», C-393/92, Rec., 1994, p. I-1477, apartado 42; de 5 de octubre de 1995, «Centro Servizi Spediporto», C-96/94, Rec., 1995, p. I-2883, apartados 32 y 33; de 17 de octubre de 1995, «DIP y otros», asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec., 1994, p. I-3257, apartado 26; de 17 de junio de 1997, «Sodemare y otros», C-70/95, Rec., 1995, p. I-3395, apartados 45 y 46; «SIV y otros c. Comisión», de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T- 78/89, Rec., 1989, p. II-1403, apartado 358. Asimismo, en el Derecho español es de destacar el asunto «Arbora Holding, S.A. y Laboratorios Ausonia, S.A.», de 7 de enero de 1992, asunto 291/90 como un supuesto de abuso de posición dominante colectiva y práctica de precios predatorios en aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre Represión Prácticas Restrictivas Competencia, artículos 2.1., 2.2., y 3.d”. Y también en algún otro pronunciamiento más reciente como CEWAL (1996 y 2000).*

De todos ellos resultaba la pauta de que, para apreciar la existencia de posición dominante colectiva, no bastaba la existencia de un paralelismo consciente entre las conductas de las empresas, sino que era precisa la existencia de vínculos jurídicos o económicos entre las mismas sobre la base de los cuales explicar su actuación uniforme.

Ahora bien, no resulta de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia una sistematización de tales vínculos jurídicos o económicos. Probablemente, la principal fuente para su determinación esté constituida por la práctica comunitaria recaída en aplicación de los Reglamentos de Concentraciones en orden a determinar si una determinada operación de concentración crea o refuerza una posición dominante colectiva [v. Pappalardo, A.: “*La réglementation communautaire de la concurrence II: Le control des concentrations d’entreprises: récents développements*” 3Revue Internationale de Droit Economique, 299, 351 (1996)].

Así, se refieren también los autores (Pascual y Vicente, J., en “*Tratado de Derecho de la Competencia...*” Dir. Beneyto Pérez, Coord. Maillo González-Orus, Op. Cit., Vol 1 Págs. 487 y ss.) a una importante sentencia del TPI de 6 de junio de 2002 (asunto T-342/99, *Airtours plc c. Comisión*). Se trataba de un recurso de anulación, entablado contra la Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 1999 que declaraba incompatible con la normativa europea sobre concentraciones la concentración propuesta entre las agencias de viajes *Airtours* y *First Choice*. *Airtours* había sostenido en su recurso que la Comisión no probaba suficientemente que la operación iba a dar lugar a una posición dominante colectiva que pudiera obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado de la referencia. El TPI acometió un exhaustivo análisis económico y jurídico para dar la razón a la recurrente y anular la decisión impugnada, toda vez que la Comisión no había probado, más allá de la simple aparición de un oligopolio y de una reducción del número de empresas oferentes, que estas últimas fueran a desarrollar comportamientos paralelos y a adoptar una misma línea de actuación, de modo duradero, sobre la base del conocimiento de los comportamientos de los demás.

Si podríamos resaltar que dichos pronunciamientos y sus consecuencias son bien vistos por la doctrina (Pellisé: “*La Explotación abusiva...*”; Op. Cit. Pág. 299): “*A nuestro juicio, las autoridades comunitarias con estas valiosas aclaraciones dadas en Gencor (1999) y confirmadas después en Cewal (2000) se aproximan mucho al punto de equiparar la posición de dominio colectiva al paralelismo consciente derivado de las solas características*

estructurales del mercado, en especial el grado de concentración, de homogeneidad y de transparencia (es decir, derivado de los vínculos económicos en sentido amplio, a que se refieren las autoridades comunitarias). Desde esta perspectiva, son las particulares características del mercado oligopolista de que se trate, las que generan unos vínculos económicos creadores de una fuerte interdependencia y, con ello, de una solidaridad de hecho, que da lugar al paralelismo consciente y, en su caso, a una posición de dominio colectiva”.

También el TDC ha incardinado sin problemas el paralelismo consciente dentro del abuso de posición dominante colectiva [V. Alonso Soto, Ricardo: “*Derecho de la competencia II: Defensa de la libre competencia*”, en *Curso de Derecho mercantil* (Uría-Menéndez), Madrid: Civitas, 1999, pág. 274)].

Así, en *Arbora Ausonia* [Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Sección I) *Arbora y Ausonia* de 7 de enero de 1992, as. 291/90, Ref. 92DC2, también sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia (Pleno) de 22 de mayo de 1992, as. 291/90] donde entendió: “*No es preciso que las empresas que conjuntamente tienen posición de dominio obren con acuerdo entre ellas, basta que con consciencia de su situación real en el mercado ejerciten su posición dominante en el mismo sentido y dirección ...*”. Y esta línea fue confirmada en otros pronunciamientos posteriores [p.e., Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de junio de 1997, R 220/1997, *Construcciones y Contratas* y Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 19 de febrero de 1999, *Electra Caldense*, As. 427/1998, ref. 99DC24]. De ellos cabe inferir que al Tribunal le basta con que los comportamientos paralelos sean desplegados con conocimiento de sus consecuencias en el mercado, sin exigir, al menos no expresamente, el plus de los vínculos jurídicos o económicos mencionado por las autoridades comunitarias; si bien ocurría que, en los casos citados, esos vínculos existían y venían impuestos por la propia estructura del mercado.

No es descartable que un comportamiento paralelo consciente pueda tener su origen en una restricción o acuerdo vertical si, por ejemplo, el cliente situado en el eslabón inferior de la cadena de valor disfruta de un poder negociador del lado de la demanda bastante a disciplinar a todos los proveedores activos en el eslabón superior. Tal aconteció en el ya clásico asunto de *Interstate Circuit* (Infra. Cit.), donde el exhibidor de cine en salas de estreno (primera ventana), con poder de mercado en varias ciudades tejanas en los años 30, forzó a las distribuidoras a imponer un precio mínimo de comercialización a las salas de reestreno (segunda ventana). Aquí los enfoques podrían ser varios: (i) el de entender la existencia de un acuerdo vertical de mantenimiento del precio de reventa (acuerdo proscrito en la UE y en España); (ii) el de entender que lo que había era un abuso de exclusión protagonizado por una *Interstate* deseosa de excluir del mercado de la exhibición cinematográfica a las salas de reestreno; y (iii) el de considerar que habría un cártel no explícito o comportamiento conscientemente paralelo de las distribuidoras (colusión horizontal) [esta es la interpretación del caso que puede verse en T.G Krattenmaker/S. C. Salop “*Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*”, Yale L. J. 96(1986), p 209 ss.].

Finalmente, puede destacarse el hecho de que las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes [DO C 45 de 24.2.2009, p. 7/20 (2009/C 45/02] (ver más arriba) hayan dejado fuera de su ámbito de aplicación el fenómeno del abuso de posición dominante colectiva.

De acuerdo con las Directrices, el PSM colectivo se dará si dos o más empresas, que integran un duopolio u oligopolio, se presentan ante sus clientes en la misma posición que si tuvieran una posición dominante individual, siempre que no haya competencia efectiva entre ellas y aún no existiendo o no pudiendo probarse vínculos entre las empresas [STJCE en Asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie maritime belge* y otros control Comisión (Recopilación 2000, p. I-1365) y la del TPIUE en el asunto Asunto T-102/96, *Gencor* contra Comisión (Recopilación 1999, p. II-753)]. El hecho de que, con las debidas matizaciones, el PSM tienda a asimilarse al concepto, más tradicional, de posición dominante permite importar aquí toda la doctrina y jurisprudencia relativas a la posición dominante colectiva.

Esta doctrina queda bien sintetizada en las palabras del TPIUE en el citado asunto: *“no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios. Como subrayó el Tribunal, las condiciones de mercado pueden ser tales que «cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada»”*.

En parecido sentido, ver sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998 (República Francesa v. Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-39/95, Rec., 1998, p. I-1375) en la que señala el Tribunal: *“Una posición dominante colectiva consiste en que varias empresas tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de sus consumidores”*.

vii) Factores para determinar la existencia de Poder Significativo de Mercado colectivo

Para la evaluación *ex ante* de la existencia o posible aparición en los mercados de las comunicaciones electrónicas de PSM colectivos en forma de coordinación tácita, las ANRs deberán analizar:

- 1) si las características del mercado propician la coordinación tácita (*Vid Infra* la enumeración general de características), y
- 2) si tal forma de coordinación es sostenible, es decir:

- a) si alguno de los oligopolistas tiene capacidad e interés en desviarse del resultado coordinado, teniendo presente la capacidad y el interés en tomar represalias de quienes no se desvíen (*Vid Infra* la referencia a mecanismos de retorsión) , y
- b) si el poder de la demanda o el grado de competencia potencial pueden llegar a compensar cualquier resultado coordinado anticompetitivo (*Vid Infra* las menciones a la falta de competencia potencial y a la ausencia de poder compensatorio de los compradores).

Cabría, por ejemplo y aunque ello se aleje de la realidad española, hacer conjeturas en torno a la existencia de un PSM colectivo dentro del mercado de los servicios minoristas de acceso a IT de banda ancha en el caso de una concertación tácita entre el principal operador propietario de la red de cobre y el cableoperador más importante (siendo cable y ADSL las dos principales plataformas de entrega de esa clase de contenidos).

Este análisis se verá facilitado si se tienen presentes los criterios que se resumen en el anexo II de la Directiva marco. Según dicho anexo, *“puede concluirse que dos o más empresas ocupan una posición dominante conjunta en el sentido del artículo 14 cuando, aun sin existir vínculos estructurales o de otro tipo entre ellas, operan en un mercado cuya estructura se considera que favorece los efectos coordinados”* y *“sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de posiciones dominantes conjuntas, es probable que nos hallemos ante este caso cuando en el mercado se dan una serie de características adecuadas, en especial en términos de:*

- ❖ *“Concentración del mercado”*. En el ejemplo citado más arriba, la existencia de otros muchos proveedores de servicios minoristas de acceso a IT de banda ancha, a través de las mismas u otras plataformas, podría llegar a diluir la coordinación tácita entre el principal operador propietario de la red de cobre y el cableoperador más importante.
- ❖ *“transparencia”*. En el ejemplo, el dato de, Vg., la transparencia de los precios aplicados por los operadores propiciará la colusión y la coordinación tácita.
- ❖ *“y otras características, a saber”*:
 - *“mercado que ha alcanzado la madurez”*. En el ejemplo, puede observarse que, si bien es cierto que la aplicación de las técnicas xDSL supuso una auténtica revolución del mercado considerado del acceso a IT para el suministro de contenidos audiovisuales de banda ancha a través del par de cobre, también lo es que dicho mercado se acerca cada vez más a umbrales de madurez, de lo que puede ser exponente el dato de que operadores como *Telefónica* o *Deutsche Telecom*, tras haber exprimido las posibilidades de su par de cobre, comiencen a decantarse por una solución tradicional, cual es la de llevar la fibra óptica directamente hasta el hogar, con vistas al suministro de esa clase de contenidos a velocidades y en condiciones adecuadas (lo que, en nuestro país, sería también un objetivo para ONO).
 - *“crecimiento estancado o moderado por parte de la demanda”*. En el ejemplo, la ausencia de unos demandantes potenciales que captar propiciará que ambos operadores se conformen con su situación desalentando la competencia entre ellos.

- *“baja elasticidad de la demanda”*. Los criterios sobre elasticidad propia de la demanda y elasticidad cruzada los encuadra la Comisión bajo la categoría de los elementos de prueba conducentes a la definición del mercado de producto, en particular, bajo la de “Ensayos cuantitativos específicamente concebidos para la delimitación de los mercados”. Se trata de enfoques basados en criterios econométricos o estadísticos como, Vg., los de las estimaciones de la elasticidad propia de la demanda o de su elasticidad cruzada en función de los precios (V., entre otros, a Casas Pardo: *“Curso de economía”*. Madrid, 1981, págs. 187 y ss.; Samuelson/Nordhaus: *“Economía”*, duodécima edición, Madrid. MacGraw-Hill, 1988; págs. 458 y ss.). En el ejemplo, el dato de que, ante una subida de precios de los servicios de los operadores tácitamente concertados, los compradores no puedan desviar sus pedidos hacia terceros proveedores contribuirá también a crear un ambiente propicio para la colusión.
- *“producto homogéneo”*. El factor de la heterogeneidad u homogeneidad de los productos incidiría en nuestro ejemplo: **(i)** cuanto más heterogéneos sean los servicios suministrados por las partes tácitamente concertadas con relación a los de los terceros competidores, menos posibilidad de que, ante un incremento de los precios de los servicios de aquéllas, los compradores desvíen sus pedidos hacia los segundos; **(ii)** cuanto más homogéneos sean entre sí los servicios suministrados por los operadores con PSM colectivo mayor riesgo de coordinación de sus estrategias. La homogeneidad de los productos contribuye también a la creación de un ambiente de transparencia de precios. P.e., en su decisión *Rencor/Lonrho* (decisión de 24-6-1996, asunto IV/M.619), sentó la Comisión que los mercados de materias primas como el platino se caracterizan por un alto grado de transparencia. Al ser el platino un producto homogéneo, los factores de competencia se reducen al precio y a las cantidades suministradas, en ningún caso a la innovación. La transparencia de precios derivaba en este caso de la cotización en bolsa de este metal precioso.
- *“estructuras de costes similares”*. En el ejemplo, en la medida en que la naturaleza de los costes en que incurran ambos operadores – normalmente asociados al despliegue de red - sean similares, aumentarán las posibilidades de que ambos lleguen a coordinarse en materia de precios, e incluso de que lleguen a compartir dichos costes.
- *“cuotas de mercado similares”*. En el ejemplo, el dato de que ambos operadores disfruten de cuotas de mercado elevadas y parejas alentará la colusión tácita, como se estudiará al tratar de los efectos anticompetitivos coordinados derivados de las concentraciones horizontales dentro de los diversos mercados.
- *“falta de innovación tecnológica y tecnología próxima a la obsolescencia”*. Dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas, como hemos visto, el factor de la innovación puede llegar a tener un carácter incluso más determinante que el de los precios a la hora de captar nuevos clientes. En el ejemplo, determinada innovación tecnológica podría llegar a conferir a uno de los dos operadores tácitamente concertados con respecto al otro una ventaja competitiva tal que le pudiera alentar a separarse de la política comercial convenida.

Relacionada con la anterior cuestión se encuentra la posibilidad de que las partes compartan determinada innovación tecnológica, lo que puede dar lugar a vínculos

jurídicos o económicos que las induzca a desplegar un comportamiento paralelo consciente. Así, en efecto, en *Vetro* (1992) (fund. 358) y en *Gencor* (1999) (considerandos 273 a 275): “El Tribunal se limitó a destacar que, como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidad por vínculos económicos y que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Añadió que ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiera la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”.

- “ausencia de exceso de capacidad”. El dato de que uno de los dos operadores con PSM colectivo cuente con un exceso de capacidad de red no aprovechado podría inducirle a apartarse de la estrategia concertada empleando ese exceso, por ejemplo, para aumentar la producción y rebajar los precios frente al otro. Desde otro enfoque, el exceso de capacidad de alguno/s del/os operador/es concertados puede ser un factor que aliente a los demás, sobre todo los que no disfruten de ese exceso, a no apartarse de la estrategia convenida. La Comisión examinó estas cuestiones en su decisión sobre el asunto *Mannesman/Valourec/Ilva* (decisión de 31-1-1994), donde los fabricantes de tubos de acero en Europa mantenían un exceso de capacidad masivo a consecuencia de los cambios tecnológicos en los procesos de producción. El hecho de que cualquiera de los miembros del duopolio llegara a apartarse de la estrategia convenida podía inducir al otro a incrementar la producción aprovechando esos excesos de capacidad y desencadenando una guerra de precios en la que ambas empresas saldrían perdiendo.

También los excesos de capacidad pueden actuar como barreras económicas de entrada. Por ejemplo, un mercado que, como veremos, podría caracterizarse por la existencia de importantes excesos de capacidad sería el de la capacidad satelital, en el que muchas veces los operadores disponen de transpondedores sin utilizar. Esto disuade a los competidores potenciales de acceder al mercado, ante el temor de reacciones hostiles a su entrada derivadas del aprovechamiento de esos excesos de capacidad por parte de los competidores actuales.

- “fuertes obstáculos al acceso al mercado”. El mercado a que se refiere el ejemplo que hemos tomado, el de acceso a IT para el suministro de contenidos audiovisuales de banda ancha, se caracteriza por importantes barreras de entrada de tipo económico ligadas al despliegue de las infraestructuras necesarias. Como hemos venido subrayando, la existencia de barreras de entrada multiplicará los riesgos y efectos de la colusión tácita favoreciendo la existencia de PSM colectivo.
- “ausencia de poder compensatorio de los compradores”. El hecho de que la demanda de servicios de acceso a IT para el suministro de contenidos audiovisuales de banda ancha proceda de toda la comunidad de internautas supondrá, en el ejemplo, la existencia de un nulo poder compensatorio del lado de la demanda.
- “falta de competencia potencial”. En el ejemplo, la existencia de las barreras de entrada de tipo económico, como las referidas a los desembolsos necesarios para el despliegue de red que se vienen mencionando, o normativo, como las ligadas a los

derechos o servidumbres de paso que habilitan ese mismo despliegue, contribuirán a mitigar la competencia potencial.

- “*diversos tipos de vínculos informales o de otra naturaleza entre las empresas afectadas*” Obvio resulta mencionar que, Vg., la integración de las empresas tácitamente concertadas dentro de cierta asociación fomentará la colusión. En nuestro país podría citarse el caso de la reciente creación de la plataforma *Redtel* por parte de los operadores con red propia (*Telefónica, ONO, Orange y Vodafone*), frente a los operadores que carecían de esa red y ante los cambios regulatorios que se avecinaban (*Expansión* de 16 de mayo de 2007).
- “*mecanismos de retorsión*”. El dato de que el operador defraudado por el comportamiento del que se aparta de la estrategia conscientemente paralela pueda acudir a mecanismos de represalia acentuará los riesgos de colusión tácita (p.e., si utiliza su exceso de capacidad no aprovechada para incrementar la producción y rebajar los precios en perjuicio del operador que intenta desligarse de la política comercial concertada).
- “*ausencia o insuficiencia de competencia de precios*”. Ésta, más que ser una característica del mercado favorecedora de la existencia de PSM colectivo, sería más bien una consecuencia este último.

El listado no es exhaustivo y se impondrá una valoración global del mercado a fin de determinar, en particular, si los operadores se encuentran incentivados para converger hacia unos resultados coordinados, absteniéndose de confiar en una conducta competitiva, lo que de ordinario sucederá cuando los beneficios a largo plazo de ese comportamiento anticompetitivo sean mayores que los derivados en el corto plazo de la actitud contraria.

viii) La imposición de remedios u obligaciones específicas

(1) Generalidades

Determinar que, en un mercado dado, existe competencia efectiva es tanto como decir que en el mismo no existe poder significativo de mercado ni posición dominante de ningún operador, ni de forma individual ni en conjunción con otros. Constatado que un mercado no es competitivo, mediante la imposición de estas obligaciones específicas, a que comenzamos a referirnos, de lo que se tratará es de evitar que el operador u operadores con PSM puedan llegar a aprovecharse de éste y abusar de su posición en el mercado en detrimento de sus competidores y clientes, Vg., aumentando los precios, reduciendo la producción o perjudicando la calidad e innovación de sus productos.

Dentro de esas obligaciones, las habrá que proyecten sus efectos sobre el segmento mayorista (las previstas en la Directiva de Acceso; Arts. 9 a 13 *ter*) junto con otras que lo hagan sobre el minorista (las reguladas en la Directiva de Servicio Universal; Anexos I a III). Por otra parte, y excepcionalmente, se admitirá la imposición de obligaciones a operadores sin PSM. Puede también matizarse, antes de proseguir, que la constatación de que en un mercado no existe competencia efectiva supondrá, por fuerza, que deba adoptarse, al menos, una obligación específica y que, en general, dichas medidas u obligaciones *ex ante* deberán ser proporcionadas, en el sentido de estar dotadas sólo de la intensidad necesaria para solventar el problema detectado.

La adopción de medidas específicas por una concreta ANR irá, por definición, asociada a un mercado geográfico de dimensión nacional. Respecto a los de dimensión transnacional, la Directiva Marco, como vimos, permite a la Comisión – Art. 15 Ap. 4 – adoptar una decisión en la que se definan mercados geográficos transnacionales dentro de los de las comunicaciones electrónicas que cubran toda la UE o una parte sustancial de ésta. El Art. 16 Ap. 5 de la misma Directiva impone a las ANRs afectadas llevar a cabo un análisis conjunto de ese mercado para decidir sobre la adopción de obligaciones o medidas específicas *ex ante*.

(2) Obligaciones impuestas en el segmento mayorista conforme a la Directiva de Acceso

Las obligaciones específicas o remedios que en el tramo mayorista prevé la Directiva de Acceso [en la redacción dada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 337 de 18.12.2009, p. 37/69)] son: **a)** obligación de transparencia; **b)** obligación de no discriminación; **c)** obligación de separación contable; **d)** obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización; **e)** obligaciones de control de precios y contabilidad de costes; **f)** Obligación de separación funcional; **g)** otras obligaciones. Pasamos a sintetizar lo principal con relación a cada una de ellas:

- a) **Obligación de transparencia** (Art. 9 de la Directiva de Acceso). Supone que puedan las ANRs obligar al operador con PSM a hacer pública cierta información con relación a la interconexión y al acceso, como la concerniente a características de las redes, contabilidad, precios, especificaciones técnicas, condiciones de suministro y utilización. En particular, cuando se imponga la obligación de no discriminación conforme a lo que a continuación se dirá, la ANR podrá imponer a dicho operador la publicación de una oferta de referencia subdividida por componentes a fin de garantizar que no se pague por recursos que no sean los necesarios para el servicio requerido. Será cometido de la ANR precisar el grado de detalle, las modalidades de publicación y el contenido concreto de la información, salvo cuando la oferta de referencia vaya referida al acceso al por mayor a la infraestructura de red, caso en el cual su contenido deberá ajustarse a lo dispuesto en el Anexo II de la propia Directiva de Acceso.
- b) **Obligación de no discriminación** (Art. 10 de la Directiva de Acceso). Esta obligación puede ser impuesta por las ANRs al operador con PSM, a fin de garantizar que sean aplicadas condiciones equivalentes en circunstancias similares a otros operadores que presten servicios semejantes, de modo que la calidad y características de la información y servicios suministrados a estos últimos coincidan con los que el operador con PSM aplica a los suyos propios y a los prestados a sus filiales y asociados.
- c) **Obligación de mantener cuentas separadas** (Art. 11 de la Directiva de Acceso). Supone que la ANR pueda imponer al operador con PSM la obligación de mantener cuentas separadas para las actividades relacionadas con el acceso y la interconexión. De lo que se trata es de poder determinar si el incumbente está, p.e., comercializando el servicio mayorista de acceso a su bucle local a precios competitivos o si, por el

contrario, está repercutiendo a sus clientes – y competidores en el servicio minorista a usuarios finales – los costes derivados para él de la obligación reglamentaria de apertura del bucle.

Al respecto, en relación con el Derecho español y con la obligatoriedad de llevar contabilidades separadas por ramas de actividad, puede verse García de Enterría, *“Obligación legal de separación de cuentas o ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones”*, RDM, núm. 23, julio-septiembre, 1999, pp. 1103 y ss. También puede consultarse la Recomendación de la Comisión, de 19 de septiembre de 2005, relativa a la separación contable y los sistemas de contabilidad de costes dentro del marco regulador de las comunicaciones electrónicas (Texto pertinente a efectos del EEE) en Diario Oficial nº L 266 de 11/10/2005 p. 0064 – 0069.

- d) **Obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización** (Art. 12). Estos remedios permiten a las ANRs exigir a los operadores con PSM que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización, entre otros casos, en aquellas situaciones en las que dichas autoridades consideren que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o no beneficiar a los usuarios finales.

Cabe observar cómo, en el anteproyecto de reforma de la Ley General de Telecomunicaciones, con motivo de la implementación de las Directivas de mejora de legislación (ver más abajo), en el Art. 12 (*“Condiciones aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión”*) se ha pretendido incorporar un apartado tercero que permite que la CMT pueda imponer a todos los operadores obligaciones de acceso relativas a la utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso que discurren por el interior o en torno a los edificios de los abonados.

En su informe sobre el proyecto de norma (IPN 52/11) observaba la CNC que *“la aplicación de estas obligaciones de forma simétrica a todo tipo de operadores (con independencia de su tamaño o recursos) y no sólo a aquéllos con poder significativo de mercado puede introducir restricciones a la competencia, en la medida en que puede desincentivar la inversión de nuevos entrantes en dichas redes. Se propone, por tanto, eliminar dicha previsión del futuro texto legal”*.

- e) **Obligaciones de control de precios y contabilidad de costes** (Art. 13). Se faculta a las ANRs para imponer al operador con PSM *“obligaciones en materia de recuperación de los costes y control de los precios, que incluyan obligaciones por lo que respecta tanto a la orientación de los precios en función de los costes como a los sistemas de contabilidad de costes, en relación con determinados tipos de interconexión o acceso, en los casos en que el análisis del mercado ponga de manifiesto que una ausencia de competencia efectiva permitiría al operador en cuestión mantener unos precios excesivos o la compresión de los precios, en detrimento de los usuarios finales”*. Se busca con ello atajar prácticas como la del estrechamiento de márgenes – *“price squeeze”* –, a las que se dispensa especial atención en otras partes de la tesis, y que recientemente ha motivado la imposición de fortísimas sanciones por parte de la Comisión a *Telefónica*.

Sobre los costes a tener en cuenta (inclusión de intereses vinculados al capital invertido) y otras cuestiones de índole procesal (facultades de las autoridades nacionales de reglamentación y carga de la prueba) relacionadas con la orientación de tarifas a costes, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 24 de abril de 2008 (*Arcor AG & Co. KG contra Bundesrepublik Deutschland*; Petición de decisión prejudicial: *Verwaltungsgericht Köln* – Alemania; Asunto C-55/06).

- f) **Obligación de separación funcional** (Art. 13 bis de la Directiva de Acceso). Sólo en el caso de que la ANR llegue a la conclusión de que las medidas enumeradas bajo las letras anteriores no bastan para propiciar una competencia efectiva, y de que persisten problemas de competencia o fallos del mercado importantes, en relación con determinados mercados al por mayor de productos de acceso, podrá, de modo excepcional, imponer a las empresas integradas verticalmente la obligación de traspasar las actividades relacionadas con el suministro al por mayor de esos productos de acceso a una unidad empresarial que actúe independientemente. Esa unidad empresarial quedará obligada a suministrar productos y servicios de acceso a todas las empresas, incluidas otras unidades empresariales de la sociedad matriz, en los mismos plazos, términos y condiciones, en particular en lo que se refiere a niveles de precios y de servicio, y mediante los mismos sistemas y procesos.

Por su parte, el Art. 13 *ter* se ocupa de la separación voluntaria por una empresa integrada verticalmente. Las empresas con PSM deberán informar de antemano y de forma oportuna a la ANR, para que ésta pueda evaluar el efecto de la operación que se pretende realizar, cuando se propongan transferir sus activos de red de acceso local, o una parte sustancial de los mismos, a una persona jurídica separada de distinta propiedad, o establecer una entidad empresarial separada para suministrar a todos los proveedores minoristas, incluidas sus propias divisiones minoristas, productos de acceso completamente equivalentes.

En este punto de la separación funcional puede hacerse mención al proyecto de reforma de la LGT para adaptarla a la reforma operada en el denominado “*Paquete Telecom 2002*”, por las Directivas denominadas de mejora de legislación (*supra cit*). A través de esta reforma, se pretendían endurecer las facultades de la CMT para imponer a los operadores con PSM, además de otras medidas, la separación funcional entre su red y los servicios que presta, como remedio extraordinario que podrá ser exigido, tras el oportuno análisis, para supuestos de fallo persistente de la competencia.

En concreto se pretendía introducir un Art. 13 bis (idéntica numeración a la de la Directiva) sobre “*separación funcional*” por el que se venía a establecer que la CMT podría “*imponer a los operadores con poder significativo en el mercado integrados verticalmente, la obligación de traspasar las actividades relacionadas con el suministro al por mayor de productos de acceso a una unidad empresarial que actúe independientemente*”.

La CNC, en su informe emitido sobre el Proyecto, objetaba: “*El hecho de que esta medida se sustraiga del conjunto de las contempladas en el artículo 13 de la Ley, así como la ausencia de una mención específica a que dicha medida haya de imponerse en el marco de los procedimientos generales de análisis de mercados previstos en el artículo 10 de dicha Ley (a diferencia de lo que ocurre con las medidas que menciona dicho art. 13) plantea una notable inseguridad en cuanto al procedimiento a seguir*

para que la CMT pueda determinar tal separación funcional, así como la posible colisión de dicho procedimiento con los habitualmente utilizados por las autoridades de competencia para remediar situaciones de obstaculización de la competencia efectiva”.

Por otra parte, se decía que “dicha omisión en el art. 13 bis podría inducir a interpretar que la CNC no tiene que informar preceptivamente sobre la adopción de dicha separación funcional, a diferencia de lo que ocurre con la adopción de las medidas establecidas en el art. 13” y que “ello carecería de sentido alguno, puesto que la separación funcional constituye precisamente una de las medidas con mayor capacidad de impactar sobre la competencia efectiva, incluso en mayor medida que las referidas en el art. 13”.

Para evitar este riesgo de confusión, y mantener la coherencia con el espíritu de la reforma, la CNC proponía incluir la medida relativa a la separación funcional junto con sus condicionantes específicos en el actual Art. 13, recogiendo, en todo caso, que la adopción de dicha medida exigiría el preceptivo informe de la CNC al mismo nivel que el exigido del MITyC. Este informe había de tener carácter de determinante, en consonancia con el tratamiento que el Anteproyecto y la Ley de Economía Sostenible otorgaban a los informes del regulador sectorial en los procedimientos que recaían en la autoridad de competencia, y viceversa.

Finalmente, en la redacción vigente de la LGT, se mantiene un Art. 13 bis, específicamente referido a la separación funcional, y el circuito de toma de decisiones al respecto se basa en los siguientes hitos: **(i)** propuesta de medida de separación funcional por parte de la CMT a los Ministerios de Industria, Tecnología y Comunicación y de Economía y Competitividad; **(ii)** elevación de la propuesta por parte de estos dos Ministerios al Gobierno, que, si estima procedente la medida, recabará informes de la CMT y de la CNC; **(iii)** elevación de la propuesta a la Comisión Europea; **(iv)** tras la decisión de ésta, proceso de evaluación por la CMT de los mercados e imposición de obligaciones específicas tras nuevo informe de esos dos Ministerios y de la CNC.

- g) **Otras obligaciones** (Art. 8 de la Directiva de Acceso). Supone que las ANRs puedan imponer obligaciones diferentes de las anteriores, para lo que habrán de solicitarlo a la Comisión, que mediante decisión podrá o no concederlo, teniendo en cuenta en la mayor medida posible el dictamen del Organismo de Reguladores Europeos Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

(3) Obligaciones impuestas en el segmento minorista conforme a la Directiva de Servicio Universal

Las obligaciones que en el segmento minorista prevé el Art. 17 la Directiva de Servicio universal [en la redacción dada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n o 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (Texto pertinente a efectos del EEE) en DO L 337 de

18.12.2009, p. 11/36] se relacionan con lo que la propia Directiva denomina Controles Reguladores de las Empresas con un Poder de Mercado Significativo en Mercados al Público Específicos.

Estas obligaciones de reglamentación susceptibles de imposición por las ANRs exigen dos condiciones, a saber, que, tras su análisis, la ANR haya concluido que el mercado de referencia no es competitivo y, en segundo lugar, que las medidas adoptadas con sujeción a la Directiva de Acceso (*vid* epígrafe anterior) no permitan la consecución de los fines a que se refiere el Art. 8 de la Directiva Marco (en la redacción dada por la Directiva 2009/140/CE; la otra Directiva de mejora de legislación referida al comienzo del anterior epígrafe), y que se relacionan con el fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, de servicios de comunicaciones electrónicas y de recursos y servicios asociados y con el desarrollo del mercado interior y la promoción de los intereses de los ciudadanos.

Bajo esos presupuestos se admite que las ANRs impongan a los operadores con PSM las obligaciones de reglamentación que sean apropiadas de conformidad con el Art. 14 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). Estas medidas, que en todo caso habrán de ser proporcionadas a la consecución de los fines del Art. 8 citado de la Directiva Marco, podrán extenderse a la prescripción de que los operadores afectos a las mismas no apliquen precios excesivos ni tampoco abusivos que puedan falsear la competencia, no impidan el acceso de otras empresas al mercado, no favorezcan de manera excesiva a usuarios finales específicos, ni agrupen sus servicios de manera injustificada. Para el cumplimiento de todo lo anterior, las ANRs podrán aplicar medidas apropiadas de limitación de los precios al público, de control de tarifas individuales o de orientación de las tarifas hacia costes o precios de mercados comparables, al objeto de proteger los intereses de los usuarios finales, fomentando al mismo tiempo una competencia real.

En el Anteproyecto de Modificación de la Ley General de Telecomunicaciones para adaptarlo a las Directivas de Mejora de Legislación (ver más arriba), en el apartado cuarto del Art. 10 (*“Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado”*), se eliminaba la referencia a que *“en la imposición de dichas obligaciones se otorgará preferencia a las medidas en materia de acceso, interconexión, selección y preselección frente a otras con mayor incidencia en la libre competencia”*.

La CNC, en el mismo informe que se viene refiriendo, apuntaba a que: *“Esta enumeración explícita de dichas medidas se justifica por cuanto se trata de una serie de medidas regulatorias ex-ante sobre las que existe un amplio consenso respecto a su idoneidad para prevenir el uso anticompetitivo del poder significativo de mercado que se haya detectado en la revisión del mercado en cuestión. Se trata de medidas que favorecen la entrada de competidores en un mercado donde existe un significativo poder de mercado, lo que facilitará que se desarrolle entre ellos una competencia efectiva y que sea esta la que determine los precios y condiciones de mercado más próximos a un equilibrio competitivo. No se encuentra justificación alguna para tal supresión, por lo que se aconseja que se mantenga tal y como está actualmente en el texto de la Ley en vigor. Más aún, esta supresión puede ser interpretada como un cambio en las preferencias del legislador hacia otras medidas más intervencionistas que traten de fijar directamente las condiciones comerciales del mercado en cuestión, como pueden ser las de fijación de precios, márgenes o beneficios por parte del regulador, lo cual, además de suponer una incoherencia con el sistema español y comunitario de defensa de la competencia, puede comportar efectos perjudiciales para el interés general y para las propias condiciones de competencia en estos mercados. Entre*

tales efectos, que pueden ser sustanciales, se incluyen: una menor seguridad jurídica, la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, la duplicidad de instancias y en definitiva una mayor incertidumbre para los operadores. En consecuencia, y para eliminar tales riesgos, se propone mantener la redacción actualmente vigente”.

Finalmente, en el texto en vigor de la LGT, se hace caso de las observaciones de la CNC y la referencia en cuestión se mantiene.

(4) Obligaciones impuestas a operadores sin poder significativo de mercado

Los casos excepcionales de imposición en el tramo mayorista de obligaciones *ex ante* a los operadores sin PSM son los que enumera el Ap. 3 del Art. 8 de la Directiva de Acceso [en la redacción dada por la Directiva 2009/140/CE (Op. Cit)], a saber (como es lógico, tales remedios podrán también ser impuestos a los operadores con PSM):

- **Obligaciones para garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.** En particular: **(i)** en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, la imposición de obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho; **(ii)** en la medida en que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a los servicios digitales de radiodifusión y televisión que determine el Estado miembro en cuestión, obligaciones impuestas a los operadores para que faciliten acceso a los recursos consistentes en APIs (Interfaces del Programa de Aplicación) o EPGs (Guías Electrónicas de Programación) en condiciones justas, razonables y no discriminatorias; **(iii)** en casos justificados y en la medida en que sea necesario, las obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios para que sus servicios sean interoperables (Aps. 1 del Art. 5 de la Directiva de acceso).
- **Obligaciones relativas a los sistemas de acceso condicional y otros recursos.** Son las detalladas en la Parte I del Anexo I de la Directiva Acceso: **(i)** la incorporación a los sistemas de acceso condicional de la capacidad técnica necesaria para efectuar un transcontrol que tenga una buena relación coste-eficacia, que permita la posibilidad de un control completo de los servicios que empleen dichos sistemas de acceso condicional por parte de los operadores de la red en el ámbito local o regional; **(ii)** la llevanza de una contabilidad separada para esos servicios de acceso condicional; **(iii)** la concesión a los fabricantes de equipos de consumo de licencias sobre los sistemas de acceso condicional en condiciones razonables, equitativas y no discriminatorias; **(iv)** el suministro por los operadores de acceso condicional de servicios técnicos que permitan a los difusores llegar a todos los televidentes mediante el uso de un descodificador (Art. 6 de la Directiva de acceso).
- **Obligaciones de coubicación y uso compartido de elementos de redes y recursos asociados para los suministradores de redes de comunicaciones electrónicas.** Se trata de obligaciones que pueden imponerse a una empresa suministradora de redes de comunicaciones electrónicas que *“disfrute, con arreglo a la legislación nacional, del derecho a instalar recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, o pueda beneficiarse de un procedimiento de expropiación o utilización de una propiedad, las autoridades nacionales de reglamentación”* para

“imponer el uso compartido de tales recursos o propiedades, teniendo plenamente en cuenta el principio de proporcionalidad, incluyendo los edificios, las entradas a edificios, el cableado de edificios, mástiles, antenas, torres y otras estructuras de soporte, conductos, cámaras subterráneas, bocas de inspección y distribuidores” cuando la normativa referida a protección ambiental, salud, seguridad u ordenación territorial no permita alternativas viables (Art. 12 de la Directiva marco).

- **Obligación de separación de cuentas e informes financieros.** Estas obligaciones pueden imponerse a las empresas prestadoras de servicios de comunicaciones electrónicas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos en otros sectores para que: **(i)** lleven una contabilidad separada para sus actividades asociadas con el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, en la misma medida en que se exigiría si dichas actividades fueran desempeñadas por empresas jurídicamente independientes; o **(ii)** establezcan una separación estructural para las actividades asociadas con el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas (Art. 13 de la Directiva marco);
- **Obligaciones relativas a compromisos contraídos por una empresa con motivo de un procedimiento de selección comparativa o competitiva en relación con el uso adecuado de las radiofrecuencias.** Se trata de obligaciones contempladas en la condición 7 de la Parte B del Anexo de la Directiva de Autorización, aplicable en virtud del Ap. 1 del Art. 6 de dicha Directiva.
- **Obligaciones relacionadas con la numeración.** Se trata de obligaciones relacionadas con el empleo de Códigos Europeos de Acceso Telefónico (Arts. 27 de la Directiva de servicio universal), con la accesibilidad para cada usuario a todos los números de la Comunidad y con la eliminación de números geográficos (Art. 28) y con la conservación gratuita del número del abonado en caso de cambio de proveedor (Art. 30).
- **Obligaciones basadas en las disposiciones pertinentes de la Directiva de protección de datos.** Hoy sería la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO L 201 de 31.7.2002, p. 37/47).
- **Obligaciones que se impongan a los operadores sin PSM para cumplir los compromisos internacionales de la Comunidad.** Se trataría, nada más, que de deberes impuestos a estos operadores a raíz de las obligaciones que la UE pudiera asumir con otros sujetos del Derecho Internacional Público, estatales o no, en el marco de Tratados o Acuerdos Internacionales (p.e., en el seno de la *UIT*, siempre que la *UE*, en cuanto tal, y no cada uno de sus Estados integrantes, llegara a arrogarse la condición de miembro de dicho organismo internacional).

Finalmente, debe mencionarse que la Directiva de Servicio Universal contempla también una serie de obligaciones que los Estados miembros o ANRs podrán imponer de modo general a todos los operadores de telecomunicaciones:

- **Transparencia.** En el Art. 21 se contempla la obligación de transparencia y publicación de información. En su virtud, las ANRs podrán obligar a las empresas

proveedoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que publiquen los precios y tarifas aplicables, los gastos eventuales relacionados con la terminación del contrato, así como información sobre las condiciones generales, en relación con el acceso y la utilización de los servicios que prestan a los consumidores y usuarios finales y con el grado de detalle que especifica el anexo II de la propia Directiva.

- **Calidad del servicio.** El Art. 22 faculta a las ANRs para exigir a esas mismas empresas que publiquen información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de sus servicios, destinada a los usuarios finales y, en su caso, para establecer unos requisitos mínimos de calidad del servicio, a fin de evitar su degradación.
- **Interoperabilidad de los equipos de consumo utilizados para la televisión digital.** El Art. 24 ordena a los estados miembros garantizar la interoperabilidad de los equipos de consumo referidos en el Anexo VI de la propia Directiva de Servicio Universal.
- **Obligaciones de transmisión.** El Art. 31 dispone que los estados miembros podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales de programas de radio y televisión y servicios complementarios a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de canales de programas radio o televisión al público, siempre que un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utilice como medio principal de recepción de canales de programas de radio y televisión. Dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general, definidos de manera clara por cada Estado miembro, y deberán ser proporcionadas y transparentes.

d) Enumeración de los mercados objeto de estudio en la parte especial

Partiendo del objetivo propuesto con la tesis de estudiar los mercados inscritos dentro del sector de la TV y, sólo en cuanto guarden relación con esa misma actividad de la radiodifusión televisiva, los pertenecientes a otros sectores adyacentes o vecinos (especialmente, al de las comunicaciones electrónicas), los mercados que estudiaremos (ordenados conforme al criterio del ámbito o segmento en el que se inscriben) son:

- ❖ Mercados del segmento de la difusión televisiva:
 - El mercado de la difusión de TV o de los telespectadores
 - El mercado de la TV de pago
- ❖ Mercados del segmento de la publicidad:
 - El mercado de la publicidad televisada
 - El mercado de la audimetría o de la medición de los índices de audiencia
- ❖ Mercados inscritos del segmento de los contenidos:

- El mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos
- El mercado de los derechos para TV (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes
- El mercado de los contenidos *Premium* deportivos
- El mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos
- El mercado de los canales temáticos
- El mercado de la producción de programas para TV
- ❖ Mercado dentro del sector de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información:
 - Mercado de los servicios de TV digital interactiva
- ❖ Mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas:
 - El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago
 - El mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores
 - El mercado de las listas con el avance de los programas de TV
- ❖ Mercados de redes y servicios del segmento de las comunicaciones electrónicas:
 - El mercado de la capacidad satelital
 - El mercado de la adquisición y distribución de señal de TV
 - El mercado de la transmisión de señales de TV

PARTE II

LOS MERCADOS EN ESPECIAL

CAPÍTULO III: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LA DIFUSIÓN TELEVISIVA

1. EL MERCADO DE LA AUDIENCIA O DE LOS TELESPECTADORES

a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios de difusión televisiva

La delimitación del mercado de la difusión de TV, de la audiencia o de los telespectadores, en cuanto que mercado comprensivo tanto de las actividades de TV en abierto como de las de TV de pago o encriptada, no deja de tener un carácter marginal en las resoluciones de las autoridades de la competencia.

Entrando al detalle de casos concretos:

- a. **Asunto de la creación de la empresa concentrativa HMG por Verónica y Endemol** (*Vid Infra*). La Comisión apuntó que, tratándose de TV en abierto, no sería dable afirmar la existencia de un mercado en un sentido económico estricto, habida cuenta de la ausencia de una relación comercial directa entre las entidades que operaban estas cadenas, del lado de la oferta, y los telespectadores, del de la demanda.

Sin embargo, supuesto que todas las operadoras de TV, sean de pago o en abierto, competían para la captación de cuotas de audiencia, y considerando lo innecesario de zanjar aquella cuestión a los efectos de la decisión del supuesto concreto que se le planteaba, la autoridad de la competencia, en este caso, terminó por sostener que había un único mercado de la difusión de TV o de los telespectadores, comprensivo, en lo que a la oferta se refiere, tanto de la TV comercial, financiada mediante publicidad o abonados, como de la TV pública, sustentada en los ingresos publicitarios o en el pago de cánones. En el mercado así configurado, la demanda vendría a estar constituida por la audiencia en general, es decir, por todos los televidentes.

- b. **Recurso entablado por Antena 3 y Tele 5 contra las cadenas autonómicas**. También en este caso [SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 10 enero 2002; RJCA 2002\641; Recurso contencioso-administrativo núm. 1272/1998; Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª del Riego Valledor], la Sala de la Audiencia Nacional, sin que mediara contradicción de las partes, aceptó la delimitación hecha por el TDC del “mercado de la audiencia de los servicios de televisión, con datos en este último caso sobre la zona geográfica de cada autonomía y el territorio nacional”.
- c. **Decisión de la Comisión relativa al Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA** (*Vid Infra*). En esta Decisión, el mercado de la audiencia o de los telespectadores, se identificó como mercado potencialmente afectado, en concreto: “los mercados posteriores en los que los organismos de radiodifusión compiten por la audiencia, por los ingresos de publicidad que dependen de los índices de audiencia, y por los abonados a la televisión de pago”. La parte notificante, UEFA, no había hecho una delimitación de mercado, limitándose a hablar de difusión, sin más.

La Comisión entendió que, como el Reglamento sobre retransmisiones no limitaba la capacidad de las cadenas de TV para competir en la captación de abonados o de anunciantes, no era preciso establecer la existencia de mercados separados y

circunscritos a la emisión de acontecimientos futbolísticos dentro de esos mercados posteriores, pues, ni aun partiendo de la definición de mercado más reducida, habría restricciones a la competencia.

En este punto, recalcar que es una constante la de que la Comisión sólo defina el mercado de referencia cuando ello resulte estrictamente indispensable para la resolución del caso planteado. En general, se limita a examinar los diferentes mercados alternativos como meras hipótesis de trabajo cuando ello permite concluir que la operación o práctica no falseará el juego de la competencia [(V. Briones, J.; Folguera, J.; Font, A.; E. Navarro: *“El Control de Concentraciones en la Unión Europea”*; Op. Cit.; Pág. 118); (V. por todas Decisiones de la Comisión: *Compaq/Tandem*, 11.8.97, Asunto IV/M.963; *Nestlé/San Pellegrino*, 16.2.98, Asunto IV/M.1065; *Georg Fischer/Disa*, 10.3.98, Asunto IV/M.1009; *Bp/Huls*, 13.2.98, Asunto IV/M.1078; *Dow Jones/NBC-CNBC Europe*, 22.1.98, Asunto IV/M.1081; *Basf/Shell*, 23.12.97, Asunto IV/M 1041)].

- d. **Caso de la toma de control de AVS por Sogecable (2006)**. El TDC estimó como mercado de producto afectado por la operación el mercado de la TV en abierto, el cual estaría verticalmente integrado aguas abajo con el de la reventa de derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey (en especial de equipos de Primera División).

Este mercado de la TV en abierto se dotaba de perfiles propios frente al de la TV de pago. En primer lugar, ofrecía un solo canal general que no solía incluir películas de estreno y que contaba con un número reducido de acontecimientos deportivos. Además no podía hablarse de sustituibilidad de la oferta, pues no cabía imaginar que una TV en abierto pudiera, en el corto plazo y sin grandes impedimentos legales y económicos, pasar a emitir en modalidad de pago.

Por último, así como en la TV de pago la relación comercial quedaba establecida entre el organismo de difusión televisiva y el abonado, en la TV en abierto ese lazo comercial se daba entre el difusor y los anunciantes y agencias de publicidad. Si bien en este pronunciamiento advertía ya el TDC que *“la distinción entre televisión de pago y televisión en abierto puede perder nitidez con el tiempo, a medida que emerjan las ofertas digitales que combinen acceso gratis a la programación televisiva junto con canales de televisión de pago”*.

- e. **Caso del abuso de posición dominante de Mediapro (Gol TV)**. En este caso, poco posterior al anterior, seguía manteniendo el Consejo de la CNC que las modificaciones normativas que habían dado lugar a la introducción de la TDT, y a permitir la emisión de canales de TDT de pago, habían podido incrementar la sustituibilidad por el lado de la oferta entre la televisión en abierto y la televisión de pago, pero que, no obstante, en la medida que se mantenía en la LGCA la obligación de emitir en abierto al menos en el 50 % del espectro asignado, esta sustituibilidad por el lado de la oferta entre televisión de pago y televisión en abierto seguía siendo imperfecta y no era lo suficientemente significativa como para definir un único mercado.

Por ello, seguía estando justificado mantener la diferenciación entre televisión en abierto y televisión de pago, especialmente dadas las diferencias existentes entre ambas desde la perspectiva de sustituibilidad por el lado de la demanda. Todo ello sin

perjuicio de que, como había señalado la Dirección de Investigación, existiera cierta interdependencia entre ambas televisiones, en la medida en que ambas competían por adquirir contenidos audiovisuales. Las televisiones de pago tenían que diferenciarse en contenidos *Premium* en relación con la televisión en abierto para poder captar y mantener abonados y la saturación publicitaria en la televisión en abierto podía favorecer a la televisión de pago.

- f. **Caso de la integración de Cuatro en Telecinco (caso Cuatro).** También, en este caso, se mantenían como diferenciados los mercados de la TV en abierto y de la TV de pago sobre la base de argumentos similares a los de los casos anteriores

Telecinco, en un primer momento, había negado la existencia de un mercado de la TV en abierto, toda vez que no existía una transacción monetaria entre los espectadores y las televisiones. La DI sostuvo, en cambio, que sí existía tal mercado, en la medida en que los distintos oferentes de tal mercado, ya contasen con licencias de emisión de TDT a título originario ya alquilaran capacidad de emisión a los titulares originarios, competían entre sí por captar la audiencia que les diera un rendimiento económico indirecto, al fortalecer su atractivo en el mercado de publicidad en televisión.

Telecinco había subrayado la existencia de un único mercado de los telespectadores en el que quedarían integradas las ofertas en abierto y las de pago, en la medida en que todas ellas competían por la captación de telespectadores; ello en un intento por devaluar el alcance anticompetitivo de la operación propuesta. También subrayaba dicho operador los cambios normativos derivados de la implantación de la TDT en España, que permitían que los operadores en abierto explotaran varios canales dentro del múltiple digital, algunos de los cuales podían ser de pago. La DI, por su parte, tampoco daba mucha importancia a esos cambios normativos, pues –decía– los operadores en abierto debían mantener en esa modalidad la parte más importante de sus canales, siendo los de pago una porción marginal.

Se reconocía, sin embargo, la existencia de una cierta presión competitiva entre ambas modalidades: **(i)** los operadores en abierto y los de pago competían en los mercados ascendentes por la adquisición de contenidos, y así se subrayaba en las encuestas realizadas entre proveedores de programas como productores de programas y editores de canales; **(ii)** también la saturación publicitaria en la TV en abierto, por ejemplo, había llevado a que la TV de pago reservara espacios, aunque reducidos, para anuncios en su parrilla de programación; **(iii)** asimismo, los canales de televisión en abierto solían formar parte de la oferta de canales de las plataformas de pago, pues eran canales frecuentemente visionados, que los abonados de televisión de pago querían tener accesibles usando el mismo mando televisivo de la plataforma de televisión de pago.

Sin embargo lo anterior no era bastante para descartar la existencia de diferentes mercados. La DI insistía así en las diferentes características del servicio prestado (más contenido Premium, oferta de PPV y servicios accesorios técnicos, administrativos y comerciales, prestados por el operador audiovisual en el caso de la TV de pago). También remarcaba la existencia de un criterio clave de diferenciación, que era el de la financiación, de modo que la TV en abierto seguía financiándose principalmente mediante pagos por publicidad (92 % de sus ingresos totales en 2009) y la TV de pago mediante pagos de los abonados (78 % de sus ingresos totales en 2009). De igual

modo, llamó la DI la atención sobre el criterio de la sustituibilidad de la oferta, dada la imposibilidad de que los operadores de pago pasaran, rápidamente y sin grandes impedimentos económicos o jurídicos, a prestar servicios en abierto por la necesidad de espectro y de licencia.

Prescindiendo de los anteriores, que son casos concretos, la identificación en abstracto como mercado de producto pertinente del de la difusión televisiva, comprendiendo tanto TV de pago como TV en abierto, tendría que realizarse sobre la base de los criterios de la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. Sin embargo, si bien la aplicabilidad de estos criterios no generaría dificultades con relación a la TV de pago – lo que se verá en su lugar -, esa misma aplicabilidad sí plantearía problemas respecto a la TV en abierto, precisamente por esa ausencia de un lazo comercial entre organismo de radiodifusión y televidente puesta de manifiesto por las autoridades de la competencia. Esta última circunstancia dejaría vacío de contenido el presupuesto del incremento reducido pero significativo y no transitorio de precios, en el que se basan esos análisis de sustituibilidad, por la sencilla razón de no existir esos precios.

La posibilidad de sostener la existencia independiente de un único mercado de la difusión televisiva, integrador de las emisiones en abierto y de pago, enfrentaría una dificultad añadida, a saber, la consistente en que, como veremos, para las autoridades de la competencia la TV de pago sí daría lugar a su propio mercado de producto, independiente del de la TV en abierto.

Ello respondería, en efecto, a que frente al carácter oneroso de la TV de pago, la TV en abierto se caracteriza por ser gratuita para el televidente (éste “paga” soportando publicidad o abonando impuestos). Además, las características de ambos productos – servicio de TV de pago y servicio de TV en abierto – tampoco resultarían idénticas, principalmente, por la inclusión dentro del primero de los contenidos *Premium* ya deportivos ya cinematográficos. Sí podrían existir mayores similitudes en cuanto al uso previsto que, en ambos casos, sería la diversión, entretenimiento o información del telespectador.

A pesar de tratarse de un aspecto cambiante, al menos de momento, subsistirían diferencias entre los sistemas de distribución de una y otra: la plataforma predominante en la prestación de servicios de TV en abierto sigue siendo en España la terrestre, mientras que las plataformas basadas en cable, ADSL o satélite siguen dedicándose en especial a la TV de pago. Finalmente, como habrá oportunidad de ver, la existencia de barreras de entrada muy diferentes, aunque igualmente intensas, en ambos mercados (TV de pago y TV en abierto) abonaría también la idea de que ambos servicios no llegarían a integrar un único mercado global de la difusión televisiva.

A pesar de todas las anteriores dificultades, el dato de que las autoridades hayan identificado, en esas ocasiones y términos, el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores - TV en abierto + TV de pago – permitirá que empleemos éste y los siguientes epígrafes en describir el funcionamiento de la TV en abierto, reservando todo el apartado 2 siguiente del presente capítulo para el de la TV de pago.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios de difusión televisiva

Partiendo de casos concretos, tendríamos:

- a. **Asunto de la creación de la empresa concentrativa HMG por Verónica y Endemol (Vid Infra)**. La DG 4 entendió que el mercado de los telespectadores o de la difusión de servicios de TV comprendía, atendiendo principalmente a factores lingüísticos, culturales y de reglamentación, la parte del territorio de los Países Bajos, integrada por Holanda y la parte de Bélgica donde se hablaba neerlandés, pero no la zona flamenca del territorio Belga ni tampoco Luxemburgo.
- b. **Recurso entablado por Antena 3 y Tele 5 contra las cadenas autonómicas (supra cit.)**. La Sala de la Audiencia Nacional aceptó, sin mayores indagaciones, la delimitación que le venía del TDC, recordemos: “mercado de la audiencia de los servicios de televisión, con datos en este último caso sobre la zona geográfica de cada autonomía y el territorio nacional”. Realmente, en este caso, habría que acudir a los criterios de sustitución en cadena para concluir la existencia, también en él, de un único mercado de dimensión geográfica nacional. Vg., un canal autonómico andaluz, p.e., *Canal Sur*, no entraría en competencia con otro del País Vasco, p.e., *Euskal Telebista*; sin embargo, al competir cada uno de ellos con otros de cobertura nacional, p.e., *La 1 de TVE*, habría que concluir que todos ellos integran un único mercado de dimensión geográfica nacional.
- c. **Decisión de la Comisión relativa al Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA (Vid Infra)**. En cuanto al mercado geográfico de referencia en los mercados posteriores en los que los organismos de radiodifusión compiten por la audiencia, por los ingresos de publicidad, que dependen de los índices de audiencia, y por los abonados a la televisión de pago, la Comisión, en este asunto, consideró que los mismos eran de ámbito nacional o regional, especialmente por razones culturales y lingüísticas.
- d. **Caso de la toma de control de AVS por Sogecable (2006)**. También en el caso de la toma de control de *AVS* por *Sogecable* (2006), el TDC, con expresa remisión a precedentes nacionales y europeos (Decisiones de la Comisión M.410 *Kirch/Richemont/Telepiù*, M.993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere*; M.2876 *Newscorp/Telepiù* y M.2845 *Sogecable/Canal Satélite Digital/Vía Digital*), entendió que el mercado de la TV en abierto era de dimensión nacional por la existencia de fronteras lingüísticas y culturales de carácter nacional, y porque la explotación comercial tenía lugar sobre la base de mercados nacionales en los que regían una normativa y unas condiciones de competencia específicas.
- e. **Caso del abuso de posición dominante de Mediapro (Gol TV)**. El Consejo se limitó a compartir la delimitación de un mercado geográfico nacional realizada por la Dirección de Investigación con arreglo a los precedentes nacionales y comunitarios.
- f. **Caso de la integración de Cuatro en Telecinco (caso Cuatro)**. La CNC se remitía los precedentes nacionales y comunitarios, de acuerdo con los cuales el mercado de los telespectadores tenía una dimensión nacional, entre otras razones, debido al hecho de

que la estrategia competitiva de los operadores debía tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias.

Teniendo en cuenta que, como se estudió en su lugar, la delimitación del mercado geográfico de referencia tiene lugar sobre la base de los mismos criterios de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda que se dejaron expuestos al tratar de la definición del mercado de producto pertinente, valdría lo dicho más arriba en cuanto a la dificultad de aplicar dichos criterios a la TV en abierto, una de las dos partes o áreas que, junto con la TV de pago, conforman el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores. No obstante lo anterior, y extrapolando los razonamientos de la Comisión, podría inferirse que este mercado, por los reiterados factores lingüísticos, culturales y de reglamentación, tendrá una dimensión geográfica nunca superior a la nacional. Es decir, que las características básicas de la demanda bastarían, por sí solas, para la configuración de un mercado geográfico de dimensión nacional.

En este punto, parece oportuno destacar la existencia de infranqueables barreras de entrada derivadas de factores culturales y lingüísticos, de las diferentes normas técnicas empleadas para la transmisión en cada estado miembro y de los acuerdos de alcance nacional sobre los derechos de propiedad intelectual que impiden el nacimiento de un mercado europeo de la difusión de TV. Respecto de las primeras, se esperaba que el desarrollo de la TV digital contribuyera a atenuarlas gracias a las posibilidades que ofrecería en cuanto al disfrute de la programación en versión original, subtitulada o doblada a cualquier idioma.

También sostienen Alexander Scheuer, Carmen Palzer, Jens-Daniel Braun y Ralf Capito en *“Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis Final Report (18 July 2005)”*: *“In the past, the geographic scope of TV broadcasting markets was often held to be national. The reasons were primarily to be found in the different regulatory regimes, language barriers, cultural factors and copyright restrictions with language clearly being the dominant factor. In its recent decisions, the Commission, with the exception of the Nordic member states, stuck to these market definitions (See e.g. Commission Decision, Case COMP/M.3411, 17 May 2004, UGC/Noos, para. 20)”*.

c) Entorno normativo del mercado de los servicios de difusión televisiva

i) Normativa europea

Con estos epígrafes se busca dejar perfilado el entorno regulador dentro del cual se desenvuelve el mercado de la difusión de TV, sólo en la medida en que no resulte del estudio realizado más adelante en otros epígrafes, en especial, en los relacionados con las barreras normativas de entrada. Aún debe añadirse a lo anterior que las referencias que hagamos serán a las normas – generalmente, vigentes y en su versión consolidada - de mayor importancia y para sólo dejar trazadas las líneas directrices de las mismas.

La norma principal europea en materia de radiodifusión televisiva era, sin duda, la Directiva 89/552, de 3 de octubre, del Consejo, sobre la Coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual; DO L 298 de 17.10.1989, p. 23/30), cuyo contenido venía, en

gran medida, inspirado por el del Convenio Europeo de 5 de mayo de 1989 sobre Televisión Transfronteriza [Ratificado por instrumento de 19 de mayo de 1998. BOE 22 abril 1998, núm. 96, (pág. 13384); rect. BOE 29 mayo 1998 , núm. 128 (pág. 17774)].

El nuevo texto de la Directiva 89/552 era el resultado de una propuesta de modificación de la Directiva de Televisión sin Fronteras [Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifica la directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva {SEC(2005) 1625} {SEC(2005) 1626} /* COM/2005/0646 final - COD 2005/0260 */} y Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva («Servicios de medios audiovisuales sin fronteras») {/* COM/2007/0170 final - COD 2005/0260 */}. La modificación propuesta alcanzaba, como se observa, al mismo título de la Directiva, en el que se proponía sustituir la referencia al “ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva” por la de la “prestación de servicios de medios audiovisuales”. Finalmente, el título terminó siendo el de Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual.

A este respecto, podía tenerse por ilustrador el siguiente pasaje (Comunicado de Prensa correspondiente a la sesión n.º 2802 del Consejo de la Unión Europea; Bruselas, 24 y 25 de mayo de 2007; Págs. 8 y 9; disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>): *“El proyecto de Directiva pretende tener en cuenta la importante evolución tecnológica y del mercado de los últimos años, al tiempo que garantiza la igualdad de las condiciones de competencia entre prestadores de servicios de medios de comunicación. Establece reglas mínimas comunes para todos los servicios de medios de comunicación audiovisuales, con independencia de la plataforma de transmisión utilizada para prestar los servicios. El concepto de servicio de medios audiovisuales que define el texto distingue entre programas de televisión «lineales» (por ejemplo retransmisión programada mediante televisión tradicional, internet o teléfono móvil), que «trae» el contenido a los espectadores y servicios a la carta («no lineales»), como vídeo a la carta, que el espectador «extrae» de una red. Sólo las reglas mínimas comunes se aplicarían a los servicios a la carta (entre estas, las normas relativas a la protección de los menores y de la dignidad humana y las normas cualitativas sobre publicidad), mientras que a las retransmisiones televisadas se les aplicarían reglas adicionales, incluidas las normas cuantitativas relativas a la publicidad. Al igual que la Directiva existente, el acuerdo político utiliza el principio del país de origen para determinar la jurisdicción entre Estados miembros. No obstante, el texto acordado incluye un mecanismo comunitario que autoriza a un Estado miembro «destinatario», en ciertas circunstancias limitadas, a tomar medidas en contra de un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro. La cooperación entre Estados miembros en el marco del tratamiento de los servicios transfronterizos es asimismo obligatoria”.*

Realmente, el eje de la modificación operada era el de ensanchar el ámbito de aplicación de la Directiva para comprender los servicios de difusión televisiva en el sentido tradicional sobre cualquier plataforma, incluidos las ondas hertzianas, el cable, el satélite o la Red Telefónica Pública Conmutada - todos pasaban a ser identificados como servicios de medios audiovisuales lineales -, además de, y en esto residía la principal novedad, los denominados servicios de comunicaciones audiovisual no lineales, teniendo por tales aquellos en los que el usuario decidía el momento en que se transmitía un contenido específico sobre la base de una

oferta de contenido seleccionada por el prestador de servicios de medios (servicios de video a la carta o de *video on demand*).

A los efectos de todo el presente apartado de la tesis, que centraremos en la difusión televisiva en abierto partiendo, sobre todo, de la situación en nuestro país, carecerían de un excesivo interés las disposiciones relativas a los servicios de comunicación audiovisual no lineal, los cuales, por lo general, son de pago. Por otra parte, dentro de los servicios de medios audiovisuales lineales y por las mismas razones, interesarían ahora, sobre todo, los basados en las ondas hertzianas, al ser también de pago, en España, los basados en las restantes plataformas, a saber, satélite, cable y RTPC reforzada con técnicas xDSL. Esta situación sigue siendo válida aún ahora, a pesar de los intentos por implantar en nuestro país la TV digital terrestre de pago.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, la importancia de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual ha sido indudable, si se piensa que su aspiración última no ha sido otra que la de crear un mercado único europeo de prestación de servicios de difusión televisiva o de comunicación audiovisual lineal. En su Preámbulo se destacaban como sus principales objetivos: la creación de ese mercado único, la supresión de las restricciones al juego de la competencia, y el aseguramiento de la libre producción y distribución de programación audiovisual y de la libre prestación de servicios televisivos.

A estos efectos, la regla básica la sentaba su Art. 2 al disponer “*Los Estados miembros velarán por que todos los servicios de comunicación audiovisual*”²⁰*transmitidos por*

²⁰ La definición de servicio de comunicación audiovisual que daba la Directiva (Art. 1.a) era la siguiente: “*un servicio, tal como lo definen los artículos 49 y 50 del Tratado, cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio de comunicación y cuya principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, tal como las define el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/21/CE*”.

Aclarándose, además, que este servicio de comunicación audiovisual podía ser bien una emisión de radiodifusión televisiva, bien un servicio de comunicación audiovisual a petición, bien un servicio de comunicación comercial audiovisual que podría o no acompañar a cualquiera de los anteriores. Las definiciones correspondientes a cada uno de los anteriores tres conceptos eran las siguientes [Art. 1, letras e), g) y h)]:

- i. «*radiodifusión televisiva*» o «*emisión televisiva*» (es decir, un servicio de comunicación audiovisual lineal): “*un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación*”;
- ii. «*servicio de comunicación audiovisual a petición*» (es decir, un servicio de comunicación audiovisual no lineal): “*un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación*”;
- iii. «*comunicación comercial audiovisual*»: “*las imágenes con o sin sonido destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. La publicidad televisiva, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto son, entre otras, formas de comunicación comercial audiovisual*”;

prestadores del servicio de comunicación²¹ bajo su jurisdicción²² respeten las normas del ordenamiento jurídico aplicables a los servicios de comunicación audiovisual destinados al público en dicho Estado miembro”, con el complemento del Art. 2 bis que ordenaba que “los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva”.

La Directiva no era de aplicación a los servicios de comunicación audiovisual que exclusivamente se dirigieran a ser recibidas por países terceros distintos de los Estados miembros, y que no fueran recibidos por el público con equipo de consumo normal de manera directa ni indirecta en uno o varios Estados miembros (Art. 2.6).

La Directiva era, además, norma de mínimos en cuanto que, si bien los distintos Estados miembros debían velar por que todos los organismos de radiodifusión bajo su jurisdicción cumplieran con sus disposiciones, podrían dichos Estados, no obstante, imponer normas más estrictas que las dispuestas por la propia Directiva (Art. 3).

Por lo demás, y sin perjuicio de que esta norma pueda volver a traerse a colación cuando tratemos del entorno normativo correspondiente a otros mercados (Vg., el de la publicidad televisada), podría terminarse con ella aludiendo a las normas sobre protección de los menores y orden público: obligación de los estados miembros de velar por que las emisiones realizadas por organismos bajo su jurisdicción no perjudiquen el desarrollo físico, mental o moral de los menores (Art. 22) o por que los servicios de comunicación audiovisual ofrecidos por prestadores bajo su jurisdicción no contengan incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad (Art. 3 Ter).

La Directiva 89/552, en la redacción dada por Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO L 332 de 18.12.2007, p. 27/45) ha sido formalmente derogada por la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de

²¹ Por «prestador del servicio de comunicación» había que entender [Art. 1 d)]: “la persona física o jurídica que ostenta la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual del servicio de comunicación audiovisual y determina la manera en que se organiza dicho contenido”. Por otra parte, el concepto de «responsabilidad editorial» era el siguiente [Art. 1 c)]: “el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados”. Finalmente, el concepto de «prestador del servicio de comunicación» engloba al más restringido de «organismo de radiodifusión televisiva», debiendo tenerse por tal [Art. 1 f)] al “prestador del servicio de comunicación que ofrece radiodifusión televisiva”.

²² El criterio básico para determinar que un prestador del servicio de comunicación quedaba sujeto a la jurisdicción de un Estado miembro era el de la sede central, que jugaba con otros, de mayor o menor importancia conforme al Art. 2, como eran: el lugar de adopción de las decisiones editoriales sobre el contenido de la programación; el lugar donde trabajase una parte significativa del personal que realizara las actividades de radiodifusión televisiva; el lugar de la primera emisión; la utilización de frecuencias o capacidad de satélite atribuidas a un determinado Estado miembro o el recurso a estaciones de enlace ascendente a satélites situadas en dicho Estado miembro.

servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual *DO L 95 de 15.4.2010, p. 1/24*). El sentido de la derogación ha sido (v. núm. 1 del Preámbulo) el de, simplemente, ofrecer una versión codificada de la Directiva 89/552 y de sus diversas modificaciones. Por tanto, el contenido se mantiene intacto.

ii) Normativa nacional

(1) En general

La Ley 25/1994, de 12 de julio, de Incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva [BOE 13 julio 1994, núm. 166, (pág. 22342)], vino, prácticamente, a reproducir el contenido de la norma europea implementada en lo referente a los aspectos de la libertad de recepción y difusión y a otros que se mencionarán al estudiar otros mercados. Estas circunstancias dispensarían aquí de prestar una mayor atención a esta norma.

Dicho lo anterior, probablemente, las dos normas esenciales en lo que a la TV en abierto respecta, fueran la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada (BOE n. 108 de 5/5/1988, Páginas: 13666 – 13669) – para la TV de titularidad privada – y la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y televisión de titularidad estatal (BOE n. 134 de 6/6/2006, Páginas: 21207 – 21218) – para la TV de titularidad pública. Esta última norma habría de ser examinada con el complemento que ha supuesto la Ley 8/2009, de 28 agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española BOE 31 agosto 2009, núm. 209, (pág. 74003), desarrollada, a su vez, por el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

En cuanto a la primera, prácticamente, su contenido quedaba agotado con el régimen de concesiones y la prohibición de emisión en cadena de que nos ocuparemos más abajo al tratar de las barreras normativas a la entrada, tal vez, con el añadido del cuadro de infracciones y sanciones objeto de su capítulo IV; todo lo cual, sumado al hecho de haber sido finalmente derogada por la Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010, nos excusaría de profundizar más.

En cuanto a la segunda, la Ley 17/2006, su objeto es la regulación del servicio público de radio y TV titularidad del Estado y la del régimen jurídico de las entidades a las que se encomienda la prestación de dicho servicio público (Art. 1). En cuanto a la definición del servicio público de TV contenido en el Art. 2 de la Ley, nos remitimos a lo dicho en otras partes de este trabajo: apartado 2 del capítulo I en la primera parte.

Además de tal remisión, en el Art. 9 de la Ley 8/2009 de Financiación de la Corporación RTVE se enumeran una serie de Obligaciones adicionales de servicio público, a saber:

- i. dedicar un mínimo de 12 horas semanales a programas y servicios interactivos en los que se dé acceso a grupos políticos, sindicales y sociales;
- ii. información periódica sobre debates en Cortes y retransmisión en directo de las sesiones de especial interés;
- iii. programación de debates electorales de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio;

- iv. garantizar un contenido mínimo de programación infantil, cumplir taxativamente con el Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia, posibilitar técnicamente la opción del control parental de las emisiones;
- v. cumplir con las obligaciones de subtítulos de los programas y de empleo de técnicas para facilitar el acceso a la programación de incapacitados sensoriales;
- vi. dedicar, al menos, un 60 % de la franja de máxima audiencia de sus canales principales a largometrajes y cortometrajes cinematográficos, películas para televisión, documentales, series y programas informativos, culturales y de actualidad elaborados por la industria audiovisual europea;
- vii. incrementar en un 20 % el deber de inversión legal en la financiación de la producción europea de largometrajes, cortometrajes, películas, documentales y productos de animación;
- viii. diversificar la contratación de servicios exteriores y de producciones ajenas o mixtas, de manera que no se concentren en más del 30 % en un mismo proveedor, con la salvedad de las empresas con poder significativo en el mercado o que sean titulares de la explotación de derechos exclusivos;
- ix. limitar al 10 % del presupuesto anual total de aprovisionamientos, compras y servicios exteriores la adquisición de derechos de emisión de los eventos deportivos oficiales catalogados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales como de interés general y de gran interés para la sociedad que se fijarán en el contrato-programa, con exclusión de los Juegos Olímpicos y Paralímpicos;
- x. promover la cultura y el arte, la divulgación científica y tecnológica, la innovación y la actividad emprendedora;
- xi. garantizar las emisiones internacionales de radio y televisión con contenidos de calidad de carácter fundamentalmente informativo y de promoción de la cultura y de los intereses políticos y económicos estratégicos de España y sus territorios;
- xii. suscribir convenios de colaboración funcional y operativa con otras empresas públicas de radio, televisión o noticias;
- xiii. no emitir, en el conjunto de sus canales, más de 52 películas de estreno al año en horario de máximo consumo televisivo realizadas por las grandes productoras cinematográficas internacionales;
- xiv. asegurar la máxima cobertura geográfica, social y cultural e impulsar la diversidad cultural y lingüística en su oferta digital, especialmente a través de un canal dedicado a la producción cultural y artística; y
- xv. propiciar el acceso a los distintos géneros de programación y a los eventos institucionales, sociales, culturales y deportivos, dirigiéndose a todos los segmentos de audiencia, edades y grupos sociales, incluidas las minorías con discapacidades.

La gestión de dicho servicio público de ámbito estatal se encomienda a la *Corporación de Radio y Televisión Española, S.A.*, - sociedad mercantil estatal con especial autonomía de las definidas en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/97, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración general del Estado – mediante mandatos-marco otorgados por las Cortes Generales de nueve años de vigencia en los que se concretarán sus objetivos generales (Arts. 3, 4 y 5). Dicha Corporación ejercerá sus funciones de servicio público en el ámbito de los servicios de TV, conexos e interactivos a través de la *Sociedad Mercantil Estatal Televisión Española* (Art. 7).

Junto a los consabidos principios de servicio público (Vg., información veraz, promoción de los valores constitucionales o de la producción cultural española), el mismo Art. 3 se refiere a los efectos de la convergencia tecnológica cuando dispone: “*Forma parte de la*

función de servicio público de radio y televisión contribuir al desarrollo de la Sociedad de la Información. Para ello participarán en el progreso tecnológico, utilizando las diferentes tecnologías y vías de difusión, y desarrollarán nuevos servicios conexos o interactivos, susceptibles de enriquecer o completar su oferta de programación, y de acercar las diferentes Administraciones Públicas a los ciudadanos. Igualmente se promoverán medidas que eviten cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad”.

También podría mencionarse el contenido del Art. 33, que se atiene a los principios inspiradores del Protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam y a los criterios de la Comisión recogidos en su comunicación de 17 de octubre de 2001 – *Vid Supra* parte primera capítulo primero apartado 2 - y, a tenor del cual, las compensaciones a la corporación RTVE y a sus sociedades por sus obligaciones de servicio público se consignarán de forma separada en los Presupuestos generales del Estado, tendrán carácter anual y no podrán exceder del coste neto del servicio público prestado en el correspondiente ejercicio presupuestario.

Por último, podía destacarse la existencia de un Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual (Proyecto de Ley 121/2009/000045, de 16 octubre) llamado a trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007, cuyo contenido se ha dejado ya expuesto en el epígrafe anterior, lo que nos dispensará de exponer el contenido del Proyecto, en cuanto sea reiteración del de la Directiva. Sin embargo, su alcance no se limitaba a trasponer la Directiva, sino que se extendía a codificar, en lo posible, una *“legislación audiovisual dispersa, incompleta, a veces desfasada y obsoleta, con grandes carencias para adaptarse a los tiempos”* (ver Exposición de Motivos), con el objetivo de ofrecer seguridad jurídica a los operadores. El Proyecto en cuestión a terminado por ser la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación audiovisual (LGCA) [BOE 1 abril 2010, núm. 79, (pág. 30157)].

(2) En especial, los antecedentes de la Ley General de Comunicación Audiovisual y su valoración por la Comisión Nacional de la Competencia

Las especiales implicaciones que este texto pudiera tener desde la perspectiva del Derecho de la Competencia se pusieron de manifiesto en el Informe PN 11/09 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CCNC) sobre el Anteproyecto de Ley Audiovisual²³, aprobado en su sesión de 15 de julio de 2009, y que fue emitido en el ejercicio de las competencias consultivas que a dicho órgano le venían atribuidas por el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El contenido de este Informe, en cuanto nos pudiera parecer de especial importancia, lo iremos poniendo en relación con cada uno de los diversos artículos del Proyecto. Del mismo modo, haremos una mención a la regulación definitiva en la LGCA, aunque no habría habido modificaciones sustanciales.

Adelantamos ya que los tres ejes de esa valoración por parte del CCNC eran: **(i)** las consecuencias que la creación y atribuciones del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), podía comportar sobre las funciones de las autoridades de defensa de la competencia; **(ii)** el conjunto de implicaciones para la competencia que, desde el punto de vista sustantivo, podía suponer la ordenación del mercado audiovisual que se pretendía operar y **(iii)** una serie de observaciones sobre el Proyecto de Ley de Financiación de la

²³ Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/>.

Corporación Radiotelevisión Española, que no pudo ser informado en su momento por la CNC (proyecto que dio lugar a la ley 8/2009 mencionada en anterior epígrafe).

El objeto del proyecto (PLGCA) era el de establecer la normativa básica para la comunicación audiovisual, las bases para la coordinación y ordenación del mercado audiovisual y regular la comunicación audiovisual de cobertura estatal (Art. 1 del Proyecto y de la LGCA).

Se consideraba servicio de comunicación audiovisual de cobertura estatal: “a) *El servicio público de comunicación audiovisual cuya reserva para la gestión directa haya sido acordada por el Estado*; b) *El servicio de comunicación audiovisual cuya licencia haya sido otorgada por el Estado*. c) *El servicio de comunicación audiovisual que se presta para el público de más de una Comunidad Autónoma*”. Sin embargo, “no será considerado de cobertura estatal el servicio que se preste en virtud de una licencia otorgada por una Comunidad Autónoma, cuando la emisión en otra Comunidad distinta resulte de uno de los Convenios previstos en el artículo 40.3 – convenios entre Comunidades autónomas para la emisión del servicio público de comunicación audiovisual por ondas hertzianas terrestres de una Comunidad en otra distinta - o de desbordamientos naturales de la señal en la emisión para el territorio en el cual se ha habilitado la prestación del servicio” (Art. 2.3 del Proyecto). La regulación en el Art. 2.3 de la LGCA es idéntica a la del Proyecto; sólo se suprime la referencia a la emisión en otra Comunidad autónoma en virtud de convenios entre Comunidades autónomas.

Dentro del **Capítulo I** (“Los derechos del público”) del **Título II** (“Normativa básica para la Comunicación Audiovisual”), se regulaba en el Proyecto, en el Art. 4, el derecho de todos a recibir una comunicación audiovisual plural, refiriéndose esta pluralidad a los medios de recepción, a su cobertura, a los géneros de programación y a los intereses sociales satisfechos. Este derecho se investía de una especial intensidad en el caso de emisiones realizadas por prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública. En lo demás, se declaraba la vinculación de las actividades de comunicación audiovisual a los principios y valores constitucionales, a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona. Sin salir de ese mismo Título y Capítulo, los artículos 7 y 8 se ocupaban, respectivamente, de “Los derechos del menor” (a su integridad moral y a su propia imagen) y de “Los derechos de las personas con discapacidad” (derecho de accesibilidad universal a la comunicación audiovisual de acuerdo con las posibilidades tecnológicas). El primero de esos preceptos ha sido, por otra parte, recientemente modificado, para reforzar la protección de los menores por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos.

La **Sección 1.^a** (“Libertad en la Dirección Editorial, el Derecho de Acceso y el Derecho a la autorregulación”) del **Capítulo II** (“Los derechos de los prestadores del servicio de Comunicación Audiovisual”) de ese mismo **Título II** del Proyecto incluía tres preceptos, los artículos 10 a 12, que se dedicaban, respectivamente, a “La libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual” (esencialmente, el derecho del prestador de servicios de comunicación audiovisual a configurar su parrilla de programación, en cuanto a horarios y a contenidos, en colaboración con las Administraciones públicas), a “El derecho de acceso a los servicios de comunicación electrónica” (el derecho de acceso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual a los servicios de comunicación electrónica para la emisión de canales y catálogos de programas con las limitaciones derivadas de las

capacidades técnicas) y a “*El derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual*” (es decir, el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a aprobar códigos éticos o profesionales sobre los contenidos difundidos, sujetos a la supervisión no sólo de la Autoridad audiovisual, sino también de las Autoridades de defensa de la competencia). Nos ocuparemos de las consideraciones de la CNC sobre el *derecho de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas* y del *derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual*:

- ❖ *Derecho de acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas*. El artículo 10 ap. 1 del Anteproyecto, que pasaba a ser el artículo 11 del Proyecto, suponía la imposición de obligaciones de *carrier* o *must carry*, al proclamar ese acceso de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a los servicios de comunicación electrónica para la emisión de canales y catálogos de programas. Implicaba lo anterior que los prestadores de servicios de comunicación electrónica no pudieran negarse a incluir los canales y catálogos de programas a solicitud de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

Lo anterior, en opinión del CCNC, puesta de manifiesto en su Informe, entrañaba cargar a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, sin distinción, con obligaciones de permitir acceso a sus redes y servicios de forma indiscriminada, lo que podía llegar a afectar gravemente a su modelo de negocio, a su estrategia comercial y a su propia viabilidad económica, incluso en aquellas situaciones en las que la denegación de acceso no supusiera un auténtico riesgo de exclusión para el prestador del servicio de comunicación audiovisual.

Por estas razones, concluía el CCNC que no resultaba adecuada la imposición de una obligación *ex ante* de acceso indiscriminado. El acceso podía estar justificado sólo en aquellos casos en los que llegara a darse ese riesgo de exclusión, y para ello el instrumento adecuado era el de carácter *ex post* constituido por el control de conductas restrictivas de la competencia de la normativa de defensa de la competencia (acuerdos restrictivos y abuso de posición dominante).

El recurso a obligaciones de *carrier* impuestas con carácter *ex ante* podía estar justificada, pero sólo en relación con servicios de comunicación audiovisual de determinada clase (p.e., los que pudieran contribuir a la difusión del idioma, de la cultura, etc...), debiendo lo anterior ser, en todo caso, objeto de acreditación en cuanto a su necesidad y proporcionalidad, y sin extenderse más allá de esos concretos servicios.

El apartado 2 del Art. 10 del Anteproyecto preveía, además, que las condiciones de ese acceso debían ser transparentes, equitativas y no discriminatorias, y que eran nulas de pleno derecho y quedaban, en todo caso, prohibidas las estipulaciones destinadas a impedir, restringir o falsear la competencia o aquéllas que resultasen de la explotación abusiva de una posición de dominio. Esta mención desapareció del Proyecto, cuyo Art. 11 no incluía apartado segundo, y ello a consecuencia de las observaciones del CCNC. En el Informe se hizo constar, en efecto, que esas denegaciones de acceso sólo resultaban preocupantes cuando el operador de telecomunicaciones se encontrara en una situación de posición dominante y que, en cualquier caso, la forma de atacar tales conductas era la del control *ex post* que brindaban los artículos 1 y 2 LDC y 101 y 102 TFUE.

Además, una previsión tal, según el mismo Informe, podía llevar al solapamiento de las facultades del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) con las de las autoridades de la competencia (*vid infra*), toda vez que, conforme al Art. 47 del Anteproyecto, el CEMA podría requerir - sin precisar a quién, ni los efectos de dicho requerimiento - el cese de aquellas prácticas que contraviniesen las disposiciones establecidas en la propia LGCA.

Finalmente, el Art. 11 de la LGCA ha deferido toda esta cuestión a la regulación sectorial de las telecomunicaciones, y así: *“Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho de acceder a los servicios de comunicación electrónica para la emisión de canales y catálogos de programas con las limitaciones derivadas de las capacidades técnicas y de acuerdo asimismo con lo establecido en la normativa sectorial de telecomunicaciones y servicios de comunicaciones electrónicas. Los términos y condiciones de tal acceso serán libremente pactados por las partes”*.

- ❖ **Derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual.** En la versión del Anteproyecto se encontraban referencias a los códigos de autorregulación en, al menos, tres preceptos. El Art. 8, bajo la rúbrica de *“derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales”*, aludía a las facultades de control de dichos códigos por parte de la autoridad audiovisual. El Art. 11 se refería al derecho que tenían los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a aprobar códigos en los que se regulasen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración. Por último, el Art. 46.1.b) establecía que el CEMA tendría entre sus funciones *“promover la autorregulación del sector audiovisual”*.

El CCNC observó en su informe que, aunque la función primordial de la autorregulación era la de evitar la retransmisión de contenidos ilícitos o inapropiados, había que tener también presente que dichos códigos eran acuerdos entre competidores y que, en cuanto tales, podían incluir restricciones a la competencia, en el sentido del Art. 1 LDC y 81 TCE, y, en consecuencia, ser perfectamente revisables en sede de competencia (se citaban ejemplos de resoluciones del propio CCNC sobre códigos de conducta en el ámbito audiovisual y publicitario, como en el asunto *Autocontrol* de 2008, donde se declaraba el código de conducta en cuestión exceptuable de la aplicación del Art. 1.1 LDC ex Art. 1.3, precepto este último que contemplaba las exenciones individuales).

A la vista de que tales códigos de conducta resultaban censurables desde la perspectiva de la normativa antitrust, el CCNC propuso en su informe añadir un apartado 4 al Art. 11 del Anteproyecto con la siguiente redacción: *“Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto”*.

Y, del propio modo, se proponía añadir un inciso al Art. 46.1.b), que pasaría a tener el siguiente tenor literal: *“b) Promover la autorregulación del sector audiovisual, dentro*

del respeto a las normas de competencia y sin perjuicio de las facultades de las autoridades de defensa de la competencia en su control”.

El resultado en el Proyecto fue el que se pasa a exponer. El Art. 9 (“*El derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales*”) tenía un primer apartado conforme al que “*cualquier persona física o jurídica puede solicitar a la autoridad audiovisual competente el control de la adecuación de los contenidos audiovisuales con el ordenamiento vigente o los códigos de autorregulación*” y “*la autoridad, si lo considera oportuno, dictará recomendaciones para un mejor cumplimiento de la normativa vigente*”. Sin embargo, dicho precepto no se refería directamente a un control de los códigos de autorregulación por parte de la CME, sino más bien a un control de los contenidos audiovisuales desde el punto de vista de su conformidad con la normativa y con los propios códigos de autorregulación.

El Art. 12 del Proyecto, que venía a corresponderse con el Art. 11 del Anteproyecto, bajo la ya citada rúbrica de “*el derecho a la autorregulación del prestador del servicio de comunicación audiovisual*”, incluía un apartado segundo con la siguiente redacción: “*Cuando un prestador apruebe un código por sí solo, en conjunto con otros prestadores, o se adhiera a uno ya existente, lo comunicará además de a las autoridades audiovisuales competentes al Consejo de Consumidores y Usuarios, como máximo órgano de representación social en la materia. La autoridad audiovisual verificará la conformidad con la normativa vigente y de no haber contradicciones dispondrá su publicación*”.

De este apartado segundo podría interpretarse que la autoridad audiovisual sería la encargada de dictaminar sobre la conformidad del código de conducta con la normativa antitrust, en la medida en que esta última se integraba dentro de la normativa vigente. Sin embargo, lo anterior quedaba matizado a través del apartado 4.º del mismo Art. 12, conforme al cual: “*Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto*”.

Finalmente, la mención del Art. 46.1.b) del Anteproyecto desaparecía en el Proyecto.

La regulación del Proyecto y la numeración de los Arts. 9 y 12 se mantienen en la LGCA.

Dentro del **Título III** del Proyecto (“*Normas básicas para la regulación y coordinación del Mercado de Comunicación Audiovisual*”) se integraba un **Capítulo I** (“*Régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado competitivo, transparente y plural*”) cuya **Sección 1.ª** (“*Servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general*”) integraba los artículos 22 a 33. De este conjunto normativo, pasamos a destacar lo más importante a los efectos que ahora nos ocupan, dejando gran parte de ese contenido para todo lo concerniente a las barreras normativas de entrada.

El Art. 22 (“*Régimen jurídico de los servicios de comunicación audiovisual de interés general*”) contenía, en su apartado 1.º, una importante declaración, a saber: “*Los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios*

de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, en régimen de libre competencia y dentro de un mercado transparente y plural". Consecuencia necesaria de tal declaración era la de que la prestación del servicio de comunicación audiovisual no requiriese título habilitante, sino tan sólo una comunicación fehaciente ante la autoridad audiovisual competente, con carácter previo al inicio de la actividad (apartado 2); de modo que, sólo cuando el servicio se prestase mediante ondas hertzianas terrestres, resultaría necesaria licencia previa otorgada, mediante concurso, por la autoridad audiovisual competente (apartado 3). El Art. 28 ("*Duración y renovación de las licencias audiovisuales*") asignaba a las licencias audiovisuales un plazo de quince años, y disponía que las mismas se renovarían de forma automática por idéntico plazo, salvo en el caso de que, en los seis meses previos a su vencimiento, otro operador solicitase una de ellas y el espectro radioeléctrico necesario para ese nuevo otorgamiento estuviera agotado.

Otra manifestación importante era la contenida en el Art. 31 Ap. 2., a cuyo tenor, "*los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas podrían serlo también de comunicaciones audiovisuales*", quedando, en tal caso, sujetos a las previsiones de la propia Ley General de Comunicación Audiovisual, en cuanto que prestadores de estos últimos servicios. La **valoración de la CNC sobre esta cuestión** fue la siguiente:

- ❖ **Prestación conjunta de servicios de comunicaciones electrónicas y de comunicación audiovisual**. El Art. 22 del Anteproyecto llevaba la rúbrica de "*Explotación de redes de comunicaciones electrónicas y servicio de comunicación audiovisual*". Su apartado primero determinaba que los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas debían permitir el acceso a su red a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y prohibía aquellas prácticas comerciales dirigidas a excluir a determinados prestadores audiovisuales o productores independientes.

Resultaban aquí perfectamente extrapolables las conclusiones vertidas a propósito del Art. 10 del Anteproyecto (*vid supra*); en síntesis: que no resultaba justificada una obligación *ex ante* de acceso indiscriminado de carácter general, salvo con respecto a determinados servicios audiovisuales en que pudiera estar justificado por razones de interés público, y que, en cualquier caso, las denegaciones injustificadas de acceso debían ser perseguidas *a posteriori* conforme a los preceptos de la normativa general *antitrust* que sancionaban las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante. Y lo mismo cabría entender con respecto al riesgo de solapamiento entre las facultades del CME y las de las autoridades de la competencia. Por las anteriores razones, el CCNC propuso la eliminación del párrafo primero del apartado primero del Art. 22 del Anteproyecto.

Además, el segundo párrafo de ese mismo apartado 1 del Art. 22 del Anteproyecto establecía que los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas debían garantizar que las condiciones técnicas de transmisión permitieran una interactividad efectiva. El CCNC consideró en su Informe que una previsión tal podía ser excesivamente gravosa para dichos prestadores, y que las condiciones de interactividad deberían ser decididas por los propios operadores de red en el desarrollo de su modelo de negocio, dentro de las capacidades técnicas posibles. En consecuencia, se propuso también eliminar dicha previsión del articulado.

Tras las anteriores observaciones, el resultado final fue el de que el Art. 31 del Proyecto, que llevaba la misma rúbrica de "*Explotación de redes de comunicaciones*

electrónicas y servicio de comunicación audiovisual” que el Art. 22 del Anteproyecto, pasó a disponer en su apartado primero lo siguiente: *“Los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán el derecho de acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y productores independientes, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre telecomunicaciones y las capacidades técnicas de su ancho de banda; Asimismo, los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas garantizarán la posibilidad técnica de transmitir imagen y sonido en condiciones que permitan una interactividad efectiva”*. Es decir, que ese acceso indiscriminado era sustituido por otro condicionado a la legislación sobre telecomunicaciones y a las posibilidades técnicas, si bien se mantenían las cargas sobre los operadores de telecomunicaciones en cuanto a la prestación de servicios interactivos. Ésta ha sido también la regulación incluida en el Art. 31 de la LGCA.

El **Título IV** (*“Los prestadores públicos del Servicio de Comunicación Audiovisual”*) comprendía los artículos 40 a 43.

El artículo 40 del Proyecto (*“Servicio público audiovisual”*) definía, en su apartado 1, el servicio público de comunicación audiovisual como *“un servicio esencial para la comunidad que tiene como función principal difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual”* disponiéndose, además, que *“los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual atenderán a aquellos ciudadanos y grupos sociales que no son destinatarios de la programación mayoritaria”*. Conforme al apartado 2 del mismo Artículo 40, *“el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos”*. Recientemente, este precepto ha venido a modificarse por la citada Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, a fin de permitir la gestión del servicio público audiovisual de ámbito autonómico por particulares mediante gestión indirecta, y ello con independencia de las licencias concedidas, en ese mismo ámbito autonómico, a los operadores privados para los servicios de comunicación audiovisual que no participen de ese carácter de servicio público.

Resultaba especialmente importante también el Art. 41 (*“La función de servicio público audiovisual y su control”*), el cual disponía que los objetivos generales de la función de servicio público serían establecidos normativamente por un periodo de nueve años, en tanto que su desarrollo y la identificación de los contenidos concretos de servicio público y de los porcentajes de programación asignados a los mismos se llevarían a cabo para plazos inferiores. Conforme al apartado 2 de ese mismo precepto, se atribuía el control de la gestión y el cumplimiento de la función de servicio público a las Cortes Generales, a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, a los órganos de gobierno de las Corporaciones Locales y a las autoridades audiovisuales competentes, debiendo estas últimas evaluar, además, si esa función de servicio público llegaba a alterar la competencia en el mercado audiovisual. Cabría aquí mencionar las valoraciones de la CNC sobre el **control de la función de servicio público**:

- ❖ **Control de la función de servicio público** En concreto, dentro del Art. 41 del Anteproyecto, que llevaba la rúbrica “*La función de servicio público audiovisual y su control*”, disponía el apartado 3.º: “*En particular, las autoridades audiovisuales competentes deberán evaluar si los nuevos servicios significativos que se pretendan incluir se ajustan a la misión de servicio público encomendada y si alteran la competencia en el mercado audiovisual. Durante la evaluación se deberá otorgar audiencia a los distintos interesados, y sus resultados deberán publicarse*”.

Este apartado fue objeto de crítica por parte del CCNC en su Informe, toda vez que las referencias a la alteración de la competencia en el mercado audiovisual colisionaban con las funciones propias de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias, tanto en materia de control de ayudas públicas como de conductas restrictivas de la competencia, y, en particular, con las relativas a los servicios de interés económico general. Por ello, los incisos de la parte final de dicho apartado propuso que fueran eliminados, de manera que el Art. 41.3 del Anteproyecto quedase redactado de la siguiente manera: “[...] *evaluar si los nuevos servicios significativos que se pretendan incluir se ajustan a la misión de servicio público encomendada*”. Sin embargo, esta recomendación no fue oída y lo cierto es que dicha referencia se mantuvo en el Art. 41.3 del Proyecto y de la LGCA.

En el caso de prestadores de servicio público audiovisual de titularidad pública, es decir, cuando el servicio público audiovisual se gestionase directamente por organismos públicos, se imponían ciertos límites en el Art. 42 del Proyecto, a saber: la gestión con sujeción a criterios de transparencia empresarial, la representatividad de las diversas corrientes sociales y políticas existentes en el ámbito de cobertura en el órgano encargado de la elaboración de los criterios rectores de la línea editorial, la imposibilidad de que esos organismos públicos participasen en el capital social de prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual y la prohibición de que el Estado pudiera reservar o adjudicar a los prestadores de titularidad pública más del 25 por 100 del espacio radioeléctrico disponible para el servicio de televisión en el ámbito estatal, de acuerdo con el Plan Técnico Nacional correspondiente. Esta regulación se mantiene esencialmente en el Art. 42 de la LGCA y, además, se retoca en la Ley 6/2012 citada para adaptarlo a las modificaciones introducidas por la misma (v. *supra*).

Mención aparte podía también merecer el Art. 43, incluido dentro de ese mismo Título IV, y que venía a tratar de la “*Regulación de la financiación de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual*”. Como se reflejaba en la Exposición de Motivos, “*esta Ley supone un alineamiento con las Directivas, Comunicaciones, Decisiones y recomendaciones de las instituciones europeas sobre los servicios públicos de radiodifusión en relación a la compatibilidad de su financiación con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en lo relativo a ayudas estatales y a la contabilización del coste neto del servicio público*”. Es decir, que la financiación pública no podría sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público. En el momento de desarrollar los objetivos generales de la función de servicio público, tendrían que fijarse también las reglas para la determinación del coste neto del servicio público, de modo que la financiación pública que excediera del coste neto o bien debería reintegrarse o bien imputarse a ejercicios posteriores (se admitía que prestadores del servicio público de comunicación audiovisual pudieran mantener reservas de hasta un 10 por 100 de la financiación anual presupuestada para el cumplimiento del servicio público, o superiores si se dieran circunstancias que lo justificasen, debiendo, en todo caso, tales reservas ser utilizadas dentro

del plazo de 4 años). A los anteriores efectos, se imponía el mantenimiento de cuentas separadas para las actividades de servicio público y se ordenaba también la progresiva separación estructural para dichas actividades. Finalmente, otras restricciones importantes eran las que derivaban de la prohibición de toda forma de publicidad en la televisión pública de titularidad estatal. Esta regulación se mantiene en el Art. 43 de la LGCA. Sus previsiones, las de la Ley 8/2009 de Financiación y las del desarrollo reglamentario de esta última, así como su valoración por CNC española y por la propia Comisión Europea, es materia de otros epígrafes de la tesis.

Otra novedad importante que suponía el Proyecto era la creación de un Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, organismo público adscrito al Ministerio de la Presidencia de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, y a cuya ordenación dedicaba su Título V. Mediante Orden PRE/1483/2011, de 3 de junio (RCL 2011\1051) se publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de junio de 2011, para impulsar la constitución efectiva del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, si bien, esta medida quedó en cuarentena como consecuencia de las de racionalización adoptadas por el nuevo Gobierno.

Sus fines eran los que se enumeraban en el Art. 45, a cuyo tenor, *“El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, como autoridad independiente supervisora y reguladora de la actividad audiovisual estatal, tiene por finalidad velar y garantizar el cumplimiento de los siguientes objetivos: (a) El libre ejercicio de la comunicación audiovisual en materia de radio, televisión y servicios conexos e interactivos en las condiciones previstas en la presente Ley. (b) La plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley. (c) La transparencia y el pluralismo del sector de los medios de comunicación audiovisual. (d) La independencia e imparcialidad del sector público estatal de radio, televisión y servicios conexos e interactivos, y el cumplimiento de la misión de servicio público que le sea encomendada”*.

Para el cumplimiento de estos fines, se detallaban en el Art. 47 las Funciones del CEMA, distinguiéndose entre unas de carácter general (Ap. 1²⁴) y otras de asesoramiento a las Cortes

²⁴ La versión de dicho apartado en la LGCA era: *“1. Corresponde al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales en el ámbito de la actividad audiovisual de ámbito estatal el ejercicio de las siguientes funciones: a) Adoptar las medidas precisas para la plena eficacia de los derechos y obligaciones establecidos en esta Ley, así como de la normativa europea exigible al sector audiovisual. b) Aprobar el Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de las competiciones deportivas. c) Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. d) Informar el pliego de condiciones de los concursos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual que convoque el órgano competente del Gobierno, y las distintas ofertas presentadas; igualmente, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales es competente para decidir sobre la renovación de dichas licencias, según lo establecido en el artículo 28, autorizar la celebración de negocios jurídicos sobre ellas y declararlas extinguidas, de conformidad con el régimen establecido en esta Ley. e) La llevanza del Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual. f) Verificar las condiciones de los artículos 36 y 37 de la Ley en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando, por constituir operaciones de concentración, deban ser autorizadas por la Comisión Nacional de la Competencia. g) Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual. h) Velar por el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y fiable en los sistemas de medición de audiencias, y plural. i) Vigilar el cumplimiento de la misión de servicio de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual y la adecuación de los recursos públicos asignados para ello. j) Evaluar el efecto de nuevos entrantes tecnológicos*

Generales, al Gobierno, a los organismos reguladores y, a petición de ellas, a las autoridades audiovisuales independientes autonómicas en las materias relacionadas con el sector audiovisual (Ap. 2²⁵). En su Informe se encargó también la CNC de **valorar este punto del Proyecto**:

- ❖ **Competencias del CEMA**. En su Informe, entendió el CCNC que algunas de las competencias atribuidas al CEMA podían colisionar, en cuanto a su alcance u objeto, con las conferidas a las autoridades de la competencia, estatales o autonómicas. Se trataba de las funciones atribuidas al CEMA en materia de autorización de concentraciones (46.1.f del Anteproyecto: “Autorizar las operaciones de concentración de los prestadores de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando deban ser autorizadas por el gobierno”) y de control de prácticas restrictivas de la competencia (47.4: “Requerir el cese de aquellas prácticas que contravengan las disposiciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo”).

El CCNC se refirió a las relaciones entre las autoridades de la competencia y los reguladores sectoriales y a su reglamentación a través del Art. 17 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, conforme al cual:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes no vinculantes en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley.

En todo caso:

*en el mercado audiovisual, y de nuevos servicios significativos en relación con posibles modificaciones en la definición y ampliación de la encomienda de servicio público. **k)** Arbitrar, cuando así se hubiera acordado previamente por las partes, en los conflictos que puedan surgir entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, así como en aquellos que se produzcan entre productores audiovisuales, proveedores de contenidos, titulares de canales y prestadores de servicios de comunicación audiovisual. A estos efectos, los laudos que dicte tendrán los efectos establecidos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; su revisión, anulación y ejecución forzosa se acomodarán a lo dispuesto en la citada Ley. **l)** Ejercer las competencias que esta Ley le confiere en relación con el cine. **m)** El ejercicio de la potestad sancionadora en los términos previstos en esta Ley. **n)** Velar por el cumplimiento de todas las disposiciones de esta Ley y ejercer las facultades en ella previstas para garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en la misma. **o)** Velar por la promoción de la alfabetización mediática en el ámbito audiovisual con la finalidad de fomentar la adquisición de la máxima competencia mediática por parte de la ciudadanía. **p)** Ejercer cuantas atribuciones le atribuye esta Ley y cualesquiera otras que le sean encomendadas”.*

²⁵ La versión de dicho apartado en la LGCA era: “2. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales asesorará a las Cortes Generales, al Gobierno, a los organismos reguladores y, a petición de ellas, a las autoridades audiovisuales independientes autonómicas en las materias relacionadas con el sector audiovisual. En particular corresponde al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales: **a)** Emitir un informe previo sobre los proyectos y disposiciones que puedan afectar al sector audiovisual. **b)** Proponer al Gobierno la elaboración de disposiciones de carácter general relativas a la actividad audiovisual. **c)** Remitir anualmente al Gobierno y a las Cortes Generales informe preceptivo sobre el sector audiovisual. **d)** Elaborar estudios, informes, balances estadísticos y dictámenes sobre materias de su competencia a instancia propia o a iniciativa de las Cortes Generales o el Gobierno sobre cualquiera de las materias de su competencia. **e)** Informar preceptivamente en los procedimientos iniciados, por cualquier órgano regulador que afectan o puedan afectar al sector audiovisual.”

- a. Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniéndolo, en su caso, el dictamen correspondiente.*
- b. Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.*
- c. La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.*
- d. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los artículos 1 a 3 de la presente Ley”.*

Este precepto suponía, en fin, que los reguladores sectoriales pudieran informar con carácter no vinculante dentro de los expedientes tramitados por las autoridades de la competencia en razón de concentraciones o de prácticas abusivas o colusorias, cuando lo anterior pudiera estar justificado a la vista de las competencias de aquellos. Los artículos 46.1.f y 47.4 del Anteproyecto tenían un carácter distorsionador y no casaban bien con el Art. 17 transcrito. Lo anterior lo respaldó el CCNC con dos pronunciamientos jurisdiccionales.

El primero era la STS de 1 de febrero de 2006, y se trataba de que un precepto del Reglamento de Telecomunicaciones definía en términos muy amplios y generales la función de supervisión de la CMT de los mercados de las telecomunicaciones. En particular, la transcripción por el CCNC de los dictados de esa sentencia del TS fue:

“«la dicción del ya citado artículo [...] le permitía imponer medidas concretas y singulares, con la finalidad expresada, mediante instrucciones vinculantes para los operadores, pero no delimitar con carácter abstracto las conductas de éstos que serían sancionables a título de la Ley de Defensa de la Competencia como modalidades específicas de su artículo 6»; que ello «supone tanto como ejercitar por parte de la CMT una inexistente competencia de desarrollo reglamentario en materia de tipificación abstracta de infracciones relativas a la defensa de la libre competencia»; y que, finalmente, el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia es el «único órgano competente en la Administración del Estado para determinar cuándo se ha producido aquella infracción» (F.J. 7º)”.

El segundo pronunciamiento era la STS, de 17 de diciembre de 2008, dictada en casación en relación con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2006. Se trataba, de nuevo, de la posible atribución a la CMT de la facultad para declarar el carácter restrictivo de la competencia de determinados comportamientos, y el TS confirmó que lo atribuido a la CMT era, meramente, la posibilidad de valorar indiciariamente dicho carácter, sin que le llegara a corresponder formalmente la

determinación de la existencia de infracción de los tipos definidos por la LDC, lo que era prerrogativa de los órganos de defensa de la competencia. En dicha sentencia, el TS también confirmó que, si los reguladores sectoriales considerasen que la conducta evaluada era una conducta prohibida por la normativa de competencia, tenían la obligación de comunicar tal extremo a las autoridades de competencia, para que estas pudieran proceder a la incoación de un expediente sancionador que pudiera finalizar, en su caso, con la correspondiente sanción en relación con dichas conductas.

En resumen, que la competencia del CEMA en ningún caso debía incidir sobre la de las autoridades antitrust, debiendo limitarse a poner en conocimiento de estas últimas autoridades todos aquellos comportamientos presuntamente anticompetitivos y a informar a título no vinculante, en el marco de sus competencias sectoriales, dentro de los expedientes instruidos por las autoridades de la competencia.

En el caso de concentraciones de empresas de dimensión comunitaria, también las potestades autorizatorias de las concentraciones de los organismos reguladores sectoriales nacionales habían quedado muy seriamente cuestionadas tras la controversia, decidida en los tribunales comunitarios, sobre la aplicación de la llamada función 14 de la Comisión Nacional de la Energía. Esta función permitía a la CNE emitir autorización sobre las concentraciones en el sector energético español, función cuyo alcance había limitado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, declarando contrario al Derecho Comunitario uno de los supuestos de emisión de dicha autorización, en la medida en que era incompatible con los derechos a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, consagrados en el Tratado de la CE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, recaída en el asunto c-207/07). Por todo lo anterior, no sólo carecía de sentido, sino que cabría cuestionar la adecuación al derecho comunitario de la existencia de dos instancias que autorizasen, en paralelo, operaciones de concentración, como parecía derivarse de la redacción del Anteproyecto en su artículo 46.1.f arriba citado).

Pese a las anteriores reflexiones, cabe observar como la mención del Art. 47.4 del Anteproyecto se mantiene en el texto definitivo de la LGCA (ver su Art. 48.4). Además, la del Art. 46.1.f del Anteproyecto pasa a ser sustituida por la del Art. 47.1.f) de la LGCA, conforme a la cual es función del CEMA, no autorizar concentraciones, sino sólo “*verificar las condiciones de los artículos 36 y 37 de la Ley en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando, por constituir operaciones de concentración, deban ser autorizadas por la Comisión Nacional de la Competencia*”.

Finalmente, la LGCA ha derogado las Leyes 10/1988 y 25/1994 mencionadas en el anterior epígrafe y habrá de entenderse sin perjuicio de las Leyes audiovisuales autonómicas: Vg., Ley 1/2006, de 19 de abril, reguladora del sector audiovisual en la Comunidad Valenciana (BOE n. 135 de 7/6/2006, Páginas: 21675 – 21691) o Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación audiovisual de Cataluña (BOE n. 38 de 14/2/2006, Páginas: 5746 – 5777), modificada por la Ley 2/2012, de 22 de febrero, de modificación de varias leyes en materia audiovisual (LCAT 2012\128).

d) El mercado de la difusión de televisión, de la audiencia o de los telespectadores en el caso de la creación de HMG por Verónica, Endemol y RTL (caso HMG)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso HMG

En esta decisión de la Comisión [96/346/CE: Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 1995 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*); DO L 134 de 5.6.1996, p. 32/52], las partes involucradas en la operación eran (ver considerandos 3 a 5) *Holland Media Groep SA* (HMG), *RTL4 SA* (RTL), *Vereniging Veronica Omroeporganisatie* (Veronica) y *Endemol Entertainment Holding BV* (Endemol):

- a) **RTL** era una empresa constituida con arreglo al Derecho luxemburgués que venía prestando servicios de radio y de difusión televisiva. En lo que concierne a estos últimos, *RTL* emitía dos canales comerciales gratuitos de TV en lengua neerlandesa, *RTL 4* y *RTL 5*, ambos dirigidos a los Países Bajos. La parte más importante del capital social de *RTL* se encontraba en manos de *Compagnie Luxembourgeoise de Teledifusión* (CLT), titular de un 47,27 %, y de *NV Verenigd Vestí* (VNU), titular de un 38 %. *CLT* era una empresa constituida con arreglo al Derecho luxemburgués y cuyas actividades se desarrollaban en los ámbitos de la televisión, la radio, la prensa, con sus ramificaciones correspondientes, en varios mercados nacionales. *VTU* era una empresa neerlandesa dedicada a la actividad editorial. La actividad de *RTL* se desarrollaba bajo la responsabilidad y el control de *CLT*.
- b) **Veronica** era una asociación constituida con arreglo al Derecho neerlandés que inicialmente operaba como organismo público de radiodifusión sonora y televisiva, siendo uno de los tres organismos públicos que emitían sus programas en el canal también público *Nederland 2*. Posteriormente – comienzos del año 95 – se despojó de su condición de organismo público para convertirse en una cadena comercial privada.
- c) **Endemol** era una empresa establecida con arreglo al Derecho neerlandés resultante de la fusión en 1994 de *JE Entertainment BV* y *John de Mol Communications BV*. *Endemol* era un productor independiente de programas para televisión cuyo centro de actividades lo constituían los Países Bajos.

Mucho después del caso HMG, *Endemol* fue adquirida por *Telefónica*, que quedó con una participación superior al 99 %, en junio de 2000 por una cantidad que rondaba los 5.000 millones de euros. Durante los años posteriores, el planteamiento de *Telefónica* fue el de tratar a *Endemol* casi como una participación financiera, de lo que eran reveladores datos como el de que no hubiera colocado a ninguno de sus directivos en la cúpula de la compañía, copada por directivos holandeses, el de que una reestructuración de diciembre de 2003 la hubiera colocado en un segundo nivel de filiales que no formaban parte del negocio estratégico de la operadora (junto con la participación del 13,2 % en *Hispasat* o el 70 % de la productora *Lola Films*).

El planteamiento de *Telefónica* era el de que, pese a no formar parte del negocio estratégico, *Endemol* aportaba valor a la compañía. Datos como los siguientes resumían la

evolución de *Endemol*: en 2001 registró unos ingresos de 914,3 millones, en 2002 de 868,8 millones, en 2003 de 913,8 millones y en el primer semestre de 2004 el resultado provisional era el de 488,3 millones de euros (un 22,4 % más que en el mismo periodo del año anterior); el ratio del EBITDA fue de 150,7 millones de euros en 2001, de 151,5 millones en 2002, de 164,6 millones en 2003 y, en el primer semestre de 2004, de 83,4 millones (un 14,9 % más que en el mismo periodo del año anterior). Esta evolución propició rumores de compra por parte de *RTL Group*, que ya contaba con su propia productora, y de *Fox Entertainment (Grupo Murdoch)*. Finalmente, en octubre de 2004, la *Warner* lanzó una oferta inicial de 2.000 millones de euros por la compañía que a *Telefónica* le había costado más del doble.

Aunque los directivos de la compañía negaran ese interés estratégico, lo cierto es que para *Telefónica*, con vistas a la obtención de sinergias de tipo vertical y para no depender de otros grupos con fuerte presencia en contenidos, resultaba interesante disponer de su propia fuente de contenidos, toda vez que la distribución y la llegada al hogar la tendría asegurada gracias a su red de cobre. Terminando 2004 se fusionaron las filiales españolas de *Endemol* (*Gestmusic* y *Zeppelin*) para la creación de *Endemol España* (algo similar a lo ocurrido en Portugal).

En mayo de 2007 *Telefónica* vendió el 75% de la productora *Endemol* a un consorcio formado por *Mediaset*, su división española *Telecinco*, la sociedad inversora *Cyrte (John de Mol)*, y *Goldman Sachs* por un importe de 2.629 millones de euros. La multinacional de telecomunicaciones se desprendía de su filial en un momento en que el desarrollo de la capacidad de la banda ancha tanto fija como móvil hacía que los contenidos fueran un factor fundamental en este negocio, lo que *Telefónica* explicaba aduciendo que su tamaño (203 millones de clientes) le permitía negociar con ventaja con todas las productoras y que no necesitaba estar vinculada a una en concreto (fuentes: *Diarios Expansión* y *Cinco Días*).

ii) Reseña general del caso HMG

El caso – la decisión fue de 20 septiembre de 1995 - era el de la creación de una nueva empresa en participación de carácter concentrativo (*HMG*) dedicada a la elaboración y comercialización de programas televisivos y radiofónicos para ser difundidos por ella misma o por terceros en Holanda, Bélgica y Luxemburgo mediante la transferencia a ella de, prácticamente, todas las actividades de las matrices (*RTL*, *Verónica* y *Endemol*) en los sectores de la TV y de la radio.

Centrando la atención, dados los objetivos de esta tesis, en el primero de los sectores, el de la difusión televisiva, se observaba que la aportación de *RTL* consistía en las cadenas *RTL 4* y *RTL 5* y la de *Verónica* en la cadena de su mismo nombre; comprendiendo la cesión, en ambos casos, todos los activos correspondientes, incluidas las licencias de emisión. La contribución de *RTL* se extendía, asimismo, a una participación del 50 % en *IPN*, la empresa encargada de la contratación de los espacios publicitarios en *RTL 4* y *RTL 5*.

La contribución de *Endemol* sería, a nuestros efectos, de menor interés, pues quedaba limitada a sus actividades radiofónicas; y dejando a salvo lo que a continuación se dirá sobre el mantenimiento de vínculos estructurales con dicha compañía. El objetivo primordial de la operación era la combinación de las dos cadenas de *RTL* con la de *Verónica*, de una parte, y garantizar el suministro de los programas de *Endemol*, indispensable para sostener la buena imagen de los canales de *HMG*, de otra.

El punto de partida vino a estar constituido por la delimitación de los tres siguientes mercados: el de la difusión de la TV, el de la publicidad televisada y el de la producción independiente de programas de TV. A propósito de cada uno de estos mercados, la autoridad de la competencia realizó dos análisis, según se partiera de un escenario anterior o posterior a la materialización de la concentración pretendida, el primero más ceñido a un análisis estático o estructural del mercado y el segundo más vinculado a la evaluación de la competencia.

Las conclusiones relativas al juego de la competencia fueron, en síntesis apretada, las siguientes. La estrecha interconexión existente entre los tres mercados delimitados – difusión de TV, publicidad televisada y producción independiente de programas de TV – llevaba consigo que la posición de *HMG* o de sus matrices en un mercado fuera a incidir en la que pudieran ostentar en el resto. Así, las cuotas de audiencia en el mercado de los telespectadores era un factor fundamental para determinar la posición en el de la publicidad televisada.

Cerrando el círculo, unos altos ingresos en el mercado de la publicidad televisada permitirían la adquisición de programas atractivos y de derechos sobre acontecimientos deportivos lo que, a su vez, vendría a sustentar una mejor posición en el mercado de los telespectadores. Por otra parte, la vinculación estructural de *Endemol* con la mayor cadena de TV de los Países Bajos (*HMG*) serviría para consolidar la posición de aquella en el mercado de la producción independiente.

A resultados de lo anterior, la decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 1995 declaró la operación incompatible con el mercado común. No obstante, dicha operación, con la constitución de *HMG* y el traslado de todos los activos a la nueva sociedad, se había verificado con anterioridad a esa decisión, de modo que las emisiones habían ya comenzado el 1 de septiembre de 1995. La Comisión anunció una nueva decisión, independiente de la anterior, en la que, tras oír a los terceros, fijaría una serie de medidas para el restablecimiento de la competencia efectiva. Esta fue la decisión de 17 de julio de 1996 en la que la Comisión vino, tras una serie de cambios a los que se aludirá en otros apartados, a declarar la operación compatible con el mercado común [96/649/CE: Decisión de la Comisión de 17 de julio de 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (IV/M 553 - RTL/Veronica/Endemol); *Diario Oficial* n° L 294 de 19/11/1996 P. 0014 – 001].

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la difusión de televisión, de la audiencia o de los telespectadores en el caso HMG

Ciñéndonos al mercado de la difusión de TV y a su análisis centrado en un momento anterior a la operación notificada consistente en la creación de *HMG*, la estructura era la que sigue. La TV neerlandesa se descomponía en entidades de difusión públicas y privadas. La TV privada se integraba a partir de cadenas que emitían en neerlandés y otras que lo hacían en lenguas extranjeras. De las primeras, las más importantes eran *RTL 4* y *RTL 5*, existiendo algunas otras dedicadas a programas más específicos y de menor importancia. Las que emitían en lengua extranjera eran *ARD*, *WDR*, *BBD*, *TV 5* y *RAI*. El sector público, por su parte, quedaba integrado por tres cadenas, *Nederland 1*, *2* y *3*, gestionadas por un organismo

llamado *Nederland se Omroepprogramma Stichting (NOS)* en nombre de ocho grandes organizaciones públicas de difusión, a saber, *Verónica* y siete más.

NOS, en cuanto que organismo centralizador, prestaba servicios administrativos a esas otras organizaciones, pero también emitía en nombre propio, principalmente, informativos y programas deportivos. *Verónica* y las otras siete organizaciones representaban las diversas corrientes culturales, religiosas y políticas existentes en territorio neerlandés (Vg.: protestantes o católicos, liberales o socialistas), y tenían Categoría A, al contar al menos con 450.000 miembros, lo que les permitía emitir 676 horas de TV anuales en un canal determinado.

Un órgano administrativo, el *Commissariaat voor de Media*, era el encargado de asignar las horas de emisión a cada una de esas ocho organizaciones en los tres canales públicos supradichos, pero también a otras treinta y cinco instituciones de lo más diverso, entre las que quedaban comprendidas entidades educativas, eclesiásticas y grupos sociales y culturales, el Gabinete del Primer Ministro (*Minister van Algemene Zaken*) o los partidos políticos. Lo anterior conducía, en conclusión, a una estructura de canales públicos compleja y poco flexible, donde resultaba difícil coordinar la programación y eran necesarios largos debates entre las diferentes organizaciones.

En tanto que el medio de difusión de las cadenas privadas era el cable, las públicas se difundían recurriendo no sólo a éste, sino también a las ondas terrestres. En cuanto al grado de cobertura, mientras que las cadenas públicas llegaban al 98 % de los hogares, las principales privadas (*RTL 4* y *5*) alcanzaban el 93 %.

En lo que hace a las cuotas de mercado, antes de 1989, año en que comenzó a emitir *RTL* a través de *RTL 4*, los niveles de audiencia de las cadenas públicas se situaban en un 80 %, mientras que, en 1994, este porcentaje quedó reducido al 51 % frente al 32 % sumado por *RTL 4* y *5*. En cuanto a las cuotas de mercado, en el semestre posterior a la primera decisión de la Comisión, comprendido entre el 1 de septiembre de 1995 y el 29 de febrero de 1996, las cadenas de *HMG* alcanzaron una cuota media de audiencia del 39 %, cifra ligeramente inferior a las previsiones generales. Las entidades públicas de difusión televisiva venían alcanzando, también desde septiembre de 1995, una cuota de audiencia del 39-40 %. *Scandinavian Broadcasting System (SBS)*, que en el momento de la Decisión de la Comisión de septiembre de 1995 acababa de acceder al mercado neerlandés, aumentó su cuota de audiencia en el citado semestre (septiembre de 1995 a febrero de 1996) del 3 al 5 %.

Partiendo de los datos reflejados en el párrafo anterior referidos a 1994, momento justamente anterior a la primera decisión de la Comisión, tendríamos un mercado neerlandés de la difusión televisiva de estructura duopolística, con *NOS* y *RTL* como sus principales operadores, en cuanto que titulares de las cuotas referidas del 51 % y del 32 %, respectivamente. Además, se trataría de un mercado concentrado con un IHH de, aproximadamente, 3.625.

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión de televisión, de la audiencia o de los telespectadores en el caso HMG

En el mercado neerlandés de difusión de TV, *Verónica*, tras obtener la oportuna licencia para el lanzamiento de una cadena privada, había comenzado a emitir todos los días de la semana desde el 1 de septiembre de 1995, sin sujeción a los límites temporales impuestos por Ley para las cadenas públicas. De no haberse llevado a efecto la operación consistente en la creación de HMG, las principales cadenas competidoras de *Verónica* habrían sido *RTL 4* y *RTL 5*. Sin embargo, tras la concentración, las anteriores tres cadenas podrían coordinarse para hacer de *HMG* la más importante entidad de radiodifusión de los Países Bajos, con *SBS*, que había comenzado sus emisiones a fines de agosto 1995, como su única competidora.

Siendo éste el escenario, *HMG* disfrutaría de importantes ventajas competitivas, dado que *RTL 4*, orientada a un público familiar, y *Verónica*, enfocada hacia otro más juvenil, tendrían ganada la fidelidad de los principales segmentos del mercado, complementarios entre sí, lo que les permitiría una fácil coordinación de su programación y una máxima captación de telespectadores, dejando a *RTL 5* como “cadena de ataque”, con una programación dirigida a hacer frente a la de potenciales competidores.

A cuanto precede habría de añadirse el vínculo estructural de *HMG* con *Endemol*, una de sus matrices, principal productor de programas de TV independiente en los Países Bajos, titular de derechos sobre los de más éxito y, en fin, beneficiaria en régimen de exclusividad de los servicios de las personalidades más relevantes de la TV. Asimismo, digna de reseña era la existencia de un nexo, también calificable como estructural, entre *HMG* y *VNU*, una de las principales editoras del territorio neerlandés, propietaria de semanarios de información general que incluían guías de programación, además de otros contenidos aptos para la promoción de programas y personalidades en TV. Aparte, *Verónica* era ya poseedora de *Verónica Gids*, el más importante semanario de TV de los Países Bajos.

La complejidad inherente al sistema de difusión pública, ya expuesta, impediría a sus tres cadenas – *Nederland 1,2 y 3* - coordinar su programación con vistas a dotarse de una identidad propia y aproximarse a un determinado colectivo. A lo anterior habría que añadir su carga en cuanto que cadenas con vocación de servicio público, obligadas a la difusión de programas de contenido cultural y dirigidos a minorías. Por su complejidad, derivada de la existencia de múltiples órganos de difusión, las cadenas públicas precisarían de mayor personal e incurrirían también en superiores costes.

Aparte, la creación de *HMG* iba a suponer para ellas un significativo retroceso en el mercado de la publicidad televisada y una lógica reducción de ingresos que, por la vía de los recortes en la producción, tendría su incidencia en el mercado de los telespectadores. La situación se agravaría vista la dificultad de las cadenas públicas para acceder a productos independientes de calidad, como consecuencia de la vinculación estructural de *HMG* con *Endemol*, y también para hacerse con los derechos sobre acontecimientos deportivos relevantes. El cobro del canon en poco o nada aliviaría esta situación, pues lo recaudado habría de dirigirse a la financiación no sólo de *NOS* y de las ocho entidades de difusión pública, sino también de las treinta y cinco instituciones representativas de colectividades de lo más diverso a que se hizo referencia.

También serían limitadas las posibilidades de competencia de *SBS*, cadena de reciente aparición y desconocida, frente a las otras tres, *RTL 4* y *5* y *Verónica*, ya asentadas, con una imagen consolidada y, además, con la posibilidad, ya indicada, de coordinar sus programaciones. La conclusión, pues, a la luz de todos estos datos, fue la de que *HMG* dispondría de una fuerte posición en el mercado neerlandés de la difusión televisiva, con una cuota de mercado rayando el 43 % y con unos niveles de audiencia superiores a los de las tres cadenas públicas en conjunto, lo que llevaría aparejadas también importantes consecuencias en el mercado de la publicidad.

A results de la decisión de 20 de septiembre de 1995, en la que vinieron a plasmarse todos los anteriores razonamientos, *HMG* contrajo una serie de compromisos con la Comisión que sirvieron para que ésta, en su decisión posterior de 1996, terminara por autorizar la operación. Conforme a estos, a partir del 1 de enero de 1997, *HMG* debería poner fin a las actividades de *RTL 5* como cadena “generalista”. Sin embargo, podría sustituirla por una cadena informativa, es decir, limitada esencialmente a la difusión de noticias y de programas relacionados con ellas. En esa decisión posterior de 1996, la Comisión impuso que, durante un período de cinco años a partir de la adopción de ésta, *HMG* no pudiera, sin el consentimiento previo de dicha institución comunitaria, cambiar en lo sustancial el carácter de la cadena informativa.

Tras la conversión de *RTL 5* en una cadena informativa, *HMG* sólo contaría ya con dos cadenas “generalistas” con una programación coordinada, lo que proporcionaría mayores oportunidades a competidores como *SBS*, entre otros motivos, porque *HMG* ya no podría utilizar *RTL 5* como “canal de ofensiva” destinado a neutralizar la programación de las cadenas competidoras. A raíz de lo anterior, cabía esperar que la cuota de mercado de *HMG* disminuyera a un nivel parecido al que tenían *RTL 4* y *RTL 5* antes de la creación de *HMG*.

e) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores en el caso del reglamento de retransmisiones de la UEFA (caso UEFA)

i) Identificación de los agentes de la supuesta práctica restrictiva en el caso UEFA

En esta decisión [2001/478/CE: Decisión de la Comisión, de 19 de abril de 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto 37576: Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA; Diario Oficial n° L 171 de 26/06/2001 p. 001)], el sujeto involucrado en la práctica restrictiva de que conoció la Comisión era (ver los considerandos 1 y 2):

- La *Asociación de Fútbol de la Unión Europea (UEFA)* era, y es, una organización internacional, con sede en la ciudad de Nyon en Suiza, reconocida como organismo rector del fútbol europeo por la *Fédération Internationale de Football Associations (FIFA)* y, en esta última condición, encargada de organizar las competiciones y torneos internacionales de fútbol en el ámbito europeo tales como el Campeonato europeo de fútbol de la *UEFA*, la Liga de campeones de la *UEFA* y la Copa de la *UEFA*. La *UEFA* la integraban 51 asociaciones nacionales de fútbol: cualquier asociación nacional podía ser miembro de la misma, siendo la regla general la de la existencia de una sola de

estas asociaciones por cada Estado miembro del Espacio Económico Europeo (con la sola excepción de Reino Unido, donde, por razones históricas, Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte tenían cada una su propia asociación).

ii) Reseña general del caso UEFA

En su decisión de 19 de abril de 2001, la Comisión hubo de dictaminar sobre una presunta restricción de la competencia derivada del Art. 47 del Reglamento sobre Retransmisiones de la *UEFA*, que permitía a las asociaciones nacionales de fútbol miembros de la misma establecer un número muy limitado de horas durante las que no podía retransmitirse fútbol por TV. La finalidad de tal restricción era la de permitir a dichas asociaciones fijar el calendario de las competiciones, de modo que el desarrollo de éstas no pudiera verse perturbado por la retransmisión simultánea de partidos de fútbol.

La Comisión hubo de enfrentarse a la versión del Reglamento de 2000, resultado de varias modificaciones anteriores practicadas a instancias de la propia Comisión. Conforme a dicha versión, el calendario principal de la temporada nacional, definido como el tiempo en que se jugaban el 50 % o más de los partidos de fútbol en las dos divisiones superiores nacionales, justificaba el veto de emisiones de fútbol, tanto en campeonatos nacionales como extranjeros, durante un día del fin de semana, sábado o domingo, y por espacio de dos horas y media.

El mercado de que ahora tratamos fue uno de los dos potencialmente afectados de que se ocupó la Comisión, junto con el mercado anterior de la adquisición de derechos sobre contenidos que estudiaremos en su lugar.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores y evaluación dinámica del juego de la competencia en el mismo en el caso UEFA

Dado que la notificación iba referida a una norma que alcanzaba a todos los países cuyas asociaciones nacionales eran miembros de la *UEFA*, y que el mercado geográfico de referencia era, como vimos más arriba, nacional o, incluso, regional, un análisis de la estructura del mercado hubiera exigido examinar los sectores de la TV de pago y de la TV en abierto en cada uno de esos países o regiones, lo que resultaba, a todas luces, desmedido, máxime si se consideraba que el acto notificado no tenía el efecto de restringir la competencia.

Por lo demás, el juego de la competencia en los mercados de la difusión televisiva, en los que la transmisión de partidos era parte de la competencia que se hacían los organismos de radiodifusión por captar anunciantes en TV en abierto o abonados en TV de pago, venía condicionado por ese mismo juego en los mercados anteriores de la adquisición de derechos de difusión sobre acontecimientos futbolísticos de que nos ocuparemos en otras partes de este trabajo. La Comisión concluyó que el Reglamento no suponía una restricción de la competencia ni en estos mercados posteriores ni en los anteriores de la adquisición de derechos de difusión de acontecimientos deportivos.

Algunos de los terceros incidieron en que los avances, ínsitos en el proceso de convergencia tecnológica, harían que los organismos de radiodifusión emitieran en toda Europa, con lo que

el respeto a distintas franjas horarias de veto en diversas jurisdicciones dificultaría enormemente esas emisiones transfronterizas. La Comisión salió al paso de estas objeciones argumentando que la restricción impuesta por el Reglamento sobre retransmisiones se refería a las “transmisiones intencionales”, a saber, aquellas en las que se emitía en lengua local. En TV de pago, dado que se emitía en codificado, había posibilidad de suprimir los países donde existieran horas vetadas. En TV en abierto, como *Eurosport*, existía la posibilidad de no retransmitir fútbol con comentarios en una determinada lengua para evitar la aplicación del Reglamento. Además, la posibilidad de diferenciar las emisiones por países quedaba ilustrada por el propio ejemplo de *Eurosport*, que ya adaptaba su programación en función de la audiencia regional o local, y lo anterior al margen de que dicha cadena soliera emitir partidos de fútbol sólo en diferido (la cuestión de las franjas horarias vetadas se planteó también en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas; *vid infra*).

Argumentaron también los terceros que las limitaciones horarias dificultaban la prestación de servicios emergentes de TV a través de IT y en TV de pago o en video bajo demanda. En el caso de la TVIP, los proveedores de acceso a IT tendrían que garantizar desconexiones durante las horas vetadas en cada país, haciendo antieconómica la prestación del servicio. La Comisión, tras sus indagaciones, subrayó que la emisión en flujo continuo de señales de vídeo por IT no era, en ese momento, una opción actual ni que pudiera barajarse en un futuro próximo, con lo que se eximió de analizar los efectos de la restricción sobre los mercados de la adquisición de los derechos para difusión de los eventos por IT, del servicio minorista de suministro de contenidos por IT o del relacionado con los dos anteriores de la publicidad por IT.

Sobre este último particular, refiriéndonos al escenario posterior a este caso *UEFA*, cabe observar cómo, a lo largo del trienio 2003-2005 (*Vid Infra*), la Comisión concedió una exención individual para la venta conjunta por parte de la *UEFA* de los derechos sobre partidos de fútbol para su difusión a través de IT. La filosofía que animaba la concesión de la exención era la de permitir que los usuarios finales pudieran disfrutar de servicios novedosos como eran los que permitían el disfrute de contenidos deportivos sobre protocolo Internet.

Algo después, hacia 2007, la *UEFA* intentaba implantar una plataforma tecnológica que permitiera a los difusores titulares de los derechos, también para IT, carentes de la misma, comercializarlos entre los usuarios finales. La idea era la de ofrecer estos servicios de *carrier* bajo la fórmula de marca blanca a estos difusores que eran titulares de los derechos para IT, pero que carecían de una plataforma tecnológica propia. Además, la *UEFA* emplearía también dicha plataforma para la explotación de los derechos de los que ella misma era titular. La prestación de esos servicios de *carrier* tenía lugar a favor de los difusores contra el abono por éstos de una pequeña cantidad de dinero por cada cliente que se enganchara al partido *online* bajo la fórmula del *pay per view*. El objetivo era el de emitir los ocho partidos de la Liga de Campeones que tenían lugar en dos horas en las ocho lenguas oficiales de la *UEFA*, lo que implicaba 64 retransmisiones simultáneas. El proceso pasaba por la recepción de la señal emitida por el satélite para canalizarla hacia un centro en Turín, donde eran tratadas para convertirlas al protocolo IT e inyectarles los idiomas. Desde Turín partían hacia otros centros, el más importante en Londres, en los que varios servidores guardaban la información de cada usuario final (dirección IP, datos bancarios, etc.), junto con el *software* necesario para prestarle el servicio. Como los derechos eran adquiridos para cada país, debía también verificarse que los derechos habían sido adquiridos por uno o varios difusores para el país de residencia del usuario.

Las televisiones españolas empezaban también a comercializar a través de IT los derechos sobre los campeonatos organizados por la *UEFA*. *Sogecable* emitía a través de la dirección <http://champions.plus.es> los partidos en directo y en diferido de la *Champions League*, los segundos algo más baratos. *Antena 3* había empezado también con la emisión a través de la red de los partidos de la *Champions League* cuyos derechos le correspondían. *La Sexta* contrató con algún operador de telecomunicaciones (*Interoute*) para transmitir algún partido de la Copa de la UEFA. La emisión, que fue gratuita y compartida con la web de *El Mundo*, tuvo una audiencia de 70.000 internautas, según datos de la cadena. Dicho encuentro también fue emitido por el móvil a través de la red de *Orange*, con 9.046 usuarios.

Volviendo al contenido de la Decisión, para la Comisión, el objeto del Reglamento no era restringir, en el sentido del Art. 81 del Tratado (Art. 101 actual), las posibilidades de los organismos de radiodifusión de competir por los ingresos de publicidad o abonados, y su finalidad era distinta, a saber, promover el desarrollo del fútbol. Las franjas durante las que podía restringirse la emisión de acontecimientos futbolísticos eran muy limitadas en el tiempo (dos horas y media un día de la semana), y siempre se daban con vinculación al calendario oficial previamente definido, lo que suponía que la restricción no pudiera ser aplicada de forma arbitraria y que las limitaciones vinieran a ser las mismas año tras año.

Además, conforme al Reglamento sobre Retransmisiones, si las asociaciones nacionales de fútbol permitían la retransmisión de determinados acontecimientos futbolísticos durante las horas vetadas en su territorio, no podían oponerse a la retransmisión de ningún otro de esos acontecimientos futbolísticos. Finalmente, la Comisión observó que, a lo largo de la temporada 2000/2001, sólo 10, de entre 21 asociaciones nacionales, habían aplicado el veto. En el caso de RU, aunque el veto se había aplicado en el pasado por las cuatro asociaciones, siempre lo había sido de manera coordinada.

Sobre la base de razonamientos como los anteriores, concluyó la Comisión, como avanzamos, la inexistencia de restricciones al juego de la competencia en el mercado considerado de la difusión televisiva o, en los términos de la propia decisión, “*los mercados posteriores en los que los organismos de radiodifusión compiten por la audiencia, por los ingresos de publicidad que dependen de los índices de audiencia, y por los abonados a la televisión de pago*”.

f) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso AVS III/Concentración

i) Identificación de las partes de la operación en el caso AVS III/Concentración

Las partes de la operación sometida al conocimiento de la autoridad española de la competencia eran las siguientes:

- ***Sogecable*** era, al tiempo de notificarse la operación, una compañía cotizada en bolsa que operaba en el sector de medios de comunicación. Se trataba de un conglomerado mediático con ramificaciones en los siguientes sectores:

- En **TV en abierto**, donde era titular de una de las tres concesiones para el servicio público de TV privada previstas en la Ley 10/1988, de Televisión privada; lo que le permitía emitir en abierto las 24 horas del día a través del canal *Cuatro* (hasta el 7 de noviembre de 2005, *Sogecable* emitía en abierto 6 horas diarias a través de *Canal +* y, desde esa fecha, y tras la modificación del contrato concesional el 29 de julio de 2005, comenzó a emitir en abierto 24 horas a través del canal *Cuatro*).
- En **TV de pago**, donde gestionaba y explotaba una plataforma de televisión digital por satélite (*Digital +*) y un canal *Premium* digital (*Canal +*).
- En **producción y comercialización de canales temáticos** estaba presente comercializando los canales temáticos producidos tanto por terceros como por ella directamente. En este ámbito, *Sogecable* actuaba a través de las empresas *Cinemanía, S.L.*, *Fox Kids España, S.L.* y *Sogecable Música, S.L.* Entre sus clientes demandantes de canales temáticos se encontraban todos los operadores de cable españoles y algunas empresas portuguesas (*Cabovisao*, *Pluricanal Liria*, *Bragatel* y *Pluricanal Santarem*).
- En **producción y distribución cinematográfica** actuaba a través de *Sogecine*, con la que había llegado a producir más de 80 títulos, y de *Sogepaq*, en distribución.
- En **compra y gestión de derechos sobre contenidos *Premium*** actuaba tanto en el ámbito de los contenidos deportivos, a través de *Audiovisual Sport (AVS)*, como en el de los contenidos cinematográficos, a través de otras compañías. En concreto, a través de *Cinemanía*, *Compañía Independiente de Televisión, S.L.*, *Fox Kids España, S.L.* y *Sogecable Música, S.L.*
- En **TV interactiva y otros servicios emergentes de valor añadido** actuaba a través de su plataforma de TV digital por satélite (*Digital +*).
- En **servicios técnicos, administrativos y comerciales** operaba a través de *Centro de Asistencia Telefónica, S.A. (CATSA)*, prestándolos tanto a sí misma como a terceros. Si bien *CATSA* nació para dar cobertura a los clientes de la plataforma de TV de pago de *Sogecable*, fue incrementando sus actividades para abarcar servicios de telemarketing, *back-office* (gestión administrativa de clientes y distribuidores) y sistemas de información prestados a favor tanto de la propia *Sogecable* como de terceras empresas públicas o privadas.
- **Promotora de Informaciones, S.A. (Prisa)** era, en el momento de plantearse la operación notificada, titular del 43,4 % del capital social de *Sogecable*, por lo que se encontraba en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre sus actividades y el control exclusivo sobre la misma. *Prisa* era, al igual que *Sogecable*, una sociedad cotizada en bolsa, y encabezaba el principal grupo multimedia español, con intereses en terceros países, principalmente, en América Latina. Su principal accionista era, en ese momento, una persona física, Jesús de Polanco Gutiérrez, quien era titular del 64,4 % de la compañía. Como tal grupo multimedia, *Prisa* actuaba en los siguientes ámbitos:

- En **prensa**, donde editaba los diarios *El País*, *Cinco Días* y *As*, además de varias revistas. *Prisa* estaba asimismo activa en los mercados francés – en el que había adquirido el 17,68 % del capital del diario francés *Le Monde* – y boliviano.
- En **radio** era propietaria de la *Sociedad Española de Radiodifusión (SER)*. Además, a través de la *Ser*, era propietaria de *Ona Catalana*. Igualmente, disponía del 80% del capital de *Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio*. En el plano internacional, el grupo *Prisa* explotaba, a través de *Grupo Latino de Radio* una red de radio panamericana con emisoras en Colombia (*Caracol Radio*), México (*Radiópolis*), Argentina (*Continental*), Costa Rica, Chile, Estados Unidos (Miami y, previsiblemente sur de California) y Panamá.
- En **edición** desarrollaba sus actividades a través de *Grupo Santillana*, *Taurus*, *Alfaguara*, *Aguilar*, *Ediciones Altea* y *Richmond Publishing*.
- En **educación y formación**, donde actuaba a través también de *Grupo Santillana*.
- En **televisión y producción audiovisual** prestaba servicios de televisión a través de *Promotora de Emisoras de Televisión (Pretesa)*, que emitía bajo la marca *Localia*, y desarrollaba actividades de producción audiovisual a través de *Plural Entertainment* y su filial *Tesela*.
- En **Internet y nuevas tecnologías** desarrollaba su actividad a través de *Prisacom* y de *Infotecnia*.
- En **publicidad** actuaba a través de *Gerencia de Medios (GDM)*, que actuaba como central de ventas multimedia en el mercado publicitario español.
- En **impresión** venía desarrollando su actividad desde 2003, junto con el grupo impresor británico *Polestar* y la sociedad de capital riesgo *Ibersuizas*, a través de una empresa conjunta, *Dédalo Grupo Gráfico*.
- En el ámbito de las **telecomunicaciones** disfrutaba de una participación en el capital de *Iberbanda*, operador de comunicaciones electrónicas inalámbricas que ofrecía servicios de banda ancha – voz y datos - a través de radiofrecuencias (Ver expediente N-06038 *Telefónica/Iberbanda*, Op. Cit.).
- **Telefónica** era el operador histórico de telecomunicaciones e incumbente dentro de varios mercados de comunicaciones electrónicas de dimensión española; además de operar en varios mercados a escala mundial, p.e., dentro de América Latina, Asia o Europa. *Telefónica* era, en el momento de plantearse la operación ante las autoridades de la competencia, titular del 17,3 % del capital social de *Sogecable*.
- **Mediaproducción, S.L. (Mediapro)** era un intermediario de derechos deportivos, con experiencia en el sector, que acababa de irrumpir en el mercado de adquisición y explotación de derechos de fútbol. *Mediapro* pertenecía al *Grupo Mediapro (Imagina)*. Dejando aparte la participación de *Gala*, el *Grupo Mediapro*, conjuntamente con *Televisa*, controlaba *Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A.*, que gestionaba la cadena de TV en abierto *La Sexta*.

- **Audiovisual Sport S.L. (AVS)** era la compañía objetivo. Su principal actividad era la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey, desde 1996. En el momento de plantearse la operación, era titular y gestionaba la totalidad de los derechos audiovisuales sobre el fútbol de la Primera y de la Segunda División de la Liga y de la Copa de S.M. El Rey para los diversos canales de difusión. Los accionistas de *AVS*, en ese mismo momento de plantearse la operación, eran *Sogecable* (80 %) y *TVC Multimedia, S.L.* (20 %). A pesar de la participación minoritaria de *TVC*, *AVS* estaba bajo el control conjunto de ambos socios, pues *TVC* ostentaba un derecho de veto general en la Junta General y en el Consejo de Administración en los actos y contratos relativos a derechos audiovisuales de clubes de fútbol.

ii) Reseña general del caso AVS III/Concentración

Para un mejor entendimiento de la operación puesta en conocimiento de la autoridad de la competencia, conviene hacer un repaso de los diversos *avatares en la evolución de AVS*:

- **AVS I.** *AVS* se constituyó en 1996 como empresa en participación cuyos accionistas eran *Antena 3* (40 %), *Sogecable* (40 %) y *TVC* (20 %), con la finalidad de explotar en común los derechos audiovisuales de la Liga española que los accionistas habían adquirido a los clubes de fútbol para las temporadas 1998/1999 y siguientes. Posteriormente, en 1997, *Telefónica* adquirió de *Antena 3* la participación que ésta tenía en *AVS*.

La constitución de *AVS* se notificó a la Comisión Europea, en virtud del artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), actual 101, que, como se sabe, es el que se ocupa de las prácticas colusorias. La operación fue autorizada el 24 de junio de 1998 Asunto IV/36.438 *Audiovisual Sport (AVS I)*, dando el visto bueno a los acuerdos referidos al funcionamiento de *AVS* hasta el final de la temporada 2002/2003, con la excepción de la exclusiva de *Canal Satélite Digital* (la plataforma de televisión por satélite de pago de *Sogecable*) para explotar los derechos de retransmisión en la modalidad de pago por visión, que sería objeto de una exención limitada a tres temporadas, es decir, hasta el final de la temporada 2000/2001.

- **AVS II.** En 1999 los accionistas de *AVS* - *Telefónica*, *Sogecable* y *TVC* – suscribieron un nuevo acuerdo en el seno de *AVS* para posibilitar la explotación conjunta de los derechos audiovisuales sobre eventos futbolísticos de la Liga española hasta la temporada 2008/2009 y abrir la explotación de los partidos en pago por visión a *Vía Digital*, la entonces plataforma de TV de pago de *Telefónica*.

Este acuerdo fue también notificado a la Comisión Europea Asunto COMP/37.652 (*AVS II*) que, el 12 de abril de 2000, remitió un pliego de cargos a las partes indicando que, en un análisis preliminar, el acuerdo notificado podía considerarse colusorio y prohibido a tenor del actual artículo 101.1 TCE y sin posibilidad de exención al amparo del 101.3, toda vez que el mismo tenía como objeto y efecto la fijación de precios y el reparto del mercado. A la vista del Plan de Actuaciones presentado por *Sogecable* para ajustarse al Acuerdo del Consejo de Ministros, recaído en el contexto de la operación de integración de *Vía Digital* en *Sogecable* a que inmediatamente nos referiremos, el 8 de mayo de 2003, la Comisión cerró su investigación sobre el expediente *AVS II*.

- **Integración de Vía Digital en Sogecable.** Aún cuando esta operación sea una de las que haremos objeto de un especial estudio, conviene mencionarla aquí en cuanto que hito importante en la evolución de *AVS*. Dicha operación fue notificada a la Comisión Europea que, finalmente, decidió el reenvío a las autoridades españolas de defensa de la competencia. Tras el informe del TDC, la operación concluyó el 29 de noviembre de 2002 con dos acuerdos del Consejo de Ministros: uno, que establecía determinadas condiciones relativas a mercados distintos de los de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos (ACM no fútbol), y otro, que fijaba 10 condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos (ACM fútbol).

En síntesis, y en lo que concierne a la retransmisión de acontecimientos futbolísticos, las condiciones del ACM fútbol: **(i)** impedían a *AVS* y *Sogecable* ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra o prórroga de las que disponían; **(ii)** limitaban la duración máxima de los futuros contratos por los que éstas adquirían derechos de Liga y Copa; **(iii)** impedían el ejercicio o adquisición en exclusiva de derechos de Liga y Copa para su retransmisión mediante móviles y sistemas de transmisión de datos; y **(iv)** obligaban a *Sogecable* a mantener un sistema de explotación de los derechos de fútbol equivalente al existente antes de la concentración mientras adquiriera derechos audiovisuales de clubes de fútbol de Liga o Copa en exclusiva.

Estas condiciones, a las que quedaba sujeta *Sogecable*, dejaron de estar vigentes el 29 de noviembre de 2007. Como consecuencia, en el momento de decidirse la operación *AVS III*, las mismas ya no le obligaban.

- **Apertura del canal analógico de emisión de Sogecable.** *Sogecable*, en ese mismo momento de decidirse la operación, sí estaba, en cambio, sujeta a las condiciones impuestas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, por el que se modificó el contrato de concesión de su canal analógico de televisión para permitir la emisión en abierto 24 horas al día (a través de *Cuatro*). Una de sus condiciones impedía a *Sogecable* emitir en abierto los partidos de fútbol de Liga y de Copa de S.M. el Rey hasta la temporada 2008/2009.
- **Irrupción de Mediapro en la adquisición de derechos sobre partidos de fútbol.** Hasta el fin de la temporada 2005/2006, la totalidad de los derechos audiovisuales relativos a las competiciones futbolísticas españolas se encontraban centralizados en *AVS*, al haberlos puesto en común los compradores originarios de los derechos. A finales de la temporada 2005/2006, cesaba la vigencia de determinados contratos entre clubes de fútbol y *Sogecable/AVS* para la explotación de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey. Aprovechando esta coyuntura, *Mediapro* adquirió derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de algunos equipos de Primera División, lo que suponía *de facto* que *AVS* dejara de conservar la totalidad de los derechos de los clubes participantes en esas competiciones y la puesta en cuestión del modelo hasta entonces imperante de explotación de derechos sobre contenidos futbolísticos de Liga y Copa del Rey en España. Dada la inminencia de la temporada 2006/2007, se firmó el Acuerdo de 24 de julio 2006 (acuerdo *AVS III*), en el que las partes manifestaban su voluntad de mantener dicho modelo de explotación y que fue el sometido a conocimiento de las autoridades de la competencia en el caso *AVS III*.

En el asunto C102/06 *Sogecable/AVS* se sometía a conocimiento de la autoridad de la competencia el acuerdo de 24 de julio de 2006 suscrito por *Sogecable*, *AVS*, *TVC* y *Mediapro* (*AVS III*). En este acuerdo cabía distinguir dos **aspectos** netamente diferenciados:

1. **Concentración**. Este aspecto iba referido a la toma de control exclusivo de *AVS* por parte de *Sogecable*. La forma de articular esta toma de control pasaba porque *Mediapro* comprara el 25 % de *AVS*, con el efecto asociado de que *TVC* saliera del capital social de *AVS* (*Mediapro* adquiriría el 20 % de *TVC* y, además, un 5 % que le vendía *Sogecable*). Adicionalmente, se eliminaba de los estatutos el requisito de la mayoría del 85 % para la toma de decisiones, con lo que el socio mayoritario *Sogecable*, con un 75 %, pasaba a ostentar el control exclusivo. De esta manera, se eliminaba la posibilidad de veto que, hasta entonces, ostentaba *TVC*, entre otras, respecto de las decisiones relativas a los contratos y actos de disposición sobre derechos de explotación televisiva y audiovisual sobre partidos de fútbol. Ésta era la razón de que la operación determinara el paso de un control conjunto, por parte de *Sogecable* y *TVC*, a otro exclusivo, por parte de sólo *Sogecable*, sobre *AVS*. Este paso de un control conjunto a otro exclusivo entraba de lleno dentro del concepto de concentración conforme a la legislación española y europea [así en el párrafo 23 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, publicada en el DOCE el 2 de marzo de 1998 (98/C 66/02); en el Art. 7.1 LDC actual y en el Art. 3.1 del Reglamento 139/2004].
2. **Concertación (colusión)**. Este segundo aspecto se relacionaba con determinados pactos del acuerdo de naturaleza cooperativa. El TDC fue de la opinión de que estos aspectos cooperativos no conformaban restricciones accesorias a la operación de concentración y, en consecuencia, las reservó para su estudio en expediente aparte.

Dentro de los mismos, habría que destacar:

- 2.1. ***Puesta en común de derechos en el seno de AVS***. A través del Acuerdo en cuestión, *Mediapro* cedía en exclusiva a *Sogecable* la titularidad de los derechos de retransmisión de fútbol que había adquirido previamente de ciertos clubes, en concreto, *Real Zaragoza*, *Racing de Santander*, *Athletic de Bilbao*, *Real Sociedad* y *F.C. Barcelona*, para las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey (excepto la final de Copa). De esta manera, se garantizaba la explotación a través de *AVS* de los derechos relativos a esos clubes.
- 2.2. ***Cesión de la comercialización del fútbol en abierto de AVS a Mediapro para España y Andorra***. *AVS* cedía en exclusiva a *Mediapro* la comercialización de los derechos de retransmisión audiovisual en abierto de los partidos de la Liga española de fútbol, a partir de la temporada 2006/2007, para su comercialización en exclusiva a operadores de televisión en abierto (la fecha final de la cesión se mantenía como dato confidencial). Por tanto, *AVS* retenía el control de la explotación, en España y Andorra, de los derechos relativos a la Copa de S.M. el Rey bajo cualquier modalidad.

Como aspectos especialmente destacables de esta cesión cabría señalar los siguientes: (i) para el ámbito temporal referido a la cesión de *AVS* a *Mediapro*, las partes asumían el compromiso de mantener lo que se denominaba el “modelo de explotación” existente relativo a la Primera División de la Liga, consistente en la retransmisión de todos los partidos de cada jornada: un partido de Liga en

abierto, un partido en pago que correspondía a *Sogecable*, y el resto de partidos disponibles en pago por visión (ppv); (ii) la cesión del fútbol en abierto a *Mediapro* se limitaba a la difusión de un partido por cada jornada de Primera División y cuatro de Segunda (debiéndose emitir sólo uno en cada ámbito territorial); (iii) la cesión se hacía extensiva a los resúmenes de cada jornada para su ulterior comercialización a una TV nacional generalista y a las televisiones autonómicas públicas; (iv) se excluía de la cesión la comercialización de los derechos para Internet y UMTS; (v) la comercialización por *Mediapro* de los derechos cedidos habría de sujetarse, no sólo a las disposiciones de la entonces vigente Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, sino además al sistema de elección de partidos, horarios y demás condiciones ya establecidas en los contratos suscritos entre *AVS* y la *Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos (FORTA)* para temporadas anteriores.

- 2.3. ***Cesión de la comercialización del fútbol en abierto de AVS a Mediapro para el extranjero.*** *AVS* también cedía a *Mediapro* la comercialización de los derechos de explotación audiovisual en abierto de los partidos de Liga española y Copa de S.M. el Rey en el extranjero. Tampoco en este caso se extendía la cesión a la comercialización de los derechos para Internet y UMTS. Ahora bien, había una particularidad, y era ésta la de que la explotación por *AVS* de esas modalidades de distribución (Internet y UMTS) en el extranjero requería de la autorización de *Mediapro*, que no podría denegarla sin causa justificada, dependiendo de que dicha explotación pudiera llegar a interferir con la desarrollada por *Mediapro* a escala internacional.
- 2.4. ***Pactos de no competencia en la adquisición de contenidos.*** El acuerdo incluía cláusulas que regulaban para lo sucesivo la adquisición de derechos sobre partidos de Liga y de Copa del Rey por las partes del mismo (*Sogecable/AVS* y *Mediapro*), que tenían el efecto de atenuar la competencia entre las mismas en esa adquisición.

En cuanto a la posibilidad de considerar las anteriores como restricciones accesorias a la operación de concentración, a pesar de que el acuerdo en su conjunto buscaba permitir la continuidad de la explotación de los derechos conforme al denominado modelo de explotación, y a ello respondía la entrada de *Mediapro* en *AVS*, aportando sus derechos y la eliminación del derecho de veto que antes se encontraba en manos de *TVC*, el TDC entendió que los acuerdos de cooperación (acuerdos de cesión y pacto de no competencia) no podían ser considerados como meras restricciones accesorias de la operación de concentración.

A la luz de la normativa nacional y europea (V. Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin - DOUE 2005/C 56/03, de 5/3/2005, pp. 24-31), debía entenderse por restricciones accesorias aquellas restricciones que afectaban al juego de la competencia entre las partes de la concentración, directamente vinculadas a la operación de concentración propuesta, adicionales pero subordinadas a esa operación, e imprescindibles para la realización o viabilidad de la propia operación notificada, en tanto que necesarias para preservar su sentido económico y el valor de los activos con ella transferidos. No bastaba, por ende, con que se diera una mera coincidencia

temporal o de contexto entre la operación concentrada y las restricciones de que se tratara.

La autoridad nacional de la competencia fue de la opinión de que los pactos de cesión, que suponían *de facto* dejar las emisiones en abierto para *Mediapro* y las de pago para *Sogecable*, no eran consustanciales a la operación de concentración. En efecto, si bien podía ser de esencia de la concentración la puesta en común en el seno de *AVS* de los derechos audiovisuales, no lo era, en cambio, esa ulterior escisión entre derechos para emisiones en abierto y derechos para emisiones de pago, ni su adjudicación a cada uno de aquellos dos operadores. Ilustraba lo anterior el hecho de que tales compromisos los hubieran puesto en práctica *Mediapro* y *Sogecable* aun sin haberse llegado a materializar la concentración.

Respecto de los pactos de no competencia, por fuerza de los cuales *Sogecable* y *Mediapro* no concurrirían para la adquisición futura de derechos, sino a través de *AVS*, los mismos buscaban centralizar las futuras adquisiciones en *AVS* más allá de las respectivas cesiones de derechos en el momento del Acuerdo, de modo y manera que el precio de compra de esos derechos no llegara a verse incrementado de forma artificiosa en el futuro. El TDC recordó que, de conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre restricciones accesorias (*supra cit*), la consideración como tales restricciones accesorias de los pactos de no competencia se condicionaba a que su finalidad fuera la de preservar el valor de los activos transferidos a consecuencia de la concentración enervando o neutralizando una eventual fidelización de la clientela o la explotación de sus conocimientos técnicos por parte de la entidad transmitente.

Esta justificación no concurría en el caso de los pactos de no competencia sometidos a su conocimiento, sino que los mismos iban enfocados, más bien, hacia la eliminación de futuros competidores en ese mercado de compra de derechos audiovisuales, de modo que el precio de estos no pudiera elevarse a consecuencia de las pujas que esos terceros pudieran protagonizar. A lo anterior debía añadirse que los pactos de no competencia en cuestión no tenían señalado límite temporal de ninguna clase, lo que resultaba de todo punto incompatible con su pretendido carácter de restricción accesoria.

Por último, tales pactos de no competencia estaban, de hecho, siendo incumplidos por *Mediapro*, que había adquirido derechos audiovisuales de diversos Clubes de Fútbol al margen de *AVS*

Hecha en los párrafos anteriores una somera descripción de los acontecimientos relativos a la evolución de *AVS* anteriores al Acuerdo de julio de 2006 y de la propia operación de concentración, contenida en dicho acuerdo y sometida a conocimiento del TDC, es dable hacer referencia a una serie de ***incidencias posteriores*** a la notificación de la operación a la autoridad de la competencia y, eventualmente, al propio Dictamen del TDC:

- **Adquisición de derechos por Mediapro con posterioridad al Acuerdo de julio de 2006 al margen de AVS.** En el momento de firmarse el Acuerdo de julio de 2006, *Mediapro* ostentaba los derechos relativos a los cinco clubes ya mencionados (*Zaragoza, Racing de Santander, Athletic de Bilbao, Real Sociedad y F.C. Barcelona*) relativos a la Liga y a la Copa del Rey. Sin embargo, con posterioridad a dicho acuerdo, *Mediapro* adquirió, al margen de *AVS* y para las competiciones citadas, los derechos correspondientes a

otros cinco clubes: *Real Madrid, Villarreal, Valencia, Levante y Sevilla*. Estas nuevas adquisiciones suponían contravenir la literalidad del pacto de no competencia del Acuerdo de julio de 2006. A resultas de esas nuevas adquisiciones, el número de clubes cuyos derechos audiovisuales *Mediapro* había comprado se había elevado hasta diez frente al inicial de cinco. A pesar de que *Sogecable* había alegado que esos nuevos derechos debían también aportarse a *AVS* en el marco del acuerdo *AVS III*, lo cierto es que la posición negociadora de *Mediapro* se había hecho sustancialmente distinta.

Esta situación, que acabamos de referir, era la que dejó reflejada en su Dictamen el TDC, sin embargo, con posterioridad al mismo, *Mediapro* siguió con su política de adquisición de derechos al margen de *AVS*. Así, a partir de la temporada 2009/2010, *Mediapro* disfrutaría de los derechos de 37 de los 42 clubes que en la temporada 2007/2008 integraban la Primera y la Segunda División de la Liga española (es decir, todos salvo *Betis, Hércules y Tenerife*, que aún no habían vendido sus derechos, y *Real Madrid y Getafe*, que los habían vendido a otro comprador diferente de *Mediapro*).

Por otra parte, *Mediapro* había concertado diversos acuerdos con varios operadores en abierto para cederles derechos audiovisuales de los adquiridos para la emisión en abierto de partidos de Liga y Copa del Rey: *La Sexta* (un partido de Liga de Primera División por jornada y un programa resumen *Premium*); las televisiones autonómicas catalana y valenciana (bajo ciertas limitaciones, el mismo partido en abierto que cedía a *La Sexta*); y la *Federación de Organismos de Radio y Televisión Autonómicos – FORTA* – (un número determinado partidos de Segunda División por jornada y de programas resumen *Premium*).

- **Incertidumbres en torno a la materialización de la operación recogida en el Acuerdo de julio de 2006.** La anterior línea de actuación de *Mediapro* llevó al TDC a dudar de que la operación propuesta llegara a materializarse. Sin embargo, la propia *Sogecable* había alegado, primero ante el SDC y luego ante el propio Tribunal, que esos nuevos derechos adquiridos por *Mediapro* habrían de ser aportados a *AVS* en virtud de los pactos contenidos en el Acuerdo de julio de 2006. A lo anterior debía añadirse que no se había instado judicialmente la resolución de dicho acuerdo, que se desconocía el estado de las negociaciones entre *Sogecable* y *Mediapro* y que la parte notificante no había retirado la notificación a las autoridades de la competencia. A la vista de todas estas incertidumbres, el TDC mantuvo su decisión de conocer de la operación, y terminó por emitir su informe, en el que centraremos nuestras reflexiones a lo largo de los epígrafes siguientes. Tras el Informe del TDC, vino el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de marzo de 2007, que aprobó la operación sujetándola a determinadas condiciones que desarrollaban o completaban las ya incluidas en el propio Informe del TDC. Si bien las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros iban referidas a la temporada 2008/2009, se preveía la posibilidad de prórroga de las mismas para el caso de que *AVS/Sogecable* continuara detentando el control sobre la mayor parte de los derechos audiovisuales referidos a la Liga o a la Copa del Rey.
- **Contencioso judicial entre Mediapro y Sogecable.** Como se ha dicho, el planteamiento del acuerdo de julio de 2006 era el de que *Audiovisual Sport* explotara los derechos del fútbol, desde la temporada 2006-2007 hasta la 2008-2009, de los equipos con las que ya tenían un acuerdo tanto la sociedad como *Mediapro*; y que se encargara de comprar los derechos de los clubes con los que no tenían acuerdo, así como de renovar los

contratos que vencieran. En el caso del *Real Madrid*, esta tarea se encomendaba a *Sogecable* a partir de la temporada 2009-2010. A pesar de este pacto, a lo largo de 2006 y durante la primera mitad de 2007, *Mediapro* acordó, en nombre propio, y no para cederlos a *AVS*, contratos con hasta 39 clubes al margen de *AVS*, lo que le permitió adquirir una posición dominante en la explotación de los derechos audiovisuales del fútbol. Además de esta negociación a espaldas de *Audiovisual Sport*, *Mediapro* tampoco entregó a su socio los contratos que ya había cerrado con clubes como el *Valencia*, el *Levante* o el *Villareal*, ni notificó la cesión de derechos a *AVS* a clubes como el *Barcelona*, el *Sevilla* o la *Real Sociedad*.

Al margen del tratamiento de la operación de concentración y de los acuerdos eventualmente colusorios contenidos en el acuerdo de julio de 2006 (*AVS III*) por parte de las autoridades de la competencia, *Mediapro* y *Sogecable* (también algunos otros operadores que dejamos al margen por razones de simplicidad expositiva), con posterioridad a *AVS III*, emprendieron la senda judicial para el esclarecimiento de sus respectivos derechos. Respecto del alcance de los litigios planteados, tal vez fuera lo más destacable subrayar que *Mediapro* había planteado la renuncia a la entrada en el capital de *AVS*, lo que traía aparejada la discusión en torno a si se había llegado a producir o no el cambio en el seno de *AVS*, desde un control conjunto ejercido por *Sogecable* y *TVC* hasta otro exclusivo por parte sólo de *Sogecable*. La consecuencia de lo anterior tendría que ser la de que, de considerar que ese cambio no había llegado a producirse, las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros, desarrollo de las del Informe del TDC, no tendrían sentido ni vigencia. Consecuencia de lo anterior sería que *AVS* no permanecería ya como plataforma de concentración de derechos, dada la existencia de un operador, *Mediapro*, titular de la mayor parte de los derechos y situado fuera de la órbita de *AVS*.

Mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 36 de Madrid de 18 de marzo de 2010, se estimó íntegramente la demanda interpuesta por *Audiovisual Sport (AVS)* contra *Mediapro* por incumplir el contrato firmado en julio de 2006 para que *AVS* explotara los derechos audiovisuales del fútbol en Primera y Segunda División, de las temporadas 2006-2007 a la 2008-2009, y cuyo objeto era el de garantizar la continuidad del modelo vigente de explotación en los derechos audiovisuales del fútbol que venía desarrollando *AVS*. El tribunal condenaba a *Mediapro* a aportar a *AVS* (controlada en un 80 % por *Sogecable*, la filial audiovisual de *Prisa*, y en un 20 % por *TVC Multimèdia*) los derechos de televisión de los clubes españoles de Primera y Segunda y a comunicárselo a los clubes. Asimismo, la sentencia condenaba a la productora a pagar a *AVS* un total de 97,2 millones de euros: 35,1 millones por los daños y perjuicios causados por incumplir el contrato; y 62,1 millones de euros en concepto de facturas que tenía pendientes de abonar. A esta cantidad habría que añadir los intereses de demora, así como el pago de las costas del proceso judicial que se generasen. Además, *Mediapro* debía abstenerse de comunicar y de contratar con clubes de Primera y Segunda División de fútbol la cesión de derechos audiovisuales.

Al poco de publicarse la sentencia, la CNC, mediado el mes de abril de 2010, hizo pública una resolución por la que declaraba la validez del modelo de explotación del fútbol en televisión que derivaba de los acuerdos suscritos en 2006 entre *Sogecable*, *Audiovisual Sport (AVS)*, *Mediapro* y *TV-3* hasta la temporada 2008/09. La Comisión no se pronunciaba sobre la titularidad de los derechos. La resolución de la CNC sí

limitaba la duración de los nuevos contratos de las cadenas con los clubes hasta la temporada 2011/2012.

Mediapro, por su parte, anunció, inicialmente, su decisión de apelar la sentencia. Ello no impidió que el Juzgado de Primera Instancia dictara auto de despacho de ejecución contra *Mediapro* a mediados de junio. Tan sólo un día después de este auto, *Mediapro*, presentó su solicitud de concurso voluntario de acreedores, afirmando encontrarse en situación de insolvencia inminente a consecuencia de la sentencia del Juzgado de Madrid dirimiendo la denominada “guerra del fútbol”. Lo anterior determinó la suspensión de la ejecución que fue remitida al Juez del concurso, el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona.

- **Informe sobre los mercados de adquisición y explotación de los derechos de retransmisión audiovisual de competiciones futbolísticas españolas.** A la vista de la anterior situación, se avanzó por el TDC la intención de elaborar un informe con el fin de valorar si el marco de desenvolvimiento de los agentes económicos era el más adecuado para las condiciones de competencia efectiva, tanto en lo relativo a la adquisición de los derechos futbolísticos audiovisuales como en lo concerniente a la adecuada explotación, aguas abajo, de los contenidos que se conformaban a partir de dichos derechos. La existencia de esas condiciones de competencia efectiva resultaba beneficiosa para el consumidor final en términos de elección, precio y calidad de los servicios. Al contenido de dicho Informe, finalmente emitido, nos iremos refiriendo igualmente, en el bienentendido de que no es que el mismo fuera referido en concreto a la operación *AVS III*, sino, más allá de ésta, al funcionamiento general de los mercados a los que la misma podía llegar a afectar.
- **Apertura de expediente sancionador por supuestas prácticas restrictivas de la competencia en la venta de derechos audiovisuales por los clubes de fútbol.** Finalmente, habría que añadir a todo lo anterior la apertura por la Dirección de Investigación de la CNC de expediente sancionador, al que nos referiremos, contra 38 clubes de fútbol de Primera y Segunda División y determinados adquirentes de derechos, con base en la posible vulneración de los Arts. 1 LDC y 81 TCE (101 actual) por determinadas estipulaciones contenidas en los contratos de venta de derechos y en los acuerdos concluidos entre determinados adquirentes de derechos, así como por otras prácticas relacionadas con estos mercados.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso AVS III/Concentración

En *AVS III*, el TDC entendió que los mercados de referencia eran el mercado de compra de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol relativos a la Liga Española y a la Copa de S.M. El Rey y el mercado de la reventa de esos mismos derechos de retransmisión, toda vez que era en estos mercados en los que iba a actuar la entidad de carácter concentrativo *AVS*. Por otra parte, también *Sogecable* participaba en el primero de esos mercados, no sólo indirectamente como consecuencia de su participación en *AVS*, sino también directamente actuando como comprador de tales derechos, y, del mismo modo *Prisa*, entidad que controlaba a la propia *Sogecable*, que realizaba adquisiciones marginales a través de su red de televisiones locales *Localia*.

Relativo al mercado de la adquisición de esos derechos audiovisuales, si bien la Comisión había considerado en alguna ocasión la existencia de dos mercados diferentes en función de que la adquisición fuera para difusión en abierto o difusión de pago (p.e., en la Decisión relativa al caso 38.287 *Telenor/Canal +/Canal Digital* de 29 de diciembre de 2003; el Caso M.2876 *Newscorp/Telepiù*, o el Caso M.4066 -*CVC / SLEC*), el TDC se reafirmó en las consideraciones de su Informe C74/02 *Sogecable/Vía Digital* para apreciar la existencia de un único mercado sobre la base de razonamientos que habrá oportunidad de desarrollar en otras partes de la tesis, al referirnos a los mercados de los contenidos *Premium* deportivos.

Adicionalmente, el mismo TDC consideró que existían otros mercados, vinculados verticalmente con los anteriores, que podían resultar afectados por la operación y entre los cuales se inscribía el que ahora nos ocupa de la TV en abierto.

En este mercado de la TV en abierto: **(a)** *Sogecable* actuaba a través de *Cuatro* (que, desde el 7 de noviembre de 2005, aprovechaba la concesión de servicio público otorgada al amparo de la Ley 10/1988 de TV privada a *Canal +* analógico, tras modificar las condiciones de su otorgamiento para adaptarla a la emisión en abierto al amparo de la autorización de cambio del título concesional recogida en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005) y, además, en el marco del Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre tenía adjudicados tres canales digitales de ámbito nacional; **(b)** también una de las matrices de *AVS*, que era *TVC*, actuaba directamente en el mercado de la TV en abierto de ámbito autonómico; **(c)** *Prisa*, que controlaba a *Sogecable*, operaba a través de *Pretesa*, que giraba en el mercado de la TV en abierto de ámbito local bajo la marca *Localia*; **(d)** *Mediapro* actuaba indirectamente a través de su participación en *La Sexta*, que controlaba junto con *Televisa*, y que, en virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005, había resultado concesionaria de un canal analógico en abierto, adicional a los ya existentes, el cual comenzó sus emisiones de forma regular el 27 de marzo de 2006, y que, además, había resultado adjudicataria de dos canales digitales de ámbito nacional en el contexto del Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre.

En España, al tiempo de plantearse la operación, la TV en abierto se financiaba, principalmente, a través de los pagos por publicidad de los anunciantes, a los que se daba la opción de insertar sus mensajes publicitarios dentro de la parilla de programación. En el caso de la TV en abierto de titularidad pública, otra fuente importante de ingresos era la que suponían las subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

De acuerdo con el Informe de la CMT (2005), al que se remitió el mismo TDC en su Dictamen final, la TV en abierto (sin incluir en el cómputo las subvenciones) supuso el 55,7 % de los ingresos por operaciones dentro de todo el sector televisivo en España a lo largo de 2005. Ese porcentaje del 55,7 % era un punto y medio superior al de 2004 y representaba 2.800,35 millones de euros (unos 300 millones de euros más que en 2004). Dos años después, en 2007, según el mismo Informe de la CMT, los ingresos de la televisión en abierto ascendían a 3.288 millones de euros, frente a los 3.035 de 2006, lo cual suponía un incremento de alrededor del 7,7 % respecto de ese ejercicio 2006.

Dentro de ese mercado de la TV en abierto en 2005, *Antena 3* fue el operador líder con un 26,10 % de cuota de pantalla y un 26,12 % de facturación publicitaria. La siguieron *Telecinco*, con un 22,6 % de cuota de pantalla y un 24,34 % en términos de facturación por

publicidad, y *RTVE* (19,20 % y 23,15 %, respectivamente, si se consideraban las dos cadenas que ésta poseía).

Respecto de la presencia del fútbol en las emisiones en abierto, debía comenzar por resaltarse la dinámica imperante, conforme a la que cada uno de los clubes vendía los derechos respecto de los partidos de Liga y Copa del Rey en los que participara su equipo por el ámbito temporal de una o varias temporadas. A partir de aquí, los diversos adquirentes ponían en común todos esos derechos en el seno de *AVS*, de donde salían los concretos partidos que cada operador podría difundir a través de los diversos canales, incluido el que nos ocupa de la TV en abierto. En el momento de plantearse la operación, la situación era la siguiente:

1. Un partido de Primera División por cada jornada de Liga era considerado de interés general, y debía ser emitido en directo y abierto para todo el territorio del Estado, siempre que hubiera un operador dispuesto a hacerlo (Art. 5.1 de la Ley 21/1997 reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos).
2. Para la temporada 2006/2007, se considerarían también de interés general la final de la Copa de S.M. El Rey; la final de la Liga de Campeones y un partido de esta misma competición, a partir de octavos de final, en que existiera participación de equipos españoles; y la final de la Copa de la UEFA, si participase algún equipo español (v. Resolución de 21 de junio de 2006, de la Presidencia del Consejo de Emisiones y Retransmisiones Deportivas).
3. *AVS* había cedido a *Mediapro* en exclusiva los derechos sobre un partido por jornada de Liga de Primera División para su emisión en abierto en el marco del Acuerdo de julio de 2006, el cual, aún antes del Informe del TDC, se estaba ya cumpliendo *de facto*.

Se implantaba un sistema para la elección de los partidos de Liga correspondientes a cada jornada de Primera División. *Mediapro*, para su emisión en abierto, elegía en primer lugar el partido en 8 jornadas, en segundo lugar en 20 jornadas y en tercer lugar en 10 jornadas. Era *Mediapro* quien establecía las jornadas concretas en las que hacía uso de cada uno de esos derechos de elección o, puesto en otras palabras, ella decidía como distribuir a lo largo del calendario de competiciones las jornadas en las que tenía esas distintas preferencias. Existían ciertos límites, como el relativo al número de partidos que podía retransmitir respecto de un mismo equipo o el que se relacionaba con la imposibilidad de retransmitir a la vuelta el mismo partido que a la ida o viceversa.

Mediapro, a su vez, había cedido con alcance nacional los derechos sobre ese partido a *La Sexta* y con alcance autonómico, catalán y valenciano respectivamente, a *TVC* y a *TVV*.

En el Informe posterior del TDC sobre el funcionamiento de los mercados de los derechos audiovisuales se puso de manifiesto que la cesión de ámbito nacional por parte de *Mediapro* a *La Sexta* fue por tres temporadas a partir de la 2006/2007 (ésta incluida). La cesión de derechos a *TVC* y a *TVV* iba referida al mismo partido que se cedía a *La Sexta*: en el caso de *TVC*, se extendía a 36 de las 38 jornadas de Liga, y, en

el caso de *TVV*, sólo a 35. En ambos casos, la vigencia temporal de la cesión era superior a la realizada a favor de *La Sexta*. A largo de la temporada 2007/2008, se produjeron ya a través de *Mediapro* ya de *La Sexta* nuevas cesiones a TVs autonómicas, en concreto, a las de Galicia, Aragón, Murcia, Canarias y Baleares. Además, *AVS* había cedido a *Tele 5* derechos para emitir determinados partidos puntuales.

La situación cambiaba, por tanto, con respecto a jornadas anteriores, en las que la *Federación de Organismos de Televisión Autonómicas (FORTA)* y *La 2* de *TVE* (en las demarcaciones sin cobertura de TV autonómica) eran quienes emitían en abierto un partido por cada jornada.

4. En cuanto a los partidos de Liga de Segunda División, el total de los emitidos, ya en TV de pago ya en TV en abierto, era de seis por jornada. De estos seis, uno era emitido en TV de pago por *Digital +*, otro era emitido en abierto por *Localia* y los derechos de emisión, también en abierto, de los cuatro restantes correspondían a *Mediapro* en virtud del Acuerdo de julio de 2006. En este caso, el sistema de elección consistía en que *Sogecable* elegía en primer lugar su partido de pago, *Mediapro* en los lugares segundo a quinto sus cuatro partidos en abierto y *Localia* en sexto lugar su partido en abierto. También llegaron a producirse cesiones a TVs autonómicas por parte de *Mediapro*, de modo que algunas TVs autonómicas también emitían en abierto un partido de Liga de Segunda División por jornada.
5. La explotación de los partidos de la Copa de S.M. El Rey distintos de la final no estaba predeterminada. Dependía de diversas variables que habrían de ir concretándose en función de cómo se fueran desarrollando los acontecimientos, básicamente, quién fuera titular de los derechos de los diversos equipos participantes, la ronda de la competición alcanzada por cada equipo y cuáles fueran los operadores con interés por la retransmisión. *AVS* comercializaba los derechos sobre los partidos en los que hubiera llegado a consolidar los derechos de los dos equipos participantes. Así, aunque, en la mayoría de los casos, esa comercialización tenía lugar para la explotación a través de la modalidad de pago por visión, la existencia de demanda por parte de operadores interesados podía llevar a que *AVS* cediera los derechos para emisiones de TV de pago o de TV en abierto.

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso AVS III/Concentración

Habría que comenzar por referirse a la importancia del fútbol en el caso de las emisiones en abierto. Las estadísticas revelaban que los niveles de audiencia de la programación de las cadenas en abierto subían, por encima de la media, durante la retransmisión de partidos de fútbol. Además de lo anterior, resultaba que determinados partidos de Liga, o las rondas finales de campeonatos eliminatorios, como era la Copa del Rey, emitidos en abierto, daban niveles de audiencia, no sólo por encima de la media, sino además elevadísimos.

En general, las alegaciones de los terceros interesados en el expediente, titulares de cadenas en abierto, fueron dirigidas a destacar la importancia del fútbol en sus emisiones. *Telemadrid*

se refirió a que la importancia del fútbol, en tanto que contenido en abierto, se acrecentaba conforme se fragmentaba el mercado de la TV en abierto con la entrada de nuevos operadores, como eran *Cuatro* y *La Sexta*, pues, en este contexto, en el cual resultaba muy difícil diferenciar la oferta televisiva, el factor de diferenciación que reportaba el fútbol, especialmente con respecto a determinados perfiles de audiencia, se hacía esencial.

El TDC reconoció, también, que el atractivo del fútbol, en cuanto que contenido en abierto, resultaba indudable y que, precisamente, esa era la razón de que todos los operadores en abierto, en mayor o menor medida, hubieran retransmitido fútbol a lo largo de la temporada 2007/2008: **(i) TVE:** Liga inglesa; **(ii) La Sexta:** Liga española, Copa del Rey y Copa de la UEFA; **(iii) Antena 3:** Liga de Campeones y Copa de la UEFA; **(iv) Telecinco:** determinados partidos de la Liga española (habiendo existido, como consecuencia de ello, más de un partido en abierto por jornada); y **(v) Cuatro:** los partidos de España y los cruces finales para la Eurocopa de Naciones 2008 (los derechos los había adquirido *Sogecable*).

Con ser cierto lo anterior, verdad era también que la presencia del fútbol en las emisiones en abierto respondía, más que a estrictos criterios de rentabilidad económica en el mercado publicitario, a otros de naturaleza diferente, como podrían ser el fortalecimiento de la imagen de marca del operador, con vistas a consolidarse en el mercado (tal podía ser el caso de la recién aparecida *Sexta*), o la vocación de servicio público de las cadenas autonómicas, que las inducía a la emisión en abierto de los partidos en que participaran los equipos de su órbita geográfica

El TDC, sin dejar de reconocer esa importancia del fútbol para las emisiones en abierto, señaló, no obstante, que, a diferencia de lo sucedido con las emisiones de pago, el mismo no era indispensable, lo que quedaba avalado por el hecho de que no todos los operadores en abierto hubieran basado su estrategia de negocio en una oferta regular de competiciones de fútbol y por el de que el fútbol contara con un peso reducido dentro del total de horas programadas dentro las emisiones en abierto. A lo anterior debía añadirse el dato de la existencia de otros contenidos, deportivos, p.e., los de motor, o no deportivos, que llegaban a situarse como sus sustitutivos cercanos cuando se hablaba de TV en abierto.

Aunque los superiores niveles audiencia ofrecidos por los partidos de fútbol inicialmente debían traducirse en un incremento de los ingresos por publicidad, también debía considerarse que lo anterior no resultaba de lo más determinante a la vista de diversos factores, como podían ser, por ejemplo, el escaso intervalo de 15 minutos entre las dos partes del partido de 45 minutos cada una, la tendencia del telespectador a ausentarse en el intermedio, la dependencia de la estrategia comercial basada en la publicidad estática en un partido respecto a las decisiones del Club titular del estado anfitrión y al productor de la señal audiovisual, etc. Lo anterior había llegado a traducirse en el hecho de que el interés de los operadores de TV en abierto hubiera quedado constreñido al partido de mayor atractivo en cada jornada de Liga, precisamente, el que *Mediapro* tenía cedido a *La Sexta* en virtud del acuerdo de 24 de julio de 2006 (*vid supra*).

En relación con los partidos de La Copa de S.M. el Rey, con sola la excepción de la final, que en años anteriores había registrado una cuota de pantalla del 40 %, y cuyos derechos correspondían a la Real Federación Española de Fútbol, que los comercializaba directamente a favor de un operador en abierto de acuerdo con su carácter de partido de interés general ex Ley 21/1997, el interés de los partidos dependía mucho de cuáles fueran los equipos participantes y del nivel de la eliminatoria, pero, en todo caso, parecía improbable que hasta

las últimas rondas pudieran llegar a existir partidos con capacidad de ser rentables para los operadores en abierto.

En cuanto a la posible incidencia de la operación de concentración sobre el mercado de la TV en abierto, el punto de partida debía ser el de que dicha operación, en sus aspectos concentrativos - los únicos sometidos a decisión del TDC en el expediente en cuestión, pues los cooperativos se reservaban para otro expediente posterior - podían afectar sólo a la retransmisión en España y Andorra de los partidos de la Copa de S.M. El Rey en abierto, toda vez que sólo los derechos relativos a la emisión de los mismos en estos territorios quedaban en manos de *Sogecable*. Los derechos para la emisión en abierto de los partidos de Liga, tanto en España y Andorra como en el extranjero, y de los partidos de la Copa del Rey en el extranjero se cedían a *Mediapro*, con lo que los mismos no resultaban afectados por la concentración en sí, y ello sin perjuicio de que, como decimos, pudiera llegar a apreciarse por el TDC, en nuevo expediente relativo a los aspectos cooperativos de la operación, la existencia de colusión.

Partiendo de lo anterior, se hacía necesario tomar en cuenta dos factores. El primero era el ya apuntado en cuanto a que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, que concedía una autorización administrativa a *Sogecable* para la gestión indirecta, a través de *Cuatro*, del servicio público de televisión (gestión de servicio público cubierta por Ley de Televisión Privada de 1988), limitaba la capacidad de *Sogecable* para emitir en abierto los partidos de fútbol de Liga española hasta la temporada 2008/2009.

El segundo era el de que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 impuso a *Sogecable/AVS*, en su Condición Quinta (esta condición cesaba en su vigencia el 29 de noviembre de 2007), la obligación de mantener un sistema de explotación de los derechos de fútbol equivalente al existente antes de la integración en *Sogecable* de *Vía Digital*, mientras adquiriese derechos audiovisuales de clubes de fútbol de Liga o Copa en exclusiva, en los siguientes términos: *“En el supuesto de que Sogecable controle o adquiriera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la Copa de S. M. el Rey y los correspondientes resúmenes, deberá garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se deberá garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración”*.

Pero, yendo más allá de los anteriores factores o circunstancias, con una vocación temporal limitada, el TDC concluyó que *“no parece que de la adquisición del control exclusivo de AVS por parte de SOGECABLE pudieran derivarse efectos sobre la competencia efectiva en el mercado de la televisión en abierto”* sobre la base, no sólo del escaso interés de los partidos de la Copa de S.M. El Rey conforme a lo ya dicho, sino también de la constatación empírica de que *“la considerable cantidad de encuentros de Copa retransmitidos en abierto en la temporada corriente (aproximadamente el 50% del total de partidos televisados), parece descartar que se estuviese produciendo el cierre de este contenido por parte de AVS hacia las televisiones en abierto”*.

g) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso del abuso de posición dominante de Mediapro (caso Gol TV)

i) Identificación del agente de la práctica restrictiva en el caso Gol TV

En la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia de 17 de marzo de 2011 (JUR\2011\113716) los sujetos implicados eran:

- **Mediaproducción, SL (Mediapro).** *Mediapro* estaba presente en el sector de comunicación audiovisual. Entre otros, prestaba servicios de producción, adquisición y reventa de contenidos audiovisuales. A partir de la temporada 2009/2010, *Mediapro* estaba gestionando toda la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y de la Copa de SM el Rey de fútbol.

Mediapro estaba controlada por el Grupo *Imagina*, cuya cabecera era *Imagina Media Audiovisual, SL*. Por otra parte, el Grupo *Imagina* tenía el 51,6 % del capital social de *Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, SA*, a través de *Grupo Audiovisual de Medios de Producción (GAMP)*, cuyo accionariado estaba también mayoritariamente en manos de Grupo *Imagina*. El resto del capital social de *La Sexta* era propiedad de *Grupo Televisa, SA* (40,5 %) y *Gala* (7,78 %). *Imagina* y *Televisa* controlaban conjuntamente *Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, S.A.*, debido a los derechos de veto que tenía *Televisa* para la adopción de decisiones estratégicas, entre otras, el Plan de Negocio o los Presupuestos anuales. *Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, SA* emitía televisión en abierto. Asimismo, *Mediapro* tenía accionistas en común con el grupo empresarial *Mediapubli Sociedad de Publicaciones y Ediciones, SL (Público)*, que editaba y comercializaba el periódico diario *Público*.

- **Gol Televisión, SL (Gol Televisión).** Era filial al 100 % de *Mediapro* y producía un canal de televisión de pago, *Gol TV* (operativo desde 2008), en el que se emitían, entre otros contenidos, partidos de Liga y Copa del Rey de fútbol en España. Este canal *Gol TV* estaba disponible a través de un canal de Televisión Digital Terrestre (TDT) de pago, que formaba parte de los canales correspondientes a *Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, SA*. También estaba disponible en diversas plataformas de televisión de pago en España, entre otras, *Imagenio (Telefónica)*, *Ono*, *R-Cable*, *Euskaltel*, *Telecable Asturias*, *Orange*, etc.
- **DTS/CSD.** *Prisa* era una sociedad que cotizaba en bolsa y matriz de un conjunto de empresas presentes en los sectores editorial y audiovisual. Las actividades de *Prisa* estaban organizadas en cuatro divisiones: Prensa, Radio, Educación-Editorial y Audiovisual.

El negocio de televisión del grupo tradicionalmente se había venido canalizando a través de *Sogecable*, 100% propiedad de *Prisa*. En el momento de la incoación del expediente *Canal Satélite Digital, SLU (CSD)* era una filial 100 % de *Sogecable* centrada en el negocio de la televisión de pago y en particular, en la plataforma de televisión de pago *Digital +*. Esta plataforma por satélite ofrecía cerca de cien canales

de televisión; los más importantes de ellos estaban especializados en contenidos cinematográficos y documentales, de deportes e informativos.

Con fecha 26 de marzo de 2010 se había materializado la fusión de *DTS Distribuidora de Televisión, SAU* y *Canal Satélite Digital, SLU*, absorbiendo la primera a la segunda, con sucesión en todos sus derechos y obligaciones.

Con posterioridad a que se dictara por la Dirección de Investigación el pliego de concreción de hechos en el expediente, *Prisa* había procedido a la reorganización de casi todo su negocio de televisión de pago bajo el paraguas de *Digital +*, a la vez que el grupo *Telefónica* y el grupo *Telecinco* habían adquirido sendas participaciones del 22 % en esta sociedad, correspondiendo el 56% restante del capital social a *Prisa*.

Entre las empresas que habían quedado al margen de esta reorganización se encontraba *Audiovisual Sport, SL (AVS)*, cuya principal actividad era la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y de la Copa de SM el Rey de fútbol. Los accionistas de *AVS* eran *Sogecable* (80 %) y *TVC Multimedia, SL* (20 %).

En ese momento, *AVS* tiene una actividad mínima, en la medida en que la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y de la Copa de SM el Rey de fútbol de las temporadas 2009/2010 y siguientes estaba siendo gestionada por *Mediapro*. Todo ello sin perjuicio de que la Sentencia de 15 de marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid en el procedimiento ordinario 1052/2007 hubiera atribuido a *AVS* la titularidad de los derechos audiovisuales de la mayoría de los equipos de fútbol de Primera y Segunda División.

- **Telefónica de España, SAU (Telefónica).** Esta sociedad era una filial al 100 % de *Telefónica, SA*, matriz del grupo *Telefónica*, presente en numerosos países. El grupo *Telefónica* prestaba distintos servicios de comunicaciones electrónicas en España, entre otros, telefonía fija, telefonía móvil o acceso a Internet de banda ancha y, asimismo, servicios comunicación audiovisual (televisión de pago). Con posterioridad a que se dictara el pliego de concreción de hechos en el expediente *Telefónica* había adquirido una participación del 22 % en *Digital +*.
- **Gestevisión Telecinco, SA (Telecinco).** *Telecinco* era una empresa que cotizaba en bolsa, cabecera de un grupo de entidades dependientes que constituían el Grupo *Telecinco*, cuyas principales áreas de actividad incluían televisión en abierto, publicidad, explotación de contenidos audiovisuales, producción y distribución de obras audiovisuales, agencia de noticias y actividades de televenta.

Telecinco contaba con una concesión para emitir a través de la TDT cuatro canales de televisión en toda España.

Telecinco estaba controlada por *Mediaset*, sociedad que cotizaba en la bolsa de Milán y que a su vez estaba controlada en última instancia por *Fininvest*, sociedad holding del grupo *Fininvest*, con intereses en el sector audiovisual, editorial y servicios financieros.

Con posterioridad a que se dictara el pliego de concreción de hechos en el expediente, *Telecinco* había adquirido a *Prisa* el 100 % del capital social de *Sociedad General de*

Televisión Cuatro SAU, operación autorizada con compromisos por Resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010. Con ello había adquirido la titularidad de los canales de TDT que explotaba el grupo *Prisa*, incluido el canal *Cuatro*.

- **Cableuropa, SAU. y Tenaria, SA (ONO).** Ambas eran filiales controladas por el grupo *ONO*, cuya cabecera era *Grupo Corporativo ONO, SA*. *Ono* prestaba servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros, telefonía fija, acceso a Internet de banda ancha y servicios de televisión de pago.
- **Agrupación de Operadores de Cable, AIE (AOC).** *AOC* era una agrupación de operadores de cable (*Telecable de Asturias, SA*, *Euskaltel, SA* y *R Cable y Telecomunicaciones Galicia, SA*) que prestaban servicios de comunicaciones electrónicas, entre otros, telefonía fija, acceso a Internet de banda ancha y servicios de televisión de pago.

Además, aún cuando no llegaran a erigirse en parte formal del procedimiento, debía considerarse que había: (i) otros operadores de TV de pago de menor entidad [*Jazz Telecom, SAU* (*Jazztel*); *France Telecom España, SA* (*Orange*); *Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet* (que agrupaba a operadores de cable locales) o *Instituto Superior de Contenidos Audiovisuales, SL* (que representaba a distintos operadores de cable locales)]; (ii) otros de TV en abierto (*Antena 3* y autonómicas como *TVCatalana*, *TVValenciana*, *Telemadrid* y otras); (iii) otros de comunicaciones electrónicas para emisión en TV al móvil del canal *Movigol* de *Gol Televisión* (la misma *Orange* o *Vodafone*); y (iv) otros propietarios de páginas web para la emisión de resúmenes (*Unedisa*, *BBVA* y *Público*).

ii) Reseña general del caso Gol TV

En la resolución de la CNC sobre el expediente sancionador S/0153/09 se dilucidaba la existencia de dos prácticas restrictivas de la competencia de diferente naturaleza, a saber, una de carácter abusivo y otra de carácter colusorio:

- **Abuso de posición dominante.** Se trataba, en primer lugar, de decidir sobre la existencia de abuso de posición dominante sancionado por el artículo 2 de la Ley 15/2007 y por el artículo 102 del TFUE en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol y en los mercados descendentes de televisión, particularmente el de pago. De dicho abuso serían autores *Mediaproducción, SL* y su filial al ciento por ciento *Gol TV, SL*.

En mayo de 2009, *Mediapro* se había dirigido a distintos operadores de televisión de pago (entre otros, *Sogecable*, *Ono*, *Telefónica*, *Euskaltel*, *R Cable*, *Telecable Asturias*, etc.) y televisión en abierto (*Telecinco*, *Antena 3*, *TVE*, televisiones autonómicas, etc.) solicitándoles ofertas para obtener licencias de emisión televisiva de partidos y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, y otorgándoles como plazo unos pocos días para presentar las ofertas. Asimismo, *Mediapro* señalaba que una vez analizadas las ofertas recibidas, contactarían con los oferentes para solicitar las oportunas clarificaciones o informarles de la decisión tomada, y en el caso de los adjudicatarios finales, iniciar la redacción de los contratos correspondientes.

Las solicitudes debían ajustarse al esquema de paquetes de derechos configurado por *Mediapro* y, como consecuencia, se planteaba la existencia de abuso por posible vulneración de los principios de objetividad, no discriminación y transparencia en la aplicación del sistema de reventa de los derechos sobre los partidos. Este sistema era el que definía qué derechos se ponían en el mercado, así como las condiciones de esa comercialización.

- **Prácticas colusorias.** De otra parte, se planteaba la posible existencia de colusión prohibida sancionada por el Art. 1 de la LDC y el Art. 101 del TFUE: **(i)** por los acuerdos de puesta en común de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de clubes de fútbol celebrados entre *Mediapro* y otros operadores y **(ii)** por los acuerdos de reventa de *Mediapro* a otros operadores audiovisuales de los derechos de retransmisión audiovisuales de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010.

Tales conductas se verificaban en los mercados ascendentes de los contenidos deportivos, sin embargo, las mismas proyectaban sus efectos sobre los mercados descendentes de la difusión televisiva y de la comunicación audiovisual. En especial, los efectos se dejaban sentir en el mercado de la TV de pago, pero debía también examinarse la situación en el mercado que ahora nos ocupa de la TV en abierto.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Gol TV

Tradicionalmente, y a diferencia de la televisión de pago, en el mercado de televisión en abierto disponer de contenidos *Premium*, y en particular las exclusivas futbolísticas, no incidía tan significativamente en la posición competitiva de los operadores. Los datos de audiencia de programas concretos revelaban que los partidos de fútbol en abierto solían encontrarse por encima de las audiencias medias del canal que los emitía, si bien las características propias de los partidos (escaso peso dentro del total de horas de programación, un único intermedio de duración relativamente larga, etc.) dificultaban rentabilizarlos mediante ingresos por publicidad.

Aun así, podían existir otros factores diferentes a los ingresos por publicidad (imagen marca, ganancias de cobertura, diferenciación, etc.) que podían hacer atractivos los contenidos futbolísticos en televisión en abierto. Este atractivo de los contenidos futbolísticos se iba a incrementar significativamente como consecuencia del apagón analógico, el incremento significativo del número de canales y la fragmentación de audiencias derivadas del desarrollo de la TDT.

En lo que concierne al análisis estático de la estructura del mercado de la TV en abierto en el caso *Gol TV* antes de verificarse las supuestas prácticas restrictivas, el punto de partida era el de que el mismo se había visto afectado en el pasado por las condiciones impuestas en el marco de la operación de concentración por la que *Vía Digital* se integró en *Sogecable* informe (C-74/02) y desarrolladas a través del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (ACM 2002).

De éstas, y con independencia de otras que serán objeto de un estudio más detallado al hilo de otros mercados, podría destacarse la Quinta, a cuyo tenor: “*En el supuesto de que Sogecable controle o adquiera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la Copa de S.M el Rey y los correspondientes resúmenes, deberá garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se deberá garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración*”. Por otra parte, la duración de esta condición, como la de las demás, era de cinco años (v. condición décima).

Una idea importante de la que partir era la de que, en los mercados ascendentes al de la TV en abierto, los distintos operadores audiovisuales adquirentes de derechos de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de fútbol habían puesto en común tales derechos, de forma explícita o tácita, para su posterior reventa y explotación en distintos medios audiovisuales, entre los que se encontraba la TV en abierto. Esta puesta en común dio lugar a los acuerdos *AVS I* y *AVS II*, que fueron examinados por las autoridades españolas y comunitarias de competencia (v. *supra*). También había dado lugar al acuerdo de 24 de julio de 2006 (*AVS III*), que iba a ser analizado en el marco de este expediente.

Otra particularidad del mercado de la reventa, ascendente con respecto al de la TV de en abierto, era el que la presencia como demandante en el mismo solía estar ligada a haber adquirido, de forma directa o indirecta, derechos audiovisuales de clubes de fútbol. Así, en *AVS I* quienes pasaban a emitir partidos de Liga y Copa de SM el Rey dentro del mercado de la TV en abierto, además de otras plataformas, eran *Antena 3* y *FORTA* (de la cual era miembro TV Cataluña); en *AVS II* sólo *FORTA*, sin perjuicio de la existencia de otros operadores en otras plataformas distintas de la TV en abierto; y en *AVS III La Sexta, TV Valenciana y TV Cataluña*, que desplazaron a *FORTA* como consecuencia de haberse hecho *Mediapro* con los derechos (*La Sexta* presentaba vínculos verticales con ella y, en cuanto a *TVV* y *TVC*, las mismas obtuvieron los derechos para emitir en abierto, fuera del marco de la *FORTA*, gracias a que habían firmado acuerdos con *Mediapro* para poner en común sus derechos).

Durante la temporada 2006/2007, los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol se explotaban en relación con los partidos de Primera División conforme a un sistema o modelo diseñado por los operadores presentes en el *pool*, y que fue objeto de revisión por las autoridades de competencia en los acuerdos *AVS I*, *II* y *III*, y que, en lo concerniente a la TV en abierto, era el siguiente: (i) cesión de un partido de Liga de Primera División por jornada en abierto y directo por *AVS* a *Mediapro*, quien a su vez lo había cedido a *La Sexta, TV Cataluña y Televisión Valenciana*; (ii) sistema de elecciones para que en la ventana de TV en abierto fueran elegidos por los operadores los partidos que debían emitir cada jornada a lo largo de la temporada.

Durante algunas de las jornadas de la temporada 2007/2008, el modelo de explotación televisiva de los partidos de Primera División de fútbol no había seguido el esquema de temporadas anteriores, en la medida en que se había producido un conflicto entre *Sogecable* y *Mediapro* sobre la interpretación de la vigencia y de los efectos del acuerdo de 24 de julio de 2006 (*AVS III*). Como consecuencia de dicho conflicto, en algunas jornadas de Liga de Primera División de la temporada 2007/2008 *La Sexta* había emitido más de un partido por jornada y, en otras, *La Sexta* no había emitido ningún partido en televisión en abierto. Adicionalmente, como consecuencia de cesiones firmadas por *Mediapro* o *La Sexta*, en la

temporada 2007/2008, también habían emitido partidos de Primera División en abierto las televisiones autonómicas de Galicia, Aragón, Murcia, Canarias y Baleares. Por otra parte, *AVS* había cedido a *Telecinco* derechos para emitir determinados partidos puntuales.

En lo que respecta a la Segunda División de Liga, en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008, se emitían hasta ocho partidos por jornada en abierto y directo. Uno era emitido por *Sogecable* (*Canal+*), otro por *Localia* y los otros seis partidos eran en principio emitidos por la *FORTA*. Asimismo, se establecía un sistema de elecciones para que las distintas televisiones eligieran los partidos que emitían cada jornada a lo largo de la temporada. Adicionalmente, *Mediapro* había cedido derechos de resúmenes Premium de partidos de Liga de Primera y Segunda División, en las temporadas 2006/2007 a 2008/2009, a *La Sexta*, *FORTA* y *Televisión Española*.

Respecto a los partidos de la Copa de SM el Rey, dejando a un lado la final (cuyos derechos correspondían a la RFEF y fueron cedidos a *Telecinco* en las temporadas 2005/2006 a 2007/2008), aunque la regla general en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 era la explotación por PPV, algunos partidos no se emitían y otros eran cedidos a operadores de televisión en abierto. Esto había dependido de distintas variables, tales como quién fuera el titular de los derechos de los equipos participantes (por ejemplo, cuando uno de los participantes era un equipo de Segunda División B o Tercera, en cuyo caso eran adquiridos *ad-hoc*), las rondas de competición que cada equipo alcanzase y los operadores interesados en la retransmisión.

Por último, en la temporada 2009/2010 la mayoría de los operadores en abierto habían ofertado, o iban a ofertar fútbol, en mayor o menor medida: *TVE* (Liga de Campeones y Liga inglesa), *La Sexta* (Liga española, Copa del Rey), televisiones autonómicas (Liga española, Copa del Rey y Liga de Campeones), *Telecinco* (Copa de la UEFA y Mundial de fútbol) y *Cuatro* (Mundial de fútbol). En definitiva, los derechos solían ser mayoritariamente adquiridos por operadores audiovisuales que procuraban su explotación en sus propios medios de comunicación, entre los que se incluían las cadenas de TV en abierto. En esta plataforma de la TV en abierto, se había producido, además, la cesión de derechos a terceros para su explotación, en exclusiva o no. En términos de cuotas por audiencias y publicidad en televisión, la última información disponible de la CMT revelaba la siguiente situación:

CUOTAS DE AUDIENCIA Y PUBLICIDAD DE LAS PRINCIPALES CADENAS DE TELEVISIÓN EN ABIERTO EN 2008		
OPERADOR	CUOTA DE PANTALLA	FACTURACIÓN PUBLICITARIA
<i>Telecinco</i>	18,1%	27,1%
<i>Antena 3</i>	16,0%	23,5%
<i>RTVE</i>	21,4%	21,3%
<i>Cuatro (Sogecable)</i>	8,6%	10,4%
<i>La Sexta</i>	5,5%	5,6%
<i>Otros</i>	30,4%	12,1%
TOTAL	100%	100%

Fuente: Informe anual CMT 2008

El mercado de la televisión en abierto había registrado en 2009 unos ingresos publicitarios de 2.580 millones de euros, frente a 2.804 millones de euros en 2008. En todo caso, convenía tener en cuenta que, a partir de enero de 2010, *RTVE* había dejado de emitir publicidad. Por otra parte, la estructura de la oferta de televisión en abierto en España había sido objeto de cambios sustanciales, al haberse producido un incremento del número de operadores como consecuencia de la introducción de la TDT y del apagón analógico que había tenido lugar en abril de 2010. Así, a lo largo de 2010 se iban a emitir en España a escala nacional 8 múltiples de TDT (en principio con cuatro canales cada uno), de los que uno correspondería a *Sogecable* y otro a *La Sexta*. Asimismo, a escala autonómica y local se emitirían múltiples adicionales.

Por otra parte, *Telecinco* había adquirido a *Prisa* el 100 % del capital social de *Sociedad General de Televisión Cuatro, SAU.*, lo que suponía su desaparición como competidor independiente. En el informe de la Dirección de Investigación para la valoración por el Consejo de la CNC de dicha operación (Expte C/0230/10 *Telecinco/Cuatro*) se ponía de manifiesto que, con datos del primer trimestre de 2010, la cuota de ingresos publicitarios conjunta de *Telecinco/Cuatro* tras la operación sería de un 45,2 %, frente a un 28,7 % de *Antena 3*, un 12 % de las televisiones autonómicas y un 10,3 % de *La Sexta*. Los datos del primer trimestre de 2010, recogidos en el mencionado informe, reflejaban unas cuotas de pantalla similares a las registradas en 2008. *Telecinco* tendría alrededor de un 15 % del *share*, lo que, sumado al 6,8 % de *Cuatro*, supondría más de un 21 % de la audiencia del mercado. *RTVE* tendría el 21,3 %, *Antena 3* el 12,5 % y las televisiones autonómicas el 12,10 %. *La Sexta* rondaría el 6,5 % de la audiencia televisiva.

Con carácter adicional a ello, la normativa obligaba a la emisión en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado de un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de primera división, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de Fútbol, siempre que hubiera algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo (Disposición Transitoria Sexta de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y, antes de ello, artículo 3.1 de la Ley 21/1997, de 3 de junio, reguladora de retransmisiones y emisiones de acontecimientos deportivos).

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Gol TV

(1) Configuración de paquetes para televisión en abierto

Los derechos sobre los partidos eran insumos para operar en los mercados descendentes de la comunicación audiovisual, incluida la TV en abierto. En este sentido, debía partirse de que *Mediapro*, activa en derechos y contenidos audiovisuales, se encontraba verticalmente integrada con *La Sexta*, que lo estaba en el mercado de la TV en abierto. Esto llevaba a que el mercado de la TV en abierto tuviera que ser considerado también relevante en este caso.

Mediapro había protagonizado acuerdos con operadores en abierto para la puesta en común de derechos adquiridos de los clubes en el mercado primario y para la asignación de derechos sobre partidos en concreto de Liga y Copa del Rey ya en el mercado de la reventa. Parte de tales acuerdos habían sido examinados, en el caso *AVS III* (expediente S/0006/07), por la

CNC que había declarado su legalidad y conformidad con los Arts. 1 LDC y 101 TFUE, en la medida en que no excedieran de tres temporadas completas.

Por otra parte, se planteaba la posibilidad de que *Mediapro* hubiera podido incurrir en un abuso de su posición dominante proscrito por los Arts. 2 LDC y 102 TFUE en el mercado ascendente de los contenidos *Premium* futbolísticos, al no haber efectuado la reventa de los derechos sobre partidos de Liga y Copa del Rey en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias para las temporadas 2009/2010 y siguientes, introduciendo unilateralmente cambios en el modelo de explotación imperante, y cuál pudiera ser la repercusión de ese abuso en el mercado descendente de la TV en abierto.

En la propuesta dirigida en 2009 por *Mediapro* a los difusores, entre los que se incluían las cadenas en abierto, se planteaba la reventa a los mismos de derechos sobre los partidos conforme a los paquetes de derechos que la misma *Mediapro*, de modo unilateral, había confeccionado. Se trataba, así, de 11 paquetes distintos de los que los más directamente relacionados con la TV en abierto eran los que pasamos a detallar:

- **Paquete 1.** Contenía la licencia para la emisión en directo, por televisión terrestre, abierta y gratuita, de un partido por jornada del Campeonato Nacional de Liga de 1ª División para el territorio español. Se establecían, asimismo, una franja horaria para la emisión de partidos y unas reglas de elección del partido de cada jornada, y se señalaba que el/los operadores interesados podrían formular ofertas conjuntas o por separado, en exclusiva o no, con reserva o no para sublicenciar a terceros y para la emisión en todo el territorio español o sólo una parte del mismo.
- **Paquete 5.** Comprendía la licencia de emisión en directo, por televisión terrestre, abierta y gratuita de hasta seis partidos por jornada del Campeonato Nacional de Liga de 2ª División, a emitir cada uno de ellos en determinados ámbitos territoriales dentro del territorio español, sin que pudiera emitirse más de un encuentro en una misma Comunidad Autónoma. En este paquete se establecía asimismo una franja horaria para la emisión de partidos y unas reglas de elección del partido de cada jornada.
- **Paquete 7.** Englobaba los derechos de emisión, en primicia frente a cualquier otro operador de televisión, de un programa resumen *Premium*, por televisión terrestre, abierta y gratuita, de todos los encuentros disponibles del Campeonato Nacional de Liga de 1ª y 2ª División. Además, se establecía que los resúmenes de cada partido disponible no podrían tener una duración en su totalidad superior a diez minutos y que se podían realizar conexiones con los partidos que se estuvieran disputando.
- **Paquete 8.** Incluía una licencia de emisión de un programa resumen, no exclusiva, por televisión terrestre, abierta y gratuita, de todos los encuentros disponibles del Campeonato Nacional de Liga de 1ª y 2ª División, y ello una vez transcurridos 60 minutos a partir de la emisión del programa resumen *Premium* del Paquete 7. Además, se establecía que los resúmenes de cada partido disponible no podrían tener una duración en su totalidad superior a diez minutos.
- **Paquete 9.** Contenía una licencia de emisión en directo, en exclusiva, por televisión terrestre, abierta y gratuita, de un partido por jornada de la Copa de SM el Rey y un programa resumen de dicha competición para el territorio español. En este paquete se establecía asimismo unas reglas de elección del partido de cada jornada.

(2) Entramado contractual para emisiones en abierto

Tras el envío de su oferta, llegó *Mediapro* a firmar contratos, además de con otros operadores de comunicación audiovisual, con algunos de los operadores en abierto. En algunos casos los contratos se ajustaron exactamente a los paquetes ofertados por *Mediapro*, pero en otros no. Además todos los precios de los contratos se mantenían bajo confidencialidad. Así:

- ❖ **Sogecable**. *Sogecable* estaba activa no sólo en el mercado de la TV de pago, sino además en el de la TV en abierto, a través de *Cuatro*. Sólo los contratos relacionados con este último son los que ahora relacionamos:

- ***Contrato de 21/10/2009***. Al desarrollarse la actividad de *Sogecable* casi exclusivamente en el mercado de la TV de pago, tan sólo cabría mencionar la adenda de 21 de octubre de 2009, que comprendía los siguientes derechos:

- **Resúmenes de partidos**. *Sogecable* adquiría, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, los derechos de emisión de resúmenes de partidos en sus cadenas de televisión en abierto (*Cuatro*, *CNN+* y *40 Latino*) o, en su caso, en los canales que los sustituyeran. Los resúmenes estaban limitados a un máximo de 3 minutos por partido. En los programas informativos, la duración total de todos los resúmenes sería de un máximo de 10 minutos.

- ❖ **La Sexta**. Era casi la sección descendente de *Mediapro* en el mercado de la TV en abierto. *Mediapro* y *La Sexta* firmaron el contrato de 23 de julio de 2009. Así:

- ***Contrato de 23/07/2009***. La cesión de derechos en abierto era para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012 y para los territorios de España y Andorra. En este contrato también se regulaba el sistema de elección de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol a emitir en cada jornada por *La Sexta*, así como los horarios de emisión de los partidos de Liga de Primera División. Así, el contrato comprendía la cesión de los siguientes derechos:

- **Partidos de Liga de Primera División**. *Mediapro* revendía a *La Sexta* los derechos de emisión en directo, en televisión en abierto, de un partido por Jornada de Liga de Primera División de fútbol. Esta cesión se hacía en términos exclusivos en Andalucía, aunque *La Sexta* podría ceder las señal a terceros en este territorio, y en términos no exclusivos en el resto de CC.AA. No obstante, en este último caso, *Mediapro* sólo podría ceder los derechos de emisión de dichos partidos a televisiones autonómicas, para su retransmisión en el territorio de su respectiva Comunidad Autónoma, con el límite máximo de una televisión autonómica por ámbito territorial. Asimismo, *Mediapro* se comprometía a no ceder derechos de emisión en directo en televisión en abierto de otros partidos de Liga de Primera División.
- **Partidos de Copa del Rey**. *Mediapro* cedía también a *La Sexta*, en exclusiva con facultad de cesión a terceros, los derechos de emisión en directo de un partido por jornada de Copa de SM el Rey (excepto la final). La salvedad a esta exclusiva de partidos de Copa de SM el Rey era que *Mediapro*

comercializaría los cuatro primeros partidos que jugase el *Barcelona* a *TV Cataluña* para su emisión en Cataluña, y los cuatro primeros partidos que jugase un equipo valenciano a *TV Valenciana* para su emisión en la Comunidad Valenciana.

- **Resúmenes de partidos.** Adicionalmente, *La Sexta* adquiriría derechos de emisión de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey, tanto para programas deportivos como para informativos. Estos resúmenes serían de 10 minutos por partido y no podrían emitirse mientras el partido se estuviera jugando.

❖ **Antena 3.** Mediapro había celebrado con Antena 3 el siguiente contrato:

- ***Contrato de 21/12/2009.*** Este contrato cubría los siguientes derechos:

- **Resúmenes de partidos.** Comprendía la reventa de derechos de emisión televisiva de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, desde la primera jornada de la temporada 2009/2010 hasta la jornada 2011/2012.

❖ **TVE.** A consecuencia de las relaciones entre *Mediapro* y *TVE*, ésta había venido protagonizando las siguientes:

- ***Emisiones sin contrato.*** Desde la jornada 2009/2010, *TVE* había venido emitiendo resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol.

❖ **TV Cataluña.** *Mediapro* celebró con este operador los siguientes contratos:

- ***Contrato de 21/08/2006.*** El mismo comprendía los siguientes derechos:

- **Partidos de Liga de Primera y Segunda División y resúmenes de partidos.** Se cedían para las temporadas 2006/2007 a 2012/2013, los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de un partido por jornada en Primera División (excepto dos jornadas), de un partido por jornada en Segunda División y de los resúmenes de la jornada. Adicionalmente, en dicho contrato de 21 de agosto de 2006, *Mediapro* concedía a *TV Cataluña* un derecho de adquisición preferente de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de la Primera División en las temporadas 2013 y sucesivas, en el caso de que *Mediapro* dispusiera de dichos derechos.

- ***Contrato de 07/10/2009.*** En este contrato no se hacía referencia al de 2006 y el mismo comprendía los siguientes derechos:

- **Partidos de Liga de Primera y Segunda División, partidos de Copa del Rey y resúmenes de partidos.** *TV Cataluña* adquiriría para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012 los derechos de emisión en directo y en televisión en abierto en Cataluña de un partido por jornada de Liga de Primera División de fútbol (que coincidía con el que emitía *La Sexta*), de un partido por jornada de Liga de Segunda División de fútbol y de los cuatro primeros partidos de Copa de SM el Rey de fútbol que jugase el *Barcelona*. Asimismo, adquiriría los derechos de emisión en televisión en abierto en Cataluña de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol.

❖ **TV Valenciana**. Mediapro celebró con TVV el siguiente contrato:

➤ ***Contrato de 25/08/2006***. Este contrato comprendía los siguientes derechos:

- **Partidos de Liga de Primera y Segunda División, partidos de Copa del Rey y resúmenes de partidos**. Se cedían, para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011, los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de un partido por jornada en Primera División (excepto tres jornadas), de un partido por jornada en Segunda División, de dos partidos de Copa de SM el Rey y de los resúmenes de la jornada.

➤ ***Emisiones sin contrato***. A lo largo de la temporada 2009/2010, *TV Valenciana* había emitido partidos en directo y resúmenes de Liga (desde la primera jornada) y Copa de SM el Rey de fútbol, a pesar de que no había llegado a ningún nuevo acuerdo con *Mediapro*, si bien había presentado con fecha 20 de mayo de 2009 una oferta por estos derechos.

❖ **Telemadrid**. *Mediapro* y esta televisión autonómica (a través de su filial *Madrid Deporte Audiovisual, SA*) habían firmado el siguiente contrato:

➤ ***Contrato de 20/01/2010***. Este contrato comprendía los siguientes derechos:

- **Partidos de Liga de Primera y Segunda División, partidos de Copa del Rey y resúmenes de partidos**. *Telemadrid* había puesto en común con *Mediapro* los derechos audiovisuales del *Atlético de Madrid* y del *Getafe*, a cambio de disponer de los derechos de emisión en televisión en abierto en la Comunidad de Madrid de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol (desde la segunda jornada en el caso del partido de Liga de Primera División). En lo que se refiere a los partidos de Liga de Primera División y Copa del Rey, estos coincidían con los emitidos por *La Sexta*. En principio, la vigencia de este contrato era para las temporadas 2009/2010 a 2013/2014, si bien se preveía expresamente que podía resolverse parcialmente el mismo como consecuencia de la resolución del expediente de la CNC S/0006/07 (caso *AVS III*), que limitaba a tres temporadas la duración de los contratos.

❖ **Resto de televisiones autonómicas**. *Mediapro* había firmado diversos contratos o había llegado a acuerdos tácitos para la reventa de: **(i)** derechos de emisión de partidos de Liga de Primera División con TV Baleares y TV Asturias; **(ii)** partidos de Segunda División con la mayoría de las televisiones autonómicas y **(iii)** resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol con la mayoría de las televisiones autonómicas. En la mayoría de los casos, había permitido la explotación de los derechos con carácter previo a la firma del contrato. Los anteriores contratos cubrían las temporadas 2009/2010 a 2011/2012.

(3) Criterios de conformidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales con el derecho de la competencia

Los precedentes más relevantes –que resultaban previos a la promulgación de la Ley 7/2010– de las autoridades de competencia sobre el sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas establecían de forma más o menos explícita que: **(i)** no eran compatibles con la normativa de competencia los acuerdos de reventa de derechos audiovisuales –de Liga y Copa de SM el Rey– cuya duración superase, de forma directa o indirecta, las tres temporadas; **(ii)** se debían sublicenciar los derechos en aquellas modalidades que el tenedor de los mismos no explotase y, en concreto, para el abierto cuando el adquirente fuera un operador de televisión de pago.

Además la CNC había publicado en 2008 el Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España. En él podía leerse: *“De constituirse aguas abajo del nivel de adquisición originaria de los derechos un pool de explotación, éste debe cumplir los requisitos necesarios que justifiquen su exención de la prohibición de los arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC. Ello supone que el pool opere como un verdadero intermediario de reventa, con arreglo a principios de objetividad, independencia y no discriminación. Esta exigencia no implica que los operadores que integren ese pool no puedan tener conexiones con operadores aguas abajo, sino que el comportamiento del pool ha de ser económicamente racional en la actividad que le es propia (la reventa), sin privilegiar a operadores audiovisuales aguas abajo. Así, de organizarse la reventa y explotación de los derechos audiovisuales conforme a mecanismos de subasta, la realización de las mismas debe seguir unas pautas que garanticen la transparencia y no discriminación, de acuerdo con mecanismos análogos a los que se han establecido a propósito de la instauración de sistemas de venta centralizada en otras competiciones futbolísticas. En todo caso, resultará necesario establecer un sistema de elección de partidos y de determinación de horarios claro y con carácter previo al inicio del proceso de licitación, en orden a evitar alteraciones ex post del contenido de los derechos que se adquieren. En el supuesto de organizarse la reventa y explotación de los derechos audiovisuales futbolísticos conforme a relaciones bilaterales o plurilaterales, los operadores deben valorar la eventual sujeción de los acuerdos de licencia en exclusiva para una determinada ventana de explotación al Reglamento CE 2790/99 (LCEur 1999, 4030) de restricciones verticales, o la indispensabilidad de la exclusiva «ex» art. 1.3 LDC. A este respecto, el Consejo de la CNC considera que se deben valorar, entre otras posibles circunstancias, el poder de mercado de las partes en cada uno de los mercados afectados, el grado de integración vertical entre las partes, el carácter de nuevo entrante del licenciatario, o que el acuerdo tenga por objeto la comercialización de los derechos audiovisuales de fútbol en una nueva ventana de explotación surgida de la evolución de las tecnologías o de un cambio normativo”.*

La CNC valoró la compatibilidad con la normativa de la competencia del sistema de reventa de derechos. A partir del 1 de mayo de 2010, la actividad de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol venía regulada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. El artículo 21 de esta norma se refería a la compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares y decía textualmente: *“El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia”.* En su apartado segundo, el precepto limitaba la duración de las exclusivas para garantizar que los derechos

salieran periódicamente al mercado y se pudiera pujar por ellos: *“Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización”*.

Las previsiones del Art. 21, dada la generalidad de los términos empleados, podían considerarse referidas a todos los eslabones en los que se adquirirían derechos deportivos, desde la adquisición de los derechos respecto de un determinado club hasta la venta aguas abajo de derechos sobre determinados partidos. En efecto, para la CNC, *“una lectura coherente de la norma llevaba a interpretar que estos principios para la adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares debían regir no sólo en el mercado ascendente de adquisición de derechos de fútbol de los clubes, sino también en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey”*. Respecto del último nivel, el de reventa, añadía el apartado tercero del Art. 21: *“La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia”*.

También respecto del nivel final, disponía el artículo 19, que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tenían el derecho a contratar en exclusiva contenidos audiovisuales para su emisión en abierto o codificado, reservándose la decisión sobre el horario de emisión. Este derecho a la exclusiva se veía limitado a su vez por otros derechos. Así, el derecho de emisión en exclusiva no podía limitar el derecho a la información de los ciudadanos ni privar a una parte sustancial del público residente en otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos calificados de interés general. La potestad para excluir la emisión codificada de acontecimientos de interés general para la sociedad se reservaba al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (Art. 20), pero esa exclusión de la emisión codificada no suponía que no se pudiera pactar la cesión de los derechos en exclusiva a un operador en abierto.

Todo ello llevaba, según la CNC, a considerar que para valorar un sistema de reventa de derechos audiovisuales de retransmisión de competiciones de fútbol era necesario partir de ciertos presupuestos y tener en cuenta ciertos criterios:

- *“Había que partir de la base de que el operador, en este caso, Mediapro que lograrse adquirir los derechos audiovisuales de fútbol tenía derecho a explotarlos temporalmente en régimen de exclusiva para maximizar su valor.*
- *Este derecho encontraba ciertas limitaciones, especialmente cuando se tratase de un operador verticalmente integrado, como era el caso de Mediapro con su presencia en la televisión en abierto (La Sexta). En particular, la manera en la que explotase o revendiera tales derechos no debería llevar a un cierre ni a un falseamiento de la competencia en los mercados aguas abajo.*
- *Lo anterior no implicaba que no pudieran reservarse contenidos y contar con ciertas ventajas competitivas derivadas del hecho de que había obtenido mediante un procedimiento competitivo tales derechos para su explotación durante un período temporal limitado. De hecho, si al operador que se hace con los derechos se le*

obligara a ponerlos automáticamente a disposición de todo el mundo en idénticas condiciones, se erosionaría considerablemente el incentivo a competir por los derechos. Debía operar bajo el principio de libertad de empresa sujeto a la limitación de que no impidiera la competencia aguas abajo de manera significativa.

- *De lo anterior se derivaba que el tenedor de los derechos no venía obligado a revenderlos o, al menos, a revender todos. En el pasado se había seguido el criterio de que el operador con posición de dominio debía poner en el mercado ciertos contenidos que permitieran a los demás competidores disponer de un input relevante para configurar su oferta.*
- *Si se revendían los derechos, la doctrina y el marco normativo establecían que se debían seguir criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios. Pero de ello no se debía deducir que necesariamente se tuviera que proceder a instrumentar un mecanismo de subasta. De hecho, esta conclusión se derivaba explícitamente del Informe del Fútbol. Tampoco que se tuviera que dar acceso a todos los operadores a los mismos contenidos. Razonado en otros términos, si el marco normativo y la doctrina admitían –porque resultaba económicamente racional– que el adquirente de los derechos pudiera explotarlos en exclusiva durante un período, también había de admitirse que los revendiera en exclusiva para su explotación a un tercero, que configurase paquetes distintos para su venta o que los revendiera empaquetados en un canal que explota”.*

En resumidas cuentas, el límite a esta libertad empresarial radicaba en que, con ello, no se generasen riesgos de cierre de mercado ni de falseamiento de la competencia. Dejando al margen otras consideraciones, *Mediapro* se había hecho con un conjunto de derechos audiovisuales de retransmisión de la Liga y Copa de fútbol de manera competitiva, lo cual le confería el derecho a explotarlos libremente durante un cierto período de tiempo. No obstante, esta libertad de empresa se veía sometida a ciertos límites, dada su condición de operador dominante en los mercados de los contenidos deportivos, verticalmente integrado en el mercado de televisión en abierto. En estos mercados, tampoco debía perderse de vista, que constituía un entrante y que, en cuanto tal, podía contribuir a animar el juego de la competencia.

(4) La valoración del acuerdo de puesta en común con Telemadrid

Como señalaba la Dirección de Investigación, podían distinguirse dos tipos de acuerdos, a saber: **(a)** acuerdos de puesta en común de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de clubes de fútbol, y **(b)** acuerdos de reventa de derechos de retransmisión audiovisuales de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol.

Así, la DI examinó el **acuerdo de puesta en común** entre *Mediapro* y *Telemadrid* (a través de *Madrid Deporte Audiovisual, SA*), de fecha 20 de enero de 2010, por el que *Telemadrid* cedía a *Mediapro* los derechos audiovisuales del *Atlético de Madrid* y el *Getafe*, a cambio de disponer de derechos de retransmisión televisiva en abierto de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2014/2015. La Dirección de Investigación consideraba que como consecuencia de lo dispuesto por la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, las adquisiciones originarias de *Telemadrid*+*Caja Madrid* de los derechos de *Atlético de Madrid* y *Getafe* habían visto limitada su duración hasta la temporada 2011/2012. Como consecuencia de ello, la puesta en común detectada de

Mediapro con *Telemadrid* no podía ir más allá de tres temporadas. Entendía por ello la Dirección de Investigación que estos acuerdos no infringían los artículos 1 LDC y 101 TFUE, por beneficiarse de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Mediapro había manifestado que, como consecuencia de la aplicación del artículo 21 de la Ley General de comunicación audiovisual de 2010 (*vid supra*), la validez de los contratos de puesta en común, en la medida que implicaban la adquisición de derechos de competiciones futbolísticas, estaba permitida por cuatro años, en este caso, hasta el 1 de mayo de 2014 (4 años después de la entrada en vigor de la Ley 7/2010), y no hasta el fin de la temporada 2011/2012, como derivaría de la aplicación de la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07.

La Dirección de Investigación rechazó estos argumentos de *Mediapro* porque en su opinión hacían una interpretación incorrecta de lo dispuesto en la Ley 7/2010. Además, como consecuencia de la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, *Mediapro* tenía la obligación, antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2010, de limitar la vigencia de sus contratos de puesta en común de derechos futbolísticos a un máximo de tres temporadas. En todo caso, dicha resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07 declaraba incompatibles con el artículo 101 del TFUE los acuerdos de puesta en común de derechos futbolísticos que superasen las tres temporadas. En la medida en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho comunitario primaba sobre el nacional, tampoco era admisible una interpretación sesgada de la Ley 7/2010 que llevara a la inaplicación del artículo 101 del TFUE a los contratos de adquisición de derechos de competiciones futbolísticas. En cualquier caso, la Dirección de Investigación consideraba que, a los efectos del expediente, las alegaciones de *Mediapro* no afectaban a la validez de la propuesta de sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con los artículos 1 y 101 TFUE.

El Consejo convino con la Dirección de Investigación en que el acuerdo de puesta en común debía analizarse conforme a las conclusiones alcanzadas en la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 (AC 2010, 1380) en el marco del expediente S/0006/07. De ello se derivaba que, conforme a la información disponible, la puesta en común de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de clubes de fútbol de *Mediapro* con *Telemadrid*, así como la cesión de derechos de retransmisión televisiva de *Mediapro* a *Telemadrid*, siempre que se limitasen a las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, como consecuencia de lo dispuesto en el Resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, no resultaba susceptible de infringir los artículos 1 LDC y 101 TFUE, por beneficiarse de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

(5) La valoración de los acuerdos de reventa a las cadenas en abierto en clave de colusión vertical y/o abuso

En definitiva, la compatibilidad del sistema de reventa con la normativa de competencia dependería de qué derechos audiovisuales ponía en el mercado el operador dominante y en qué condiciones lo hacía, porque ambas cuestiones afectaban a la competencia no sólo en el mercado de la reventa, sino también en los mercados descendentes que utilizaban estos derechos como *inputs*:

- ❖ Derechos puestos en el mercado por Mediapro para emisiones en abierto. Como se deducía de los hechos probados en el expediente, *Mediapro* había decidido explotar un

partido de Liga de Primera División y otro de Copa de SM el Rey en abierto y en condiciones no exclusivas. En particular, había firmado acuerdos con diferentes televisiones autonómicas para la cesión de los derechos de emisión en directo y en abierto en distintos ámbitos geográficos de un partido por jornada de Liga de Primera División de Fútbol, que coincidía con el que emitía *La Sexta*, así como de determinados partidos de Segundo División y de Copa de SM el Rey, que también se emitían por *La Sexta*.

Todo ello respondía, como la misma *Mediapro* alegaba, a un modelo de negocio que trataba de rentabilizar los derechos que se había adjudicado dadas las condiciones de la demanda. Pero sea cual fuera la razón que lo motivase, no se podía afirmar que el modelo de explotación, en lo que se refería a los derechos que se habían comercializado, tuviera efectos exclusionarios en el mercado de la televisión ni en abierto ni de pago.

- ❖ **Condiciones de la puesta a disposición.** Al margen de que los derechos puestos en el mercado fueran bastantes, era condición necesaria, aunque no suficiente, que la puesta en el mercado de los derechos que se revendían siguiera criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios.

El enjuiciamiento debía hacerse, como también se avanzó, no sólo a la luz de los preceptos de la LDC (Arts. 1 y 2), sino también de los correlativos del TFUE (Arts. 101 y 102), porque se trataba de comportamientos que podían afectar a todo el mercado español, y, siendo éste una parte sustancial del mercado común, era posible que se produjera una afectación apreciable del comercio comunitario de acuerdo con la doctrina de las autoridades de la competencia europeas [ver por ejemplo *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE* (89/205) (1989) OJ I78/43]. Así había venido sucediendo, por lo demás, en el Asunto IV/36.438 *Audiovisual Sport –AVS I* y en el Asunto COMP/37.652 *AVS II*.

Así podía diferenciarse entre una **valoración en clave de colusión** y una **valoración en clave de abuso**.

- **Valoración en clave de colusión.** Lo primero era determinar hasta qué punto los acuerdos de reventa podían ser constitutivos de infracción de acuerdo con los Arts. 1 LDC y 101 TFUE. Aquí, a su vez podía diferenciarse entre los **acuerdos entre Mediapro y su sección en el mercado descendente La Sexta** y los **acuerdos entre Mediapro y el resto de operadores**.

- **Acuerdos entre Mediapro y La Sexta.** En cuanto a los acuerdos entre *Mediapro* con *La Sexta* para el abierto, en opinión de la Dirección de Investigación, dadas las relaciones de control existentes entre ellos, no cabía la aplicación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE a tales acuerdos. En vista de todo ello, la Dirección de Investigación había propuesto acordar el sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con la posible infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Por su parte la CNC, respecto a la televisión en abierto, destacó que *Mediapro* cedía a *La Sexta* contenidos sin exclusiva o en exclusiva con facultad de cesión a terceros. De hecho, determinadas televisiones autonómicas habían tenido acceso

a los contenidos. Por otra parte, la presencia de *Mediapro* en este mercado a través de *La Sexta*, y las condiciones de competencia en el mismo, tampoco llevaban a concluir que la cesión de esos derechos llevase a un cierre del mercado de la TV en abierto. *La Sexta*, constituía uno de los entrantes más recientes en el mismo, y tenía una cuota relativamente reducida, alrededor del 6,5% de la audiencia según datos de 2010, y en cualquier caso, distante de los operadores líderes, como era el caso de *Tele 5*. El Consejo de la CNC ya había tenido oportunidad de manifestarse en este sentido sobre esta misma cuestión en expedientes anteriores (RCNC de 2 de julio de 2008, S/0016/07 *Mediaproducción/Gestevisión*): “(...) la cesión sólo afectaba a uno de los diez partidos de Primera División de fútbol por jornada. Además *La Sexta* es una cadena que cuenta con una cuota de mercado reducida (en todo caso por debajo del 5%), por lo que no es previsible que dicha cesión de derechos de emisión vaya a tener efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado de la televisión en abierto”. Esta resolución citada era firme.

- **Acuerdos entre Mediapro y el resto de operadores.** *Telecinco*, por su parte, había alegado que la cesión predeterminada de los derechos de emisión de los partidos en abierto de Primera División de la Liga a determinadas televisiones autonómicas había limitado el acceso por otros operadores a esos contenidos en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, lo que había tenido efectos exclusionarios en el mercado de televisión en abierto, al impedir la adjudicación de los mismos derechos a operadores nacionales que quisieran explotarlos en exclusividad. *Telecinco* consideraba que las cesiones de *Mediapro* en favor de la *TV Valenciana* y *TV Cataluña* vulneraban lo dispuesto en la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, y que estas cesiones, junto a la realizada a *Telemadrid*, eran contrarias al artículo 1 de la LDC. Consideraba que no se ha investigado suficientemente la cesión de derechos en abierto.

La DI también se ocupó de los acuerdos de reventa de derechos de retransmisión audiovisuales de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol. Estos acuerdos presentaban características heterogéneas, pero ninguno excedía de tres años ni contenía derechos de adquisición preferente o prórrogas. Además, aunque algunos incluían cláusulas de exclusividad, la misma estaba limitada atendiendo a aspectos como la tecnología de difusión, las franjas horarias o la zona geográfica, por lo que los mismos podían beneficiarse de la exención prevista en los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE. Esta opinión fue compartida por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

Así, la CNC resolvió declarar que la prohibición del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101.1 del TFUE no se aplicaba a los acuerdos de *Mediaproducción*, *SL* con terceros operadores analizados en el expediente de referencia en virtud de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 del TFUE, en lo que se refería a los acuerdos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes.

- **Valoración en clave de abuso.** Y, en cuanto a la compatibilidad de la conducta de *Mediapro* con los Arts. 2 LDC y 102 TFUE, se manifestaba lo siguiente.

Aquí, la cuestión era la valoración que merecía la forma en que *Mediapro* había procedido a poner en el mercado este conjunto de derechos de retransmisión de partidos de fútbol de Liga y de Copa de SM el Rey y los resúmenes de los mismos. Esto es, si las actuaciones desplegadas por *Mediapro* para la comercialización de los derechos, desde su posición de operador dominante, habían respetado los referidos criterios de transparencia, objetividad y no discriminación, o si con ello la competencia se había podido ver obstaculizada.

Como veremos al tratar del mercado de los contenidos, concluyó la CNC que *Mediapro* se había hecho con una posición dominante en el mercado de la reventa de derechos *premium* deportivos, por más que para llegar a la misma hubiera debido afrontar importantes desembolsos. Sólo desde tal posición se explicaba que hubiera podido confeccionar de modo unilateral los paquetes de derechos. Lo anterior dejaba también sentir sus efectos en el mercado de la TV en abierto, en el que funcionaba *La Sexta*, integrada verticalmente con *Mediapro*.

En la formulación de su oferta, se planteaba la posibilidad de que *Mediapro* no se hubiera ajustado a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, entre otras razones, por la configuración de los paquetes ofrecidos, la ausencia de oferta de determinados partidos de Liga de Primera División por jornada, la exclusión de modalidades de explotación, el escaso plazo otorgado para presentar propuestas de adquisición, y la no concreción de los criterios a seguir para seleccionar ofertas. Sobre esto último, la falta de individualización de los precios en cada uno de los paquetes impedía la comparación de los que habían sido efectivamente aplicados a cada operador.

En cuanto a la comercialización para el abierto, *Mediapro* había dado acceso a las televisiones autonómicas a los contenidos que *La Sexta*, a través de quien *Mediapro* estaba presente en ese mercado, explotaba. Ciertamente, los acuerdos de puesta en común que tenía con determinadas televisiones autonómicas, en particular con *TV Cataluña*, *TV Valenciana* y, más adelante, *Telemadrid*, abocaron a esa falta de exclusividad. Exclusividad que, por lo dicho más arriba, de haberse producido, no hubiera sido objetable *per se*, sino en función de sus potenciales efectos en el mercado (RCNC de 2 de julio de 2008, S/0016/07 *Mediaproducción/Gestevisión*).

Sin embargo, *Telecinco* había llegado a ofertar para hacerse con diversos paquetes con derechos de emisión en directo y en abierto de las diferentes competiciones (paquetes 1, 5 y 9; ver más arriba). Pese a ello, estos derechos realmente no salieron al mercado, puesto que permanecieron en manos de *La Sexta*, de los operadores con los que tenía acuerdos de puesta en común y de otros operadores de televisión autonómicos con los que no tenía tales acuerdos, pero que, a lo largo de la temporada 2009/2010, fueron alcanzando con *Mediapro* contratos o acuerdos tácitos para la reventa de derechos de emisión de partidos de Liga de Primera División (*TV Baleares* y *TV Asturias*) o partidos de Segunda División (la mayoría de las televisiones autonómicas), sin que otros operadores de televisión en abierto tuvieran la posibilidad real de acceder o competir por tales contenidos. En opinión de la CNC, esta forma de comercializar los derechos de retransmisión resultaba cuestionable porque era susceptible de distorsionar las condiciones de competencia por los mismos.

El Consejo consideraba que *Mediapro* había infringido el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE. Como se razonaba, determinados aspectos del diseño de la reventa y explotación de los derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey realizado por *Mediapro* no satisfacían los criterios de transparencia, objetividad y no discriminación exigibles a un operador en posición de dominio y que la propia normativa sectorial establecía. Con ello había obstaculizado la competencia en el mercado de reventa de derechos, al discriminar en el acceso de los operadores a los derechos, y en los mercados de la televisión.

Esta conducta constituía una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.b) de la LDC, y era por tanto merecedora de una sanción. Dicho esto, y de acuerdo con los criterios establecidos en el citado artículo 64 de la LDC, había una serie de elementos que se debían tener en cuenta a la hora de fijar dicha sanción.

Primero, que *Mediapro* no tenía una posición de liderazgo en los mercados descendentes de la televisión. En el mercado de la televisión en abierto, la cuota de *La Sexta* rondaría el 6,5% de la audiencia televisiva. Segundo, la falta de acceso en condiciones transparentes y no discriminatorias por parte de terceros operadores a los derechos se había visto compensada por un mayor grado de acceso a los contenidos futbolísticos con respecto al pasado, lo que había limitado el efecto neto de la infracción sobre los consumidores y usuarios.

La aplicación circunstancial de estos criterios conducía a que la sanción a imponer, sin renunciar a su efecto disuasorio, ascendiera a un importe reducido en relación al volumen de negocios de la entidad, importe que el Consejo fijaba en 500.000 euros. Así la CNC terminó por declarar que en el expediente se había acreditado la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007 y por el artículo 102 del TFUE, y por imponer la referida sanción.

h) El mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso de la toma de control de Cuatro por Telecinco (caso Cuatro)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro

La operación de que pasamos a tratar, consistente en la adquisición por *Telecinco* del control exclusivo de *Cuatro* (Expediente C/0230/10), se planteó en paralelo con otra de concentración económica consistente en la toma por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)* (expediente C/0231/10). Los elementos de conexión existentes entre ambos expedientes de concentración llevaron a la acumulación de ambos.

El Consejo de la CNC dictó, con fecha 30 de junio de 2010, resolución en primera fase, en la que acordó iniciar la segunda fase del procedimiento conforme al artículo 57.2.c) de la

LDC, por considerar que las citadas operaciones de concentración podían obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todos o alguno de los mercados considerados.

En octubre de 2010, las diversas partes implicadas en cada uno de los dos expedientes acumulados presentaron sendas propuestas de compromisos con vistas a obtener la autorización de las concentraciones. Tras la presentación de estos compromisos, la DI acordó dejar sin efecto la acumulación, de modo que, tras la investigación conjunta de ambas operaciones, las mismas pudieran ya ser objeto de resolución independiente.

Así, a la vista de tales compromisos, la DI entendió que los mismos podrían ser bastantes para proponer al Consejo de la CNC la autorización bajo condiciones de la concentración *Telecinco/Cuatro*, pero no de la concentración *Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+*, al estimar que los compromisos asumidos no eran suficientes para resolver los problemas que generaba dicha operación de concentración para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados. Esto era así porque la ejecución de esta segunda operación de concentración llevaba a que el comportamiento independiente de *Digital +* desapareciera, dada la vinculación estructural con sus matrices y la de éstas entre sí, al estar estimuladas para llevar a efecto una coordinación estratégica, teniendo en cuenta sus umbrales de participación en el capital social de *Digital +* y la existencia de derechos de veto.

Por ello, el informe de la DI, que constituye nuestro principal material de trabajo, iría referido principalmente a la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, pero sin dejar del todo de lado las posibles repercusiones de esa segunda operación de concentración a que nos hemos referido.

Así pues, la primera operación examinada consistía en la adquisición por *Telecinco* del control exclusivo de *Cuatro*, mediante la compraventa del 100 % de su capital social. Como contraprestación, tras esta operación de concentración, *Prisa*, la vendedora, dispondría del 18,3 % del capital social de *Telecinco* y de dos miembros del Consejo de Administración de esta entidad, sin que lo anterior le confiriera la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la propia *Telecinco*.

En cuanto a la segunda operación de concentración, consistente en la adquisición por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)*, donde se agrupaba casi todo el negocio de televisión de pago de *Sogecable*, que hasta ese momento era al 100 % propiedad de *Prisa*, ese control conjunto se traducía en la atribución a *Telefónica* y *Telecinco* de sendas participaciones del 22 % en dicha sociedad, permaneciendo el 56 % restante en manos de *Prisa*. Asimismo, como consecuencia de los diversos pactos de accionistas firmados, cada una esas compañías dispondría de un derecho de veto sobre decisiones estratégicas de la sociedad controlada. Entre las empresas que se excluían de esta operación de concentración, cabía destacar *Audiovisual Sport, S.L. (AVS)*, que, hasta la temporada 2008/2009, canalizaba la puesta en común de los derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey de fútbol.

La DI analizó hasta qué punto ciertos pactos podían ser considerados restricciones accesorias al amparo de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03).

En el contexto de la operación *Telecinco/Cuatro* se planteaban diversos pactos que podían entrañar restricciones de la competencia, a saber:

- La obligación de *Prisa*, durante un período de tres años a partir de la fecha de cierre de la operación, de no competir en la televisión en abierto, incluso como productor, adquirente o distribuidor de contenidos (con algunas excepciones en estos últimos casos), más allá de su participación en *Telecinco*.
- La obligación de *Prisa*, durante el mismo plazo de tres años, de no captar empleados de *Telecinco* y *Cuatro*, y de no revelar conocimientos de mercado derivados de su participación en *Cuatro*.
- Un contrato por el que una filial de *Telecinco*, *Publiespaña*, sería el agente exclusivo de ventas de espacios publicitarios de *Digital +* mientras *Telecinco* mantuviera una participación de al menos un 20 % en *Digital +*.
- Un contrato por el que *Digital +* podría tomar en arrendamiento dos canales de televisión de pago en Televisión Digital Terrestre de las plataformas operadas, directa o indirectamente, por *Telecinco* para un periodo inicial de tres años, renovables por *Digital +*, siempre que *Prisa* mantuviera una participación de 10 % o más en *Telecinco*. Esta opción debía ejercitarse antes del 31 de octubre de 2010.
- Un contrato por el que *Prisa* tenía la opción de tomar en arrendamiento uno de los canales de televisión de la plataforma de TDT de *Telecinco*, para la difusión en abierto de un canal de televisión de noticias 24 horas, que sería producido por *Prisa*. *Telecinco* actuaría como proveedor preferencial de los servicios de producción o emisión del canal de televisión de noticias. Esta opción debía ejercitarse con anterioridad a la fecha de cierre de la operación.
- Un contrato de prestación de servicios de carácter transitorio entre *Prisa*, *Sogecable*, *Cuatro* y *Digital +*, fundamentalmente servicios conexos para la producción de canales de televisión, por un plazo máximo de 12 meses.

En el marco de la operación de concentración *Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+*, se recogían también diversos acuerdos que podían implicar restricciones a la competencia en los mercados afectados por la operación *Telecinco/Cuatro*, en el caso de que *Telefónica* y *Telecinco* terminaran convirtiéndose en accionistas de control de *Digital +*. Así:

- La obligación de no competencia en la televisión de pago por parte de *Telecinco* (con algunas excepciones en TDT de pago), durante un periodo de tres años desde el 14 de abril de 2010.
- La obligación de *Telecinco* de ofrecer a *Digital +* la cesión en arrendamiento de canales de televisión para TDT de pago, para el caso de que *Telecinco* optara por explotar canales de televisión terrestre de los que era licenciataria en esa modalidad de pago, de modo que, en el caso de que *Digital +* rechazase esta oferta, *Telecinco* podría explotar los canales de televisión de TDT de pago por su cuenta.
- Obligación mutua entre *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco*, por la que los accionistas se convertirían en prestadores preferentes de servicios que demandase *Digital +*. Esta obligación englobaría a algunos de los contratos de prestación de servicios

anteriormente mencionados en el marco de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*.

Para la DI sólo el contrato de prestación de servicios de carácter transitorio entre *Prisa*, *Sogecable*, *Cuatro* y *Digital +*, por un plazo máximo de 12 meses, en la medida que tenía un carácter transitorio y era el único acuerdo que permitía directamente la preservación del valor preexistente de *Cuatro*, mientras se instrumentaba la separación de la misma de *Sogecable*, podía ser considerado restricción accesorio. Todos los demás debían quedar sometidos al régimen común de los acuerdos entre empresas. Con independencia de lo anterior, para la DI, todos los acuerdos reforzaban los efectos negativos sobre el juego de la competencia de la concentración *Telecinco/Cuatro*, con independencia de su consideración o no como restricciones accesorias, y por tal motivo debían ser objeto de valoración en el contexto de la operación.

Finalmente, en cuanto a las partes de la operación de concentración, éstas eran:

- **Gestevisión Telecinco S.A. (Telecinco)**. *Telecinco* era una empresa que cotizaba en bolsa, cabecera de un grupo de entidades dependientes que constituían el *Grupo Telecinco*, cuyas principales áreas de actividad incluían televisión en abierto, publicidad, explotación de contenidos audiovisuales, producción y distribución de productos audiovisuales, agencia de noticias y actividades de televenta. *Telecinco* estaba controlada por *Mediaset*, sociedad que cotizaba en la bolsa de Milán y que, a su vez, estaba controlada en última instancia por *Fininvest*, sociedad holding del *Grupo Fininvest*, con intereses en el sector audiovisual, editorial y servicios financieros.
- **Sociedad General de Televisión Cuatro, S.L. (Cuatro)**. *Cuatro* agrupaba el negocio de televisión en abierto de *Prisa*, siendo titular de la licencia de un múltiple de TDT nacional, y la mayor parte de su negocio de publicidad en televisión. Además de otras entidades, *Cuatro* sería propietaria de *Compañía Independiente de Noticias TV, S.L. (CIN TV)*, dedicada a la producción y comercialización de *CNN +*, siendo esta empresa inicialmente propiedad, al 50 %, de *Sogecable* y *Turner*. No obstante, *Sogecable* había adquirido el 50 % restante de *CIN TV* durante la tramitación del expediente, para así traspasar la empresa al 100% a *Cuatro*.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Cuatro

La DI hizo este análisis diferenciando la estructura de la oferta de la de la demanda:

- ❖ **Estructura de la oferta**. La oferta en este mercado estaba constituida por los canales de televisión ofrecidos por los operadores de televisión en abierto, que eran fundamentalmente los difundidos a través de la tecnología TDT. El número de operadores de TDT en este mercado estaba limitado legalmente, por ser necesaria una licencia para utilizar el espectro radioeléctrico y, por tanto, poder realizar la difusión de los canales de televisión mediante el uso de ondas hertzianas. Además, estos operadores estaban sujetos al cumplimiento de una serie de obligaciones legales de cobertura de la población española del 96 % - 98 %, según el tipo de operador.

Debía también apuntarse, como limitación adicional, la derivada del Art. 36 de la LGCA que, tras prever que *“las personas físicas y jurídicas podían ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivas”*, introducía la limitación de que *“ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal”*: (i) *“cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición”*; (ii) *“cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiplex”*; (iii) *“cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos, tres prestadores privados distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal, asegurándose el respeto al pluralismo informativo”*.

Se subrayaban los cambios operados en el sector como consecuencia de la digitalización, que había supuesto la multiplicación de canales y la ampliación de la oferta. El nuevo marco legal del sector había permitido a cada uno de los operadores privados de ámbito nacional emitir, cada uno de ellos, hasta cuatro canales de televisión de calidad estándar y explotar la capacidad equivalente a un múltiple completo.

Además se hacía referencia al periodo transitorio, abierto tras el apagón analógico de 2010, regulado en el Real Decreto 365/2010, en el se llevaría a cabo la reorganización de los múltiples (MUX) de TDT, durante el cual además se asignaría capacidad adicional de transmisión en la prestación de servicios de TDT. En lo concerniente a los difusores de ámbito nacional el proceso constaba de dos fases:

- **Fase 1.** Con carácter transitorio, cada una de las sociedades concesionarias del servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal, accedería a la capacidad equivalente de un múltiple digital de cobertura estatal. Para ello, se planificarían tres nuevos múltiples digitales con esta cobertura, planificación que estaría basada en los canales radioeléctricos que conformaban los canales de televisión analógicos que, hasta ese momento, habían explotado *Antena 3*, *Telecinco* y *Sogecable*.

Durante esta fase, necesariamente, la capacidad de los múltiples digitales de cobertura estatal, tanto de los ya existentes como de los nuevos, debería ser objeto de explotación compartida por las sociedades concesionarias, de manera que existiera equidad entre todas ellas durante el proceso.

La fase 1 se dividía en dos etapas:

- **Etapa 1.** Durante esta etapa, las sociedades concesionarias del servicio público de TDT mantendrían la capacidad de explotación de los MUX asociados a los canales radioeléctricos 66 a 69 como la tenían en ese momento y, cada una de ellas, accedería a la explotación de dos canales de TDT en uno de los tres nuevos MUX que se planificarían.

- **Etapa 2.** En esta etapa, esas sociedades concesionarias dejarían de explotar la capacidad del MUX asociado al canal radioeléctrico 66 y compartirían, a razón de dos canales de TDT cada una de ellas, los restantes MUX asociados a los canales radioeléctricos 67 a 69. Además continuarán explotando la capacidad de los tres nuevos MUX que se les habían asignado, de forma transitoria y compartida, en la etapa anterior.

Si bien, el Real Decreto 365/2010 preveía que *“por resolución de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones podrá establecerse la utilización transitoria del múltiple digital asociado al canal radioeléctrico 66, con el objetivo de evitar pérdidas de cobertura de canales digitales de televisión que hasta ese momento reciben los usuarios”*.

Durante la primera fase, *Antena 3*, *Telecinco* y *Sogecable* explotarían, cada una de ellas, la capacidad de cinco canales de TDT, tres en los MUX asociados a los canales radioeléctricos 67-69 y dos en uno de los tres nuevos MUX que se creasen en esa fase. Durante esa misma fase, *Veó*, *Net* y *La Sexta* explotarían, cada una de ellas, la capacidad de cuatro canales de TDT, dos en los MUX asociados a los canales radioeléctricos 67-69 y dos en uno de los tres nuevos MUX que se creasen en esa fase.

La asignación de los múltiples en la primera fase había tenido lugar el 2 de agosto de 2010. Según la misma, compartían múltiple *Cuatro* con *La Sexta*, *Telecinco* con *Net* y *Antena 3* con *Veó*, habiendo accedido cada uno de ellos a la explotación de cuatro canales de TDT.

- **Fase 2.** En esta fase se planificarían nuevos múltiples digitales y se establecerían ajustes en los múltiples digitales asignados en la fase anterior, con el objetivo de que antes del 1 de enero de 2015 la sub-banda de frecuencias de 790 a 862 MHz (canales radioeléctricos 61 a 69) pudiera quedar reservada para otros usos y servicios.

Durante la fase 2, las seis cadenas privadas nacionales de TDT mencionadas más arriba explotarían cuatro canales de TDT, repartidos por pares entre los seis nuevos múltiples que habría creados para entonces. Durante un tiempo emitirían en *simulcast* con los canales de televisión que antes se encontraban en los canales radioeléctricos 67-69. Sólo al final de esta etapa, cada una de ellas disfrutaría de la explotación en exclusiva de un MUX completo.

Por tanto, sólo una vez concluida esta fase, finalizaba la explotación compartida de la capacidad de los múltiples por parte de las sociedades concesionarias. Es decir, la regulación preveía que, sólo a partir de enero de 2015 (asignación definitiva), los titulares de licencias de prestación de servicio de TDT podían acceder a la explotación en exclusiva de un MUX completo.

Como resultado de este proceso transitorio de asignación, *RTVE* accedería a dos múltiples digitales de cobertura estatal para su explotación en régimen de gestión directa. Dichos múltiples estarían disponibles para *RTVE* desde la etapa 1 de la fase 1. Asimismo se reservaban a cada una de las Comunidades Autónomas dos múltiples digitales de cobertura autonómica.

Los nuevos múltiples digitales emitirían en frecuencia múltiple (MFN), lo que, en la práctica, permitiría desconexiones territoriales, algo que, en ese momento, sólo era posible para los MUX que tenían asignados RTVE y los canales de televisión autonómicos, pues los canales radioeléctricos iniciales 66-69 emitían en frecuencia única (SFN).

Así, hasta el momento de emitirse el informe de la DI, los principales oferentes en este mercado habían sido: (1.º) los titulares de licencias para operar en el nivel autonómico en abierto y en TDT, tanto públicos (existían catorce cadenas públicas de televisión de ámbito autonómico) como privados; (2.º) los titulares de licencias para operar en el nivel local en abierto y en TDT, tanto públicos como privados; (3.º) *RTVE* que disponía de 5 canales de TDT (un múltiple completo -el 61-, y un canal de TDT en el múltiple 66); (4.º) los titulares de licencias para operar en el nivel nacional en abierto y en TDT: *Antena 3* (3), *Telecinco* (3), *Cuatro* (3), *La Sexta* (2), *Net* (2) y *Veó* (2). Los canales de TDT de *RTVE* y de estos seis titulares de licencias de TDT sumaban 20 canales (sin incluir los de televenta), de los que 18 se difundían en abierto y dos en pago.

Una vez concluido el proceso de asignación, los principales oferentes en este mercado serían: (1.º) los titulares de licencias para operar en el nivel autonómico en abierto y en TDT, tanto públicos como privados; (2.º) los titulares de licencias para operar en el nivel local en abierto y en TDT, tanto públicos como privados; (3.º) *RTVE* que dispondría de 8 canales de TDT, comprendidos en dos MUX; (4.º) los titulares de licencias para operar en el nivel nacional en abierto y en TDT: *Antena 3* (4), *Telecinco* (4), *Cuatro* (4), *La Sexta* (4), *Net* (4) y *Veó* (4). Los canales de TDT de *RTVE* y de los seis titulares de licencias de TDT sumaban hasta 32 canales que se podrían difundir en abierto.

A partir de mayo de 2010, con la entrada en vigor de la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual, las empresas titulares de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisiva de TDT podían prestar el mismo en la modalidad de pago, mediante acceso condicional, con el límite del 50 % de la capacidad concedida a cada licencia. Esto es, los concesionarios de ámbito estatal podrían ofrecer en acceso condicional como máximo dos canales de TDT del MUX.

Tanto *Telecinco* como *Antena 3* habían ocupado su capacidad ampliada con canales de televisión propios (*Boing*, dirigido al público infantil, en el caso de *Telecinco*, y *Antena Nitro*, dirigido al público masculino, con series y películas de acción, en el caso de *Antena 3*). Por su parte, *Veó* había ocupado su mayor capacidad con un canal de televisión de deportes en abierto, *Marca TV*, producido conjuntamente con *Mediapro*, y preveía asignar capacidad a otro canal de televisión, *13-TV*, editado por terceros. *La Sexta*, por su parte, había anunciado que lanzaría un nuevo canal de televisión de pago -canal, por tanto, pendiente de lanzamiento en el momento de plantearse la operación - y había lanzado un nuevo canal de televisión propio en abierto. Asimismo, *Net* emitía en el múltiple nacional un canal de televisión propio, *La 10*, que ya se emitía a escala autonómica, y había cedido en alquiler a *MTV* la capacidad para emitir un canal de televisión adicional. Por su parte, *Cuatro* había lanzado un canal de TDT de pago, *Canal+2*.

La prestación de algunos de los servicios de televisión tecnológicamente más avanzados exigía disponer de amplia capacidad de emisión en el espectro radioeléctrico. En concreto, la prestación de servicios como los de muy alta definición o 3D exigía, en principio, disponer de más de medio MUX completo, aunque esto podía cambiar como consecuencia del proceso de mejora en los sistemas de codificación y compresión de señales. Ninguna de las sociedades titulares de licencias del servicio de TDT en abierto podría explotar en exclusiva más de medio múltiple hasta el 1 de enero de 2015.

El Real Decreto 691/2010, de 20 de mayo, por el que se regulaba la TDT en alta definición establecía que *“las entidades a las que se les asigne la explotación íntegra de un múltiple digital podrán emitir canales digitales en alta definición [...]. En el supuesto en el que la explotación de múltiple digital no corresponda íntegramente a una entidad, sino que sea compartida entre varias, cualquiera de ellas podrá emitir canales de TDT en alta definición, siempre y cuando exista acuerdo entre todas las entidades que compartan el múltiple [...]”*.

Es decir, a menos que las sociedades que compartían MUX entre ellas llegasen a algún acuerdo, ninguna podría ofrecer servicios de televisión que pudieran requerir anchos de banda superiores a la capacidad de medio múltiple tales como *full* HD o 3D hasta esa fecha de 2015 (salvo que el progreso técnico redujera esas necesidades de espectro).

- ❖ **Estructura de la demanda.** La demanda la conformaban los espectadores que demandaban contenidos atractivos y variados pero no realizaban pago alguno, a cambio de recibir publicidad dentro de la programación del canal de televisión.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores (televisión en abierto) en el caso Cuatro

En el pliego de concreción de hechos de 6 de agosto de 2010 se llegaron a identificar por la DI los riesgos de obstaculización significativa para el juego de la competencia en varios mercados de referencia, entre los que se situaba el de la TV en abierto, derivados de las operaciones de concentración *Telecinco/Cuatro* y *Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+*, las cuales eran objeto de examen conjunto.

Podían destacarse como aspectos a tratar los siguientes: **riesgos para el juego de la competencia derivados de la concentración en sí**; los **riesgos para ese mismo juego de la competencia derivados de los pactos asociados a la concentración**, la **valoración de las eficiencias** y **valoración de los compromisos propuestos**:

- ❖ **Riesgos para el juego de la competencia derivados de la concentración en sí.** Partiendo de que, con fecha 20 de octubre de 2010, se procedió a dejar sin efecto la acumulación de los expedientes relativos a ambas operaciones, se analizaban de forma pormenorizada los problemas para la competencia efectiva detectados por la DI derivados de la adquisición por *Telecinco* del control exclusivo de *Cuatro*, teniendo en cuenta que los mismos podían verse acompañados de los posibles riesgos para la competencia que se fueran a derivar de la presencia de *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* en

el accionariado de *Digital +*, en aquellos mercados en los cuales fuera a participar la nueva *Telecinco* como oferente o demandante.

La operación de concentración *Telecinco/Cuatro* suponía la unión de dos de los principales operadores de televisión en abierto en España. En su informe, la SETSI, que hacía las veces de Consejo Audiovisual, al no haberse éste constituido, llamaba la atención sobre el hecho de que, en su caso, una vez fuera autorizada la operación de concentración por la CNC, sería necesario comprobar el cumplimiento del límite del 27 % de audiencia contemplado en la Ley 7/2010 de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en su artículo 36 (ver más arriba). Tras el segundo trimestre de 2010, según datos de *Kantar Media*, la audiencia conjunta del grupo *Telecinco* y *Cuatro* fue de un 25,9 %, frente a un 15,3 % del *Grupo Antena 3* y un 24,1 % de *TVE*, sus principales competidores. De esta forma, tras la operación, la entidad resultante se convertiría en el operador más visto del mercado.

En el caso *Cuatro*, la evaluación post-concentración del mercado de la TV en abierto derivaba de la realizada a propósito del mercado de la publicidad y de los contenidos. Lo anterior permitía hacer una remisión a lo dicho al respecto en estos mercados, dejando aquí sólo apuntadas las ideas esenciales:

- **Efectos verticales en relación con el mercado de los contenidos.** Los contenidos resultaban un insumo esencial para operar en el mercado descendente de la TV en abierto. Si bien esto era especialmente cierto en el caso del mercado de la TV de pago, no dejaba tampoco de serlo en el de la TV en abierto, en el que disponer de contenidos fidelizadores, como series o concursos, podía ser una baza importante que jugar para permanecer rentablemente en el mercado. La operación *Telecinco/Cuatro* producía efectos verticales, derivados del reforzamiento de la posición de *Telecinco*, como adquirente de contenidos audiovisuales en España, al adquirir *Cuatro* (ambos representaban 8 de los 32 canales de TDT que existirían a partir de 2015), lo que afectaba al mercado de los telespectadores, al no poder dotarse otros operadores de contenidos en unas condiciones similares con vistas a permanecer en el mercado. Estos efectos llegarían a ser todavía mucho más preocupantes si *Telecinco* pasara a ser accionista de control de *Digital +* junto con *Telefónica* y *Prisa*, puesto que las posibles estrategias de compra y explotación conjunta de contenidos audiovisuales por parte de *Telecinco* y sus socios, sencillamente, no serían replicables.
- **Otros efectos verticales.** De igual modo, estos efectos verticales afectaban a la dinámica competitiva en el mercado de televisión en abierto, en lo que se refiere a la **gestión de los múltiples de TDT** y al **alquiler de capacidad de emisión**.
 - **Gestión de los múltiples de TDT.** En relación con la primera cuestión, se debía tener presente que durante el periodo transitorio para la reorganización de los múltiples de TDT (ver más arriba), se había previsto que las televisiones privadas de ámbito nacional compartieran el uso de los múltiples, sin poder acceder a un múltiple completo para su gestión exclusiva hasta el año 2015. Si bien con la reorganización de los múltiples de TDT anunciada por el Ministerio de Industria el 2 de agosto de 2010, *Telecinco* y *Cuatro*, en principio, no iban a compartir múltiples de TDT en ese periodo transitorio, la fortaleza negociadora de *Telecinco/Cuatro*, que derivaba de estos efectos

verticales, podía forzar a *La Sexta* (que compartía múltiple con *Cuatro*) o a *Net* (que compartía con *Telecinco*) a llegar a un acuerdo desigual con *Telecinco/Cuatro*, que habilitase a este último operador para lanzar, en exclusiva, durante el periodo transitorio entre operadores privados, canales de televisión en abierto en alta definición o en 3D, lo que le otorgaría una ventaja significativa en el mercado de televisión en abierto, que repercutiría directamente en el de publicidad.

- **Alquiler de la capacidad de emisión.** En relación con la segunda cuestión, la fuerte presencia de *Telecinco*, *Cuatro*, *Prisa*, *Telefónica* y *Digital+* en la adquisición de contenidos audiovisuales y en la edición de canales *Premium* atractivos, unida al elevado número de canales de TDT existente, cuya rentabilización podía ser difícil para los titulares de licencias de TDT más pequeños, podía llevar a que dichos operadores de TDT más pequeños acabasen alquilando uno o varios de sus canales de TDT a *Telecinco/Cuatro*. En este caso, la cuota de audiencia y la capacidad de generar ingresos publicitarios de *Telecinco* aumentaría, debilitando la posición competitiva de terceros operadores.

Los efectos verticales en contenidos, unidos a los efectos horizontales que se producían en el mercado de la publicidad televisiva, generarían muchas dificultades para competir a las cadenas de televisión más pequeñas o recién llegadas al mercado, hasta el punto de que la estrategia de supervivencia de estos licenciarios tuviera que pasar, necesariamente, por agrupar su oferta publicitaria con las grandes cadenas (como ya sucedía), lo cual restringía directamente la competencia, o por alquilar sus capacidad de emisión de canales de televisión a terceros (con publicidad incluida), desapareciendo en la práctica de este mercado de publicidad televisiva.

- **Efectos horizontales en relación con el mercado de la publicidad.** Por otra parte, la disponibilidad de contenidos atractivos era lo que permitía captar mayores audiencias y, por ende, mayores ingresos por publicidad, merced a los cuales poder adquirir o producir contenidos con los que garantizar los niveles de audiencia y la supervivencia en el mercado de los telespectadores. La operación *Telecinco/Cuatro* producía efectos horizontales en el mercado de la publicidad televisada, en el que ambas dejarían de actuar como competidores independientes. Se advertía, además, de lo improbable de que pudieran llegar a registrarse casos de crecimientos en audiencia equivalentes a los que habían tenido en el pasado *La Sexta* y *Cuatro*, dado el mayor número de canales de TDT existentes, la fragmentación de la audiencia y el elevado volumen de publicidad gestionado por los dos primeros operadores tras la operación de concentración, *Telecinco* y *Antena 3*. Antes bien, la diferencia en términos relativos entre el peso de la audiencia cuya publicidad gestionaban los dos primeros operadores (*Telecinco* y *Antena 3*) y el de la audiencia cuya publicidad gestionaban sus competidores se estaba acrecentando, lo que reforzaba el poder de mercado de *Telecinco* y *Antena 3* en el mercado de publicidad en televisión.

Así, los nuevos canales de TDT en abierto se veían obligados a especializarse en segmentos de audiencia muy concretos. En todo caso, parecía poco probable que el grado de competencia que fueran a introducir los nuevos canales de TDT en

abierto fuera a ser mayor que el que, en su momento, introdujeron *La Sexta* y *Cuatro*, o que fuera lo suficientemente significativo como para compensar los efectos de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* sobre la competencia efectiva.

- ❖ **Riesgos para ese mismo juego de la competencia derivados de los pactos asociados a la concentración.** Además, en el caso de ejecutarse ambas operaciones de concentración, al reforzar las vinculaciones estructurales entre esos operadores, los distintos acuerdos cooperativos firmados, en el marco de las operaciones de concentración, por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco*, los cuales, como vimos más arriba, no conformaban restricciones accesorias, contribuían a reforzar el incentivo y la capacidad para la coordinación de estrategias competitivas de esas entidades en los distintos mercados del sector audiovisual en España, mediante el reparto de tareas o la reserva de espacios de actuación y la creación de unos espacios de colaboración, normalmente a través de acuerdos de prestación preferente de servicios.

Para empezar, los acuerdos de toma en arrendamiento por *Prisa* y *Digital* + de canales de TDT gestionados por *Telecinco*, unidos a la prestación preferente por parte de la misma *Telecinco* de servicios de producción del canal de televisión de noticias de *Prisa*, alejaban la posibilidad de que *Prisa* o *Digital*+ implementasen actuaciones que perjudicasen a *Telecinco* en los mercados de televisión en abierto. Los otros pactos de no competencia, no captación y confidencialidad (v. *supra*) también incidían en la competencia en los mercados de televisión en abierto.

- ❖ **Valoración de las eficiencias.** *Telecinco* había alegado que la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* daría lugar a una serie de eficiencias, entre las cuales, en lo que ahora toca, cabría situar la de que los telespectadores pudieran llegar a beneficiarse de una variada oferta televisiva, en parte, como consecuencia del ahorro de costes derivado de la operación, especialmente en un contexto, como el que se planteaba, en el que la competencia entre cadenas de televisión por la audiencia era creciente y existía una situación de contracción y crisis del mercado.

La valoración, en lo que se refería al mercado de la audiencia o los telespectadores de estas eficiencias invocadas por *Telecinco* fue la siguiente. La DI consideró, en aplicación de los criterios expuestos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe C-94/05 GAS NATURAL/ENDESA, que habían sido posteriormente ratificados por el Consejo de la CNC, que dichas eficiencias alegadas no eran significativas, ni compensaban los efectos restrictivos de la competencia derivados de las operaciones de concentración notificadas.

En este sentido, había otras vías alternativas para incrementar la calidad de la gestión de la publicidad de *Cuatro*, y ello, en cualquier caso, aún cuando no se hubiera acreditado la supuesta peor calidad de la gestión publicitaria de *Cuatro* en comparación con *Telecinco*. El recurso a esas otras vías podía permitir también ahorros en la gestión de publicidad que hicieran posible obtener esas supuestas mejoras de programación. Además, sólo se habían incorporado estimaciones genéricas de los analistas, pero las mismas no individualizaban esos pretendidos ahorros. Por otra parte, esa supuesta mayor variedad de la oferta televisiva, convenía destacar que no derivaba de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, sino de la ampliación del número de canales de TDT decidida por el legislador.

Así, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas y, en concreto, la estructura de mercado resultante y las barreras a la entrada existentes, la DI estimó que la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, sin la aplicación de compromisos o condiciones, generaba riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados, entre los que se encontraba el de la TV en abierto, efectos que se agravarían en el caso de que *Telecinco* pasase a ser accionista de control de *Digital +*, y coincidiera en el accionariado de esta entidad con *Prisa* y *Telefónica*.

- ❖ **Valoración de los compromisos.** De nuevo, era importante poner de manifiesto que algunos de los potenciales efectos restrictivos sobre la competencia identificados, derivados de la operación *Telecinco/Cuatro*, se producirían o agravarían si *Telecinco* finalmente pasase a disponer de una participación de control en el capital social de *Digital+*, o si coincidiese con *Prisa* y *Telefónica* en el accionariado de *Digital +*. Por ello, si bien dichos problemas de competencia serían contemplados y abordados por sus correspondientes compromisos, los mismos quedaban, como es lógico, condicionados a que *Telecinco* fuera accionista de control de *Digital +* o a que coincidiera con *Prisa* y *Telefónica* en el accionariado de *Digital +*.

Pero, en todo caso, convenía también tener presente que dichos compromisos se analizaban exclusivamente de cara a resolver los problemas de competencia que generaba la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, que era el objeto de análisis. Por ello, en ningún momento se valoraban dichos compromisos con vistas a resolver los problemas de competencia que generaba específicamente la operación de concentración *Prisa/Telefónica/Telecinco/ Digital+*, los cuales eran objeto de un análisis específico en el expediente C/0231/10. En este último expediente, como dijimos, los compromisos propuestos no fueron aceptados por la DI, a diferencia de lo sucedido con el expediente C/0230/10, en que sí lo fueron, como inmediatamente pasaremos a ver.

La LDC atribuía a la DI la competencia para valorar los remedios propuestos y al Consejo de la CNC la competencia para resolver sobre los mismos, preservando la posibilidad de que la CNC estableciera condiciones, si se consideraba que los compromisos presentados no eran adecuados para resolver los problemas de competencia detectados. Este modelo permitía conjugar la salvaguarda de las condiciones de competencia en el mercado con el máximo respeto a los principios de proporcionalidad y mínima intervención por parte de la autoridad a la hora de condicionar las operaciones de concentración:

- ***Primera ronda de compromisos.*** *Telecinco* había presentado una primera propuesta de compromisos el 24 de septiembre de 2010, la cual la DI estimó insuficiente para resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados que generaba la operación *Telecinco/Cuatro*, en la medida en que no eliminaban enteramente los problemas de competencia, no eran completos ni efectivos y su duración era excesivamente corta.

En esta primera ronda de compromisos, los terceros habían pedido, alternativamente a la prohibición, la adopción de remedios estructurales, concretamente, de cesión de capacidad de emisión de canales de televisión y

contenidos, para equilibrar la reducción de la competencia generada por la concentración en el mercado de la televisión en abierto.

La DI estimó al respecto que, teniendo en cuenta las características de la operación y de los mercados de televisión en abierto, donde era muy difícil disociar los contenidos de la oferta publicitaria de un determinado canal de televisión en abierto, los remedios estructurales propuestos equivaldrían *de facto* a una prohibición de la operación, dado que un canal de televisión como *Cuatro* no tenía valor sin sus contenidos.

El hecho de que *Telecinco* surtiera de contenidos al cesionario de la capacidad de emisión del canal sería un remedio inadecuado, en la medida en que el cesionario sería totalmente dependiente de los contenidos que le suministrase *Telecinco*, quien, a su vez, vería totalmente distorsionada su capacidad competitiva, dado que estaría obligado a proveer con contenidos a un competidor suyo. Este competidor difícilmente tendría capacidad para conformar una presión competitiva significativa sobre *Telecinco* en el mercado de la TV en abierto, pues no tendría capacidad para conformar de forma independiente su oferta de contenidos dirigidos a captar a una audiencia.

En este sentido, se subrayaba que los problemas de competencia derivados de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* no derivaban tanto de la falta de pluralidad en la oferta televisiva, pues existían otras alternativas en el mercado, como del hecho de que la audiencia de los canales de televisión, cuya publicidad era gestionada por *Telecinco* tras la operación de concentración, fuera lo suficientemente elevada como para que, si *Telecinco* implementase políticas de comercialización conjunta de la publicidad de todos estos canales de televisión, dicha publicidad se convirtiera en imprescindible para los anunciantes.

Por estos motivos, resultaba desproporcionado un remedio estructural que obligase a *Telecinco* a ceder capacidad de emisión de canales de televisión y de contenidos a un tercero, pues sería un remedio poco adecuado para la resolución del problema de competencia planteado. Adicionalmente, se trataría de un compromiso de difícil vigilancia para la autoridad de competencia, en la medida en que tendría que supervisar de forma continua el trasvase de contenidos entre *Telecinco* y el canal de televisión del cesionario.

➤ ***Segunda ronda de compromisos.*** *Telecinco* presentó con fecha 19 de octubre de 2010 una nueva propuesta de compromisos para la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*. En esta propuesta de compromisos, *Telecinco* había presentado asimismo determinados compromisos ligados a su condición de accionista de control de *Digital +*, los cuales se pasaban a valorar:

- **Primer bloque de compromisos.** Un primer bloque de compromisos iba referido al mercado de la publicidad, que será donde los analicemos, los cuales, al ser considerados suficientes por la DI, podían incidir favorablemente en el mercado de los telespectadores, como consecuencia de la interrelación que se viene mencionando entre este mercado y el de la publicidad: mayores ingresos por publicidad – mayores posibilidades de adquirir contenidos – mayores audiencias.

- **Tercer bloque de compromisos.** Por otra parte, *Telecinco* había presentado un tercer bloque de compromisos dirigidos a compensar los efectos verticales derivados del refuerzo de la entidad resultante como demandante de contenidos audiovisuales. También estos, como veremos en su lugar, fueron considerados suficientes por la DI, con los consiguientes efectos favorables en el mercado de la TV en abierto, para el que eran insumos esenciales.
- **Segundo bloque de compromisos.** Existía un segundo bloque de compromisos que servían para limitar el refuerzo de la entidad resultante en el mercado de la televisión en abierto, lo que de forma indirecta también servía para garantizar la competencia en el mercado de publicidad televisiva.

Así, en el noveno compromiso, *Telecinco* se comprometía a no ampliar su oferta de canales de TDT mediante el arrendamiento de la capacidad de emisión correspondiente a licencias de otros múltiples de titularidad de terceros operadores de TDT. Adicionalmente, *Telecinco* se comprometía en el undécimo compromiso a no bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión que pudieran querer lanzar sus competidores, *Net* y *La Sexta*, con los que la entidad resultante compartiría múltiples de TDT hasta 2015. Para la DI, estos compromisos servían para garantizar que *Telecinco* no utilizase su posición resultante en la publicidad televisiva o en la adquisición de contenidos para limitar el desarrollo de los canales de TDT en abierto alternativos.

Por último, la DI estimó que resultaba adecuado establecer una duración inicial de los compromisos de tres años, prorrogable por otros dos si no se modificaran las circunstancias de mercado que habían hecho necesarios los mismos. De esta manera, los compromisos tenían una duración máxima de cinco años, que se ajustaba a la duración de los remedios establecidos en otros precedentes nacionales y comunitarios en el sector audiovisual y, a la vez, esta duración tenía en cuenta el dinamismo del mercado de televisión en abierto en España.

A la vista de lo anterior, cabía concluir que el conjunto de los compromisos presentados por *Telecinco* el 19 de octubre de 2010 resultaba, en opinión de la DI, suficiente y proporcionado para compensar los problemas de obstaculización de la competencia efectiva derivados de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*.

La anterior propuesta de la CNC fue confirmada por resolución del Consejo de la CNC.

g) Barreras a la entrada en el mercado de la audiencia, de los telespectadores o de la difusión de televisión

i) Consideraciones generales sobre las clases de barreras de entrada

Procede hacer aquí unas reflexiones previas sobre el concepto de barreras de entrada y sus clases que nos ayudarán a comprender las existentes en cada uno de los mercados previamente delimitados.

El concepto de barrera de entrada es crucial en el ámbito del Derecho *antitrust*. Vista desde otra óptica, una barrera de entrada puede ser también entendida como una barrera de salida: p.e., una fuerte inversión económica necesaria para operar en el mercado (barrera económica de entrada) será, también y por lógica, una barrera de salida, toda vez que la empresa que ha acometido esa inversión carecerá de incentivo para abandonar el mercado hasta, al menos, haberla rentabilizado.

Al margen de otras definiciones más detalladas, se trata, como dice Santana (Op. Cit.), de *“el conjunto de obstáculos o impedimentos que encuentren las empresas en su acceso o salida del mercado”*; o en parecido sentido Pellisé (Op. Cit.; Pág. 274): *“son obstáculos que sitúan a las nuevas empresas que desean entrar en una industria en una desventaja competitiva importante con relación a las empresas ya existentes en la industria”*.

Puede tenerse por ya clásica la definición contenida en relación con la producción y distribución de plátanos en la STJCE en el asunto *“United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión”*, de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, Rec., 1978, p. 207, a tenor de la cual dichas barreras son las que *“[...] resultan de la competencia sobre todo las inversiones excepcionalmente importantes que exigen la creación y explotación de plantaneros, de la necesidad de multiplicar las fuentes de aprovisionamiento para evitar las consecuencias de las enfermedades de las frutas y de las intemperies —huracanes, inundaciones—, del establecimiento de una logística apremiante que la distribución de una normativa muy perecedera necesita, de las economías de dimensión de las cuales el recién llegado sobre el mercado no puede beneficiarse inmediatamente y de los costes absolutos de entrada que constituyen sobre todo, todos los gastos fijos de penetración en un mercado, tales como la implantación de una red comercial adecuada, el monto de las campañas publicitarias de gran envergadura, y todos los riesgos financieros [...]”*.

Así, las barreras de entrada, como dice el mismo Santana, pueden obedecer a múltiples razones: *“múltiples pueden ser las razones que motiven la existencia de dichas barreras como el control de las fuentes de aprovisionamiento, tanto de materias primas como de los productos o servicios, de los canales de distribución, la configuración morfológica de dicho mercado, las diferencias en los parámetros estándar, la necesidad de autorizaciones administrativas o legales, la existencia de economías de escala y experiencia, los excesos de capacidad instalados, las preferencias de los consumidores y el comportamiento de los competidores, reales o potenciales, entre otros”*.

P.e., en la Sentencia *Michelin* de 9 de noviembre de 1983, el TJCE identificó barreras de entrada derivadas de la posición de *Michelin* *“poco vulnerable a la competencia”*, a causa de que para una empresa de transporte por carretera era difícil en la práctica la decisión de

cambiar la marca de neumáticos para sus camiones, ya que se necesitaba un tiempo considerable para comprobar que los de una marca eran más rentables que los de otra; es decir, que identificó como barrera de entrada un virtual obstáculo inherente al propio funcionamiento del mercado. Y más allá, incluso, de lo anterior, en otra decisión clásica (*Nestlé/Perrier*, de 22 de junio de 1992), la Comisión identificó como barrera de entrada la notoriedad de las marcas, que, a su juicio, obstaculizaba el acceso de nuevas empresas al mercado, y los descuentos por la compra de la gama de productos que se venían practicando.

En términos generales, sí puede observarse que el factor de la existencia de barreras de entrada (o de salida) juega en muy diversos ámbitos de los relacionados con el derecho de la competencia:

1. **En materia de definición del mercado de producto.** La Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 {Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5/13); hay abundante bibliografía comentándola, p.e., V. Baker S.; Wu L., “*Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*”, [1998] ECLR}, dentro de los elementos de prueba conducentes a la definición del mercado de producto, se refiere a los “*Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos*”. Y, dentro de éstos, se incluyen, entre otros, ciertas barreras reglamentarias u otra clase de intervención estatal (cabría pensar, por ejemplo, en ciertas limitaciones contenidas en ordenanzas municipales con respecto a la instalación de las antenas parabólicas necesarias para la recepción de las emisiones de TV de pago por satélite).

Los obstáculos legales son también empleados por las autoridades de la competencia de carácter nacional para la delimitación del mercado de producto pertinente. En España, sin embargo, se percibían algunas diferencias entre el enfoque que el Servicio de Defensa de la Competencia daba a las barreras de entrada y el que había venido dando el antiguo TDC. Mientras que el primero enfocaba las barreras de entrada como parámetros relacionados con la sustituibilidad de la oferta y, por ende, con la definición del mercado, el segundo las postergaba para todo lo relativo a la competencia potencial y a la contestabilidad del mercado [Informe C 34/98, *Molabe/Suarez Alimentacion*, de 12 de marzo de 1999 y C 46/99, *Movirecord*, de 8 de marzo de 2000 (véase el informe de *Cuatrecasas* para la Comisión Europea; cit.)].

No obstante, una excepción a lo anterior podría encontrarse en el asunto *Interflora* (Decisión 438/98 de 29 de julio de 1999). El TDC se refirió a la existencia de importantes barreras de entrada en el mercado de referencia (cuota de mercado del principal competidor, la reputación de su marca o su red de distribución), que vetaban la posibilidad de entrada en el mercado en un corto periodo de tiempo sin incurrir en significativos costes adicionales, para llevar a cabo una definición del mercado de producto pertinente. También, en la decisión del TDC de 16 de enero de 1997 relativa al *Instituto Catalán de Inspección y Control* (C 881/97), el hecho de que el Decreto 348/1985 del gobierno autonómico las reservara a la Administración autonómica catalana suponía que las funciones de inspección técnica, control y ensayo conformaran el mercado de producto de referencia. En idéntico sentido, en el asunto *Aparejadores de Mallorca* (decisión 410/97 de 28 de octubre de 1998) definió el mercado de producto atendiendo a las previsiones establecidas por la Asociación Profesional de

Aparejadores, cuya principal responsabilidad era la de definir las tareas que los aparejadores estaban facultados para desarrollar (ver Fernández Vicién, C; Ortega Peciña, D.; Martínez Felix, C; Sabater Marotias, J.: “*Study in the area of Competition policy concerning the Definition of the Media Market. Spain. Report by Cuatrecasas for the European Comisión, Competition Directorate General*”; Bruselas 13 November 2003).

También son empleadas las barreras de entrada por las autoridades comunitarias para la delimitación del mercado de producto pertinente. En línea parecida a la de los pronunciamientos del TDC referidos en el párrafo anterior, pueden citarse dentro de la práctica comunitaria casos de mercados relevantes fundados en barreras legales. En *British Leyland* (1986) la ley establecía que sólo *British Leyland* podía expedir los certificados de homologación de los vehículos de *British Leyland*, requeridos por el Departamento de medio ambiente (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, *British Leyland v. Comisión*, Rep. 3263). Igualmente en la sent. de 13 de noviembre de 1975, as. 26/75 *General Motors v. Comisión*, consids. 8 y 9, donde el Tribunal delimitó un mercado de certificados de conformidad de vehículos automóviles, porque el Estado delegó en el fabricante el derecho exclusivo a controlar la conformidad de los coches con la libertad de fijar el precio de su prestación. Otro ejemplo de las barreras legales conformando el mercado de producto puede encontrarse en el sector del azúcar (*Eridania/ISI*, Decisión de 30 de julio de 1991, asunto IV/M.062). Aun cuando el azúcar de remolacha y la isoglucosa resultasen intercambiables, por la similitud de su composición química y de sus propiedades edulcorantes, la producción de la segunda en la UE en el marco de la Política Agrícola Común estaba limitada de manera que la misma no podía exceder del 2 % de la producción de azúcar. Ello determinaba que la isoglucosa no pudiera llegar a integrarse en el mismo mercado de producto que el azúcar de remolacha (este ejemplo es citado también por Antonio Santana Pérez, en “*La venta a pérdida como ilícito concurrencial*” - Tesis doctoral defendida en La Universidad de La Laguna - Págs. 80 y Ss.).

También se refieren los autores a las barreras de entrada de carácter normativo como fuente de delimitación del mercado de producto pertinente. Como dicen Waelbroek, M., y Frignani, A. [*Concurrente* (Commentaire J. Mégret, 4), versión española de I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales, Derecho Europeo de la Competencia, Bosch, Barcelona, 1997, p. 330], se trataría de casos de creación artificial del mercado por parte del Estado. También, entre nosotros, el profesor Pellisé Capell (“*La Explotación abusiva de una posición dominante*”; Barcelona a 22 de febrero de 2001; Págs. 145 y Ss.) sitúa las barreras creadas por la Administración al mismo nivel que las diferencias de producto y las separaciones geográficas a la hora de individualizar el mercado: “*La ciencia económica ha observado también que, dentro de nuestros complejos sistemas económicos postindustriales, no existe un sólo mercado sino una pluralidad indefinida y en constante cambio de mercados, cuya individualidad viene determinada fundamentalmente por tres elementos que se han de contemplar en el tiempo: la existencia de diferentes productos, las separaciones geográficas o espaciales y las barreras creadas por la Administración*”. A estas últimas se refiere como factor administración o normativo de la delimitación del mercado relevante, el cual concurre cuando por norma legal o reglamentaria se individualiza un mercado relevante distinto del que resultaría del solo juego de la competencia. Se llega a dar el caso de que el principal factor de delimitación del mercado sea la propia norma, sin que, muy

probablemente, sean necesarias mayores indagaciones en punto a la delimitación del mercado relevante.

Incluye Pellisé dentro de este factor una serie más o menos heterogénea de elementos como, por ejemplo: **(i)** la necesidad de concesión administrativa (veremos que por razón de servicio público se exigía tradicionalmente dentro del mercado español de la TV en abierto); **(ii)** barreras de entrada de carácter tecnológico, cuando se trata de estándares impuestos por Ley (veremos que en los mercados a los que se refiere la tesis, los mismos tienden a desaparecer por imperativo del principio de neutralidad tecnológica; Vg. la obligación de utilizar plataformas tecnológicamente abiertas en TV de pago); **(iii)** derechos de propiedad intelectual o industrial (como factor de delimitación del mercado de las guías impresas de programación, fueron tenidos en cuenta en el caso *Magill*, al que nos referiremos); **(iv)** la existencia de monopolios legales o fiscales (como en la decisión de 19 de diciembre de 1991, *CAMPESA*, DOCE C 334/23 de 28 de diciembre, donde esa empresa, como administradora del Monopolio de Petróleos del Estado, controlaba toda la distribución de carburantes y combustibles en España); etc.

2. **En materia de delimitación del mercado geográfico de referencia.** En este punto, se refiera la misma Comunicación de 1997 a las “*Barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas*”. Adquieren un papel destacado el impacto de los costes de transporte y las restricciones de transporte que resultan de la legislación o de la naturaleza de los productos considerados. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades de los mercados sobre los que versa la tesis, los cuales son mercados nacionales de intangibles o servicios (servicios de difusión televisiva o de comunicación audiovisual, servicios de comunicaciones electrónicas y servicios de la sociedad de la información), lo cierto es que la importancia de los costes de transporte a la hora de delimitar el mercado geográfico será casi nula.

Dentro del ordenamiento jurídico español, aún cuando en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, no se establecen parámetros de definición del mercado geográfico de referencia, sí lo hace el Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008. En concreto, la Sección 5.^a del formulario de notificación es la que se dedica a la definición del mercado y, dentro de ella, su apartado 5.3.2, tras incorporar una afirmación genérica coincidente con la de la Comunicación de la Comisión, dispone: “*Entre los factores que intervienen a la hora de determinar el mercado geográfico cabe citar la naturaleza y las características de los productos y servicios en cuestión, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores, la existencia de diferencias apreciables en las cuotas de mercado de las empresas en zonas geográficas próximas y la existencia de importantes diferencias de precios u otros factores pertinentes*”.

La Comisión atendió a la existencia de importantes barreras lingüísticas y culturales en el caso de la concentración *ABC/ Générale des Eaux/ Canal + /WH Smith TV* (decisión de 10 de septiembre de 1991; asunto IV/M.04), donde se creaba una empresa en común para la adquisición de los activos de *WH Smith* en el sector de la TV, en particular, el canal *Screensport*. La Comisión observó que, a pesar de que los progresos tecnológicos asociados al desarrollo de redes de TV por cable y satélite habían contribuido a ensanchar las áreas de posible prestación de los servicios de producción y emisión de

TV, las diferencias lingüísticas y culturales eran lo bastante significativas como para impedir el pleno desarrollo de canales paneuropeos.

También observa Martínez Pérez Cagigal (Infra. Cit., Págs. 63 y Ss.) que la Comisión, al explicar en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia (1997)* los criterios seguidos en la delimitación del mercado del mercado relevante, resalta que en la delimitación del mercado geográfico, es necesario tener en cuenta obstáculos que segmentan geográficamente los mercados, como los requisitos de ubicación para poder vender en un área determinada, o la existencia o ausencia de barreras reglamentarias vinculadas a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana que restringen el comercio o la producción, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas, la reglamentación del envasado, etc.

3. **En materia de competencia potencial.** Se considera que hay competencia perfecta cuando en un mercado la demanda y la oferta están atomizadas, los productos son homogéneos, no hay barreras a la entrada o salida, y existe plena transparencia (Jacquemin: “*Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*”, Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980, pág. 12). Así, la competencia potencial, a diferencia de sustituibilidad de oferta y de la demanda, no juega en punto a la definición del mercado, sino que, en el criterio de la Comisión, se relaciona más con las facilidades de acceso al mismo y con todo lo referente a las barreras de entrada [v. Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 7; Págs. 195 y Ss. (Op. Cit.)], por lo que su estudio se vincula a un estado posterior a los de la definición y análisis de los mercados, en concreto, al del juego de la competencia en los mismos.

La Comisión, fiel a la tendencia marcada en las *1984 US Merger Guidelines*, entiende que esta competencia potencial puede venir del potencial de expansión de ventas que tienen las empresas presentes ya en el mercado, de agentes activos en mercados geográficos o de producto distintos, pero cercanos, al considerado, cuando la presión competitiva no sea tan intensa e inmediata como para intervenir en sede de definición del mercado relevante (sustituibilidad de la oferta), e incluso, a veces, de los propios clientes que, frente a precios monopolísticos, pueden decidir obtener por ellos mismos los bienes para su producción (este último fenómeno puede apreciarse en la presión que las secciones de producción propia de los organismos de radiodifusión puedan llegar a ejercer sobre las productoras independientes de obras audiovisuales).

4. **En materia de control de concentraciones.** El elemento de las barreras de entrada está muy presente en los diversos instrumentos reguladores (reglamentos y directrices) de las concentraciones horizontales y no horizontales (verticales y conglomerales).
 - a. **Concentraciones horizontales.** El Art. 2 ap. 1 del Reglamento de Concentraciones, cuyo contenido viene a corresponderse con el del Art. 10 de la Ley 15/2007, apenas si se limita a dar unas pautas muy genéricas con vistas a la evaluación de una concentración desde la perspectiva del juego de la competencia y de la existencia de una obstaculización significativa del juego de la competencia a consecuencia de la misma. Sin embargo, ese carácter genérico, no le impide referirse a factores como la

“competencia potencial” o “la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados”.

También las Directrices de la Comisión de 5 de febrero de 2004 sobre evaluación de concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento Europeo de concentraciones se refieren, dentro de los neutralizadores de los efectos anticompetitivos derivados de las concentraciones horizontales, a la competencia potencial y a la otra faz de ésta que conforman las barreras de entrada. Por ejemplo, el TDC en el asunto C 04/92, *Resib S.A./Sociedad Pilas Secas Tudor S.A.*, sentó en su informe que, dado que existían otros competidores nacionales e internacionales, no era seguro que la concentración fuera a generar una posición dominante; también la Comisión, en *Aérospatiale/MBB*, decisión de 25-2-1991, asunto IV/M.017, tomó en consideración que los fabricantes americanos de helicópteros militares podrían entrar con suma facilidad en el mercado europeo de los helicópteros civiles para aprobar la concentración propuesta.

Conforme a todos esos instrumentos, para que la competencia potencial pueda llegar a neutralizar los efectos anticompetitivos derivados de la concentración, es necesario que la misma cumpla con los requisitos de **probabilidad**, **prontitud** y **suficiencia**:

- **Probabilidad.** La entrada de los competidores será probable si resulta rentable para ellos, y esa rentabilidad será inversamente proporcional a las barreras económicas existentes para acceder al mercado, es decir, a los costes hundidos (inversiones que no se recuperan al salir del mercado) en que tengan que incurrir los competidores para lograr ese acceso.
- **Prontitud.** Este requisito se relaciona con el hecho de que la entrada de los competidores potenciales tenga lugar con la rapidez suficiente como para disuadir a los actuales de que ejerzan su poder de mercado subiendo los precios, lo que dependerá en la práctica de las características del mercado pertinente, si bien la Comisión maneja un plazo general de dos años (este plazo puede llegar a ser corto en mercados como los de la difusión televisiva, en los que resulta necesario armarse de títulos habilitantes para empezar a operar).
- **Suficiencia.** Por último, la entrada será suficiente si, por su intensidad o magnitud, es bastante a impedir los efectos anticompetitivos merced a ese mismo efecto disuasorio, que acabamos de mencionar, ejercido sobre empresas ya instaladas en el mercado relevante. Como dicen Briones, Folguera, Font y Navarro (Op. Cit. Pág. 238), “a los efectos de evaluar la compatibilidad de la concentración, la Comisión sólo calificará como competidores potenciales a aquellos operadores que probablemente entren en el mercado «con un volumen de producción y con unos precios capaces de frenar efectivamente un aumento de precios, o impedir el mantenimiento de unos precios supracompetitivos» [...] En *Nestlé/Perrier*, decisión de 22-7-1992, asunto IV/M.190 (DOCE 1992 L 356/1, considerandos 25-27, 91, 101-104, los productores locales no constituían una fuente de competencia potencial habida cuenta de su dispersión y la falta de materias primas. Asimismo, si bien la entrada de competidores alemanes e italianos era factible, éstos no conseguirían disciplinar el comportamiento del duopolio, ya que sus precios eran menos competitivos que los franceses”.

- b. **Concentraciones verticales.** Las Directrices de la Comisión de 18 de octubre de 2008 para la evaluación de concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento europeo de concentraciones (DO C 265 de 18.10.2008, p. 6/25) se ocupan de los efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la concentración vertical (v. considerando 15).

Una concentración vertical de empresas puede llegar a suponer una obstaculización significativa del juego de la competencia, en particular, mediante la creación o refuerzo de una posición dominante. Esto (considerando 15 de las Directrices): *“se debe esencialmente a que una concentración no horizontal puede modificar la capacidad y el incentivo para competir de las empresas participantes en la concentración y de sus competidores de forma perjudicial para los consumidores”*.

Cuando hablamos de efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la concentración vertical, lo hacemos para referirnos al hecho de que, a resultas de la concentración, los competidores de la división superior o inferior de la concentrada pueden perder la capacidad o el interés por competir ya sea en los mercados ascendentes ya en los descendentes. Se trata de que la concentración vertical puede traducirse en un *“cierre anticompetitivo del mercado”* que impida a los rivales acceder a las fuentes de suministro o a los clientes.

Los efectos anticompetitivos no coordinados más característicos de la concentración vertical son el **bloqueo de insumos** y el **bloqueo de clientes**:

- **Bloqueo de insumos.** *“El bloqueo de insumos se produce cuando, tras la concentración, es probable que la nueva entidad restrinja el acceso a los productos o servicios que en cambio habría suministrado de no existir la concentración, incrementando así los costes de sus rivales en sentido descendente al hacer que les sea más difícil obtener suministros del insumo a unos precios y condiciones similares a los que existirían si no se hubiese producido la concentración”* (Considerando 31 de las Directrices).

En un escenario probable cabrá que el bloqueo de insumos lleve a un incremento de costes de los competidores descendentes bloqueados que los fuerce a incrementar los precios aplicados a sus compradores o clientes o a limitar la cantidad, calidad o innovación de sus productos. En este sentido, cuanto mayor sea el número de competidores bloqueados, o mayor su poder de mercado, más intensos serán los efectos restrictivos netos sobre el juego de la competencia en el mercado descendente. De la misma manera, y sin salir de este escenario, será posible que la concentración vertical y el bloqueo de insumos eleven barreras de entrada infranqueables para los competidores potenciales que pretendan acceder a ese mismo mercado descendente. Partiendo de este escenario podrá concluirse que la concentración vertical entraña una obstaculización significativa del juego de la competencia.

- **Bloqueo de clientes.** Se da cuando la concentración vertical excluye a los rivales en sentido ascendente restringiendo su acceso a una base suficiente de clientes como consecuencia de integrarse un proveedor con un cliente importante en el mercado descendente.

La obstaculización significativa del juego de la competencia resultará en este caso de la situación que se acaba de describir. Si los rivales ascendentes llegan a carecer de una base significativa de clientes, ello supondrá su exclusión de los mercados ascendentes y, como consecuencia, una presión al alza sobre los precios aguas abajo que empujará también a los rivales descendentes, cuyos costes se verán incrementados, fuera de los mercados descendentes. El efecto final será el ya conocido de incrementos de precios o limitaciones de cantidad, calidad o innovación en perjuicio de los consumidores finales. También será posible que la integración vertical suponga elevar barreras infranqueables a la entrada de los competidores potenciales que pretendan acceder a los mercados de los insumos y que no tendrán medio de acceder a los compradores de los mismos.

Resulta así de cuanto queda expuesto que será habitual que la integración vertical de empresas entrañe en sí misma la elevación de barreras de entrada dentro de determinados mercados, ascendentes o descendentes, de producto.

5. **En materia de abuso de posición dominante**. En este campo, la noción de barrera de entrada cobra relevancia en muy diversos aspectos, como podrían ser el de la *existencia de posición dominante*, el *grado de responsabilidad cualificada exigido a la empresa en posición dominante* o la *existencia de abuso de posición dominante excluyente*:

- a. ***Existencia de posición dominante***. Si bien la información sobre cuotas de mercado resulta importante, la misma puede no llevar a aprehender la verdadera dinámica del mercado relevante y a explicar la existencia de posición de dominio. Esta última responde a las imperfecciones del mercado que encuentran, a su vez, su explicación en la existencia de barreras de entrada en el mismo. Una cuota de mercado muy elevada y duradera puede ser más el síntoma que la causa de la posición de dominio. Además, los datos sobre cuotas de mercados son más bien fotos fijas del mercado que reflejan su situación en un determinado momento, pero que no permiten captar fielmente el movimiento del mismo. Para esto último lo decisivo es la movilidad de factores que determinará el grado de expugnabilidad del mercado considerado y que será inversamente proporcional a la intensidad de las barreras de entrada existentes. Ésta – siguiendo con el símil – sería la película del mercado en la que podrá apreciarse su movimiento. Tan es así lo anterior, que un mercado muy concentrado y con una empresa disfrutando durante mucho tiempo de una cuota muy superior a la de sus inmediatos competidores podrá ser, aunque no sea lo más probable, un mercado competitivo si las barreras a la entrada son bajas. Se trata, en suma, de que el factor de la cuota de mercado ha de ser examinado desde una perspectiva dinámica.

Así, no cabrá afirmar la existencia de posición dominante con cuotas del 80 o, incluso, del 90 por ciento si las mismas las detenta la empresa de que se trate como consecuencia de vender sus productos a precios muy competitivos. Si el mercado es muy expugnable y no existen barreras de entrada, a partir del momento en el que la empresa recorte la producción para subir sus precios, será más que probable la entrada de los competidores potenciales que reconducirán los precios a niveles competitivos [V. Pellisé, “*La Explotación...*”, nota al pie n.º 701; este autor cita también a otros: Baumol, W. J., Panzar, J. C. y Willig, R. D.: “*On the Theory of Perfectly-Contestable Markets*” en Stiglitz, J. E. & Mathewson, G. F.: “*New*

Developments in the Analysis of Market Structure”, London: Mcmillan press, 1986, págs. 339 y Ss.; también en “*Constestable Markets and the theory of industry Structure*”, New York: Jovanovich H. B., 1982; y Biley: “*Contestability and the Design of Regulator and antitrust Policy*”, 71 American Economics Review, 178, 183 (1981)].

Por ejemplo, en *Interflora* (Resol. de 29 de julio de 1999, expte. R 438/98), una cuota del 77 % no bastó al Tribunal de Defensa de la Competencia para fundamentar la posición de dominio. En *Bacardí*, por ejemplo, llegó a rechazarse por el TDC la existencia de posición dominante, pese a la elevada cuota de mercado de la empresa, porque además de interdependencia oligopolística, en el mercado de referencia no había barreras significativas a la entrada, se trataba de un mercado altamente contestable con una fuerte competencia potencial. También sentó la Comisión, en su Decisión *MSG Media Service* de 9 de noviembre de 1994, que la existencia de un monopolio en un mercado emergente, que comienza a desarrollarse, no constituye una posición dominante si dicho mercado permanece abierto a la competencia y el monopolio no es más que temporal.

Los mercados genéricos de la difusión televisiva serán, por lo general, mercados concentrados, dada la limitación del número de operadores que pueden actuar en los mismos por la existencia de fuertes barreras de entrada asociadas a la necesidad de disponer del título habilitante y de las frecuencias necesarios, y por más que tiendan dichas barreras a atenuarse por efecto de la digitalización, que permitirá un mejor aprovechamiento del espectro, o del retroceso del concepto de servicio público al que nos referimos más arriba, que mitigará la necesidad de concesión fundada en la *publicatio*.

- b. ***Grado de responsabilidad cualificada exigido a la empresa en posición dominante.*** La acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate. Esta forma de enfrentar el problema bien puede responder a que, en la tradición continental europea, los autores europeos han acentuado la influencia de las distintas conductas de las empresas en los resultados que consiguen (Vid. A. Jacquemin, “*Economía industrial. Estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*”, Barcelona, 1982, pp. 16-19). En cambio, en los EE.UU., se han vinculado los logros que las empresas obtienen, más que a sus comportamientos, a la estructura de los mercados, relegando, por tanto, a un segundo plano las conductas que éstas realizan. Quizás por esta razón, en los Estados Unidos, el Derecho de la competencia nace luchando contra el poder de mercado (*market power*), mientras que, en Europa, se controlan principalmente los comportamientos, control que luego evoluciona hacia un control de estructuras de mercado. Es decir, en Europa no se controla la posición dominante, sino el abuso de la misma lo que, a la postre, sí podrá llevar ejercer un control sobre la estructura del mercado.

Incumbe, sin embargo a la empresa dominante, independientemente de las causas de dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (V. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft/Comisión*, Asunto T-201/04, apartado 229).

En este sentido, se ha señalado (Bellamy, C., y Child, G., *Derecho de la competencia en ...*, ob. cit., p. 532), que las conductas en que el abuso consiste serían perfectamente lícitas desde la óptica del Derecho de la Competencia de no ser realizadas por empresas con posición de dominio. Precisamente porque, al no ostentar posición de dominio, no afectará a la estructura del mercado, ni debilitará la competencia, cuando una empresa sin posición dominante realice conductas que se aparten de la competencia normal, la conducta no podrán incluirse dentro de estos supuestos.

La razón de que baste la más leve de las culpas para la existencia de abuso de posición dominante entronca así con la responsabilidad cualificada que las autoridades de la competencia imponen a las empresas dominantes. Dado que la posición dominante coloca a quien la disfruta en una posición de privilegio respecto de los demás competidores, la protección de la libertad de empresa de estos, la de los consumidores y la de la economía de mercado exigirá una interpretación amplia y extensiva de los límites al ejercicio de esa posición dominante. Supondrá lo anterior una excepción cualificada al principio general de que los límites internos de los derechos subjetivos han de ser objeto de interpretación restrictiva conforme al principio de *odiosa sunt restringenda* (V. De Castro: *Temas de Derecho civil*, 1976, pág. 141; Puig Brutau: *Compendio de Derecho Civil*, vol I, Barcelona: Bosch, 1997, pág. 160; Albadalejo: *Derecho civil I, vol. Segundo*, Barcelona: Bosch, 1996, pág. 40).

El nivel de esta exigencia será máximo en el caso de monopolios legales, definidos sobre la base de barreras normativas de entrada, donde la competencia potencial es nula, de modo que bastará, para que exista abuso de posición dominante, que el monopolio legal se aparte de los fines que justifican su existencia. Algo menor podrá serlo en el de monopolios protegidos por barreras naturales, como cuando den lugar a la existencia de instalaciones esenciales, donde la competencia potencial, al menos y a diferencia del caso anterior del monopolio legal, podrá existir, aunque muy debilitada. Y menor aún podrá ser esa exigencia en el caso de monopolios o cuasimonopolios en los que la posición dominante se haya ganado compitiendo.

- c. ***Existencia de abuso de posición dominante excluyente.*** En términos generales, los autores distinguen, en función de la vocación horizontal o vertical del abuso, entre un abuso de exclusión y otro explotativo. En el primero, se pretende la “*expulsión del mercado de algún competidor o, también, impedir o dificultar el ingreso de un nuevo operador*”, mientras que el segundo “*constituye un ataque a los intereses de los proveedores, de los clientes o de los consumidores*” (V. García Martínez, R.: “*La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia*”; publicado en la Revista del Poder Judicial n.º 64 de 2002; Pág. 43).

Es en el abuso excluyente, que busca expulsar competidores o elevar obstáculos a la entrada de los competidores potenciales, donde la noción de barrera de entrada cobra un mayor relieve. En estos casos, el análisis de un hipotético abuso excluyente habría de ajustarse a las pautas habituales. El riesgo de abuso de exclusión (v. núms. 12 a 18 de las Orientaciones de la Comisión de 24 de febrero de 2009 sobre las prioridades de control en su aplicación del Art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes) será directamente proporcional a la

cuota, o, mejor, poder de mercado del operador dominante y a la intensidad de las barreras de entrada que debiliten la competencia potencial (incluidas economías de escala asociadas al número de clientes con que cuente el operador dominante), e inversamente proporcional a las posibilidades de expansión de los competidores actuales o de acceso al mercado de los competidores potenciales (competencia potencial) en términos de probabilidad, tempestividad y suficiencia (*vid supra*).

6. **En materia de concertación o colusión.** La existencia de barreras de entrada jugarán también su papel en importantes aspectos relacionados tanto con los **acuerdos verticales** como con los **acuerdos horizontales**:

- a. **Acuerdos verticales.** La importancia de este factor de las barreras de entrada a la hora de modular los efectos de las restricciones verticales queda bien sintetizada en las palabras de la Comisión (Apartados 117 de las Directrices sobre restricciones verticales): *“Las barreras de entrada vienen determinadas por la capacidad de las empresas ya presentes en el mercado de aumentar su precio por encima del nivel competitivo sin provocar la entrada de otros competidores. En ausencia de barreras de entrada, la entrada fácil y rápida de otros competidores hace que tales incrementos no sean rentables. Cuando es probable que la entrada efectiva de competidores que impidan o dificulten el ejercicio de poder de mercado se produzca en el plazo de uno o dos años, cabe afirmar, por regla general, que las barreras de entrada son de escasa importancia. Las barreras de entrada pueden ser el resultado de factores muy diversos: economías de escala y alcance, normativas vigentes, especialmente si establecen derechos exclusivos, ayudas estatales, aranceles de importación, derechos de propiedad intelectual e industrial, propiedad de recursos cuya oferta es limitada debido a, por ejemplo, limitaciones naturales [44], instalaciones fundamentales, ventaja como consecuencia de ser empresa pionera y fidelidad de los consumidores a la marca conseguida haciendo mucha publicidad durante cierto tiempo. Las restricciones verticales y la integración vertical pueden también actuar como obstáculo a la entrada, por dificultar el acceso y excluir a competidores (potenciales). Los obstáculos a la entrada pueden estar presentes sólo en el nivel de los proveedores, en el de los compradores o en ambos”.*

Como dice Zurimendi (“*El modelo más eficiente...*”, Págs. 6 y Ss.; *Infra. Cit.*), refiriéndose a los acuerdos de marca única, los mismos tienen de común con los de distribución limitada que su principal efecto anticompetitivo puede cifrarse en que pueden ser una eficaz herramienta para excluir (o dificultar o mermar la presencia), en un determinado nivel de la escala de valor, a operadores que, hasta entonces, estaban activos en él, o para impedir el acceso a ese nivel de los competidores potenciales, mediante la creación de barreras de entrada, de tipo económico principalmente. Ahora bien, la forma de articularse el cierre es diferente, según la clase de restricción vertical de que tratemos.

En el caso del grupo de marca única lo que se produce es un bloqueo de clientes (*customer foreclosure*), pues serán los distribuidores los que se nieguen a adquirir bienes o servicios de otros productores o distribuidores de la escala anterior, con lo que la base de clientes de estos últimos quedará mermada. En este caso, se produce un incremento de los costes de esos otros proveedores de la escala anterior, que dependerán, entre otros factores, de la existencia de otros posibles demandantes en el nivel descendente de sus productos o servicios.

En el caso del antiguo grupo de distribución limitada (p.e., acuerdos de suministro exclusivo), donde, como veremos, en virtud del acuerdo, el proveedor no suministrará (o restringirá el suministro) de *inputs* productivos a otros distribuidores que no sean los concertados con él, lo que tiene lugar es un bloqueo de insumos (*input foreclosure*). De este modo, se incrementan los costes de esos otros clientes, que tendrán más difícil el acceso a insumos, dependiendo estos efectos anticompetitivos, sobre todo, de la existencia de otros proveedores, igualmente eficientes, del producto de referencia.

En todo caso, y como apunta el autor citado - y, en la misma línea, puede verse lo dicho más arriba al tratar de las concentraciones no horizontales -: *“para estar ante este efecto anticompetitivo no es suficiente con que algunos competidores experimenten un perjuicio a consecuencia de que se cumplen las anteriores circunstancias, sino que se requiere además que éste se transmita a los consumidores para hablar de daño a la competencia, puesto que el fin del derecho de la competencia no es tanto proteger a los competidores, sino principalmente a los consumidores y al propio nivel competitivo”*. Por lo tanto, en las restricciones verticales se exige esta prueba adicional, que no se exige, en cambio, en las horizontales, pues éstas, a diferencia de las verticales, no gozan de la presunción de ahorrar costes o producir beneficios u optimizar recursos.

Se ve, por tanto, que los efectos anticompetitivos de los acuerdos verticales coinciden en lo sustancial con los de las concentraciones verticales, por más que en éstas tiendan a darse con una mayor virulencia, dado que la integración jurídica derivada de la concentración supondrá una mayor garantía de coordinación entre las secciones ascendente y descendente de la concentrada que el simple acuerdo entre proveedor y cliente. En definitiva: que las barreras de entrada elevadas por la concentración vertical dentro de los mercados afectados serán más intensas que las propiciadas por los acuerdos verticales.

- b. ***Acuerdos de cooperación horizontal***. También en las Directrices europeas relativas a esta clase de acuerdos se encuentran referencias a barreras de entrada, si bien más dispersas que en el caso de sus homónimas sobre acuerdos verticales. Así, por ejemplo, las Directrices sobre Acuerdos de cooperación horizontal definen, como uno de los principales efectos restrictivos de los acuerdos de cooperación en I + D, el de la limitación de la innovación. Como factor de ponderación de este concreto efecto, se refieren las mismas Directrices al poder en los mercados de los productos y tecnologías existentes. En efecto, para que pueda llegar a darse una limitación de la innovación, será necesario que las partes se encuentren en una situación de poder en los mercados existentes, y que esa situación de poder vaya asociada a las dificultades de acceso por parte de los terceros a esos mercados por la existencia de barreras de entrada. La razón es que, sólo a partir de una situación como la descrita, tendrán las partes interés en coordinarse para, p.e., ralentizar la cadencia de la innovación.

También, por ejemplo, en materia de acuerdos de comercialización, a la hora de valorar la concurrencia o no de los presupuestos que habilitan para la concesión de una exención individual, se refieren las Directrices al presupuesto de la no eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los

productos en cuestión. Para decidir sobre lo anterior, podrán tomarse las cuotas de mercado conjuntas de las partes para, a continuación, evaluar si las mismas reflejan una posición dominante y calibrar la concurrencia de factores atenuantes, como la ausencia de barreras de entrada especialmente significativas. Si el acuerdo de comercialización lleva a que una empresa sea dominante, o se haga dominante, será muy improbable que pueda llegar a beneficiarse de una exención individual.

Examinado hasta aquí como el concepto de barrera de entrada puede jugar en muy diversos ámbitos, hemos de destacar que del repaso de las diferentes resoluciones de las autoridades de la competencia referidas a los mercados que nos ocupan resultaría que una formulación en algo ordenada de las referidas barreras de entrada cabría encontrarla en la resolución del TDC relativa a la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* (*Vid Infra*). También, desde luego, existen estudios doctrinales que arrojan otras clasificaciones: Bain: “*Organización industrial*”, Barcelona, Ed. Omega, 1963, y “*Barreras para los nuevos competidores*”, Harvard, 1956; Samuelson, P. A. /Nordhaus, W. D.: “*Economía*”, Madrid: McGraw Hill, 1999, pág. 612 y ss.; Lipsey, R. G. /Christal, A. K.: “*Introducción a la economía positiva*”, Barcelona, Vicens Vives, 1999.pág. 367 y ss. Nos ajustaremos, sin embargo, en la exposición a la sistemática de este órgano administrativo español, sin descartar el recurso a otros pronunciamientos y fuentes en todo cuanto puedan servir de complemento. Sí conviene dejar ya claro que las más importantes barreras de entrada en los ámbitos en los que nos movemos tienen que ver, sobre todo, con la necesidad de disponer de título habilitante para el ejercicio de su actividad por el operador, así como del espectro radioeléctrico necesario para dicho ejercicio. Ésta será la razón de que dediquemos una especial atención a estas concretas barreras de entrada, que cabe catalogar como normativas conforme a lo que se dirá.

Por barreras de entrada cabe entender, más sencillamente que en otras definiciones doctrinales (*vid supra*), todos aquellos obstáculos o impedimentos que vetan o dificultan la llegada de nuevas empresas al mercado de referencia. Con carácter general, es posible diferenciar las barreras de entrada de naturaleza legal de las de índole económico, siendo las primeras las que emanan del marco regulador a que queda sujeto el mercado relevante y las otras las que se relacionan con la propia estructura o funcionamiento de dicho mercado en términos de costes o inversiones necesarios. Por ejemplo, en *Carrefour/Promodès* (Informe C 52/00 de 4 de mayo de 2000), consideró el TDC que la exigencia legal de autorización de la Administración territorial competente para abrir un supermercado con una superficie superior a los 2.500 metros cuadrados era una barrera normativa de entrada que dificultaba el acceso de los potenciales competidores al mercado.

A lo anterior, que es lo común, cabría aún añadir, en el caso de algunos otros mercados como son, precisamente, los relacionados con la TV, la existencia de barreras de entrada de carácter tecnológico asociadas al acceso a productos o conocimientos necesarios para el normal desenvolvimiento de una empresa en el mercado relevante.

Es la existencia o no de barreras de entrada lo que determina que una concreta posición empresarial devenga en auténtico poder de mercado adquiriendo un carácter duradero y estructural o que, por el contrario, resulte fácilmente contestable y, por ende, coyuntural y con posibilidad de ser revertida mediante la entrada de nuevos competidores. De otra parte, tratándose del mercado de la TV, los datos sobre cuotas de mercado toman un valor relativo, más incluso que en otros mercados (*vid supra*), dado su carácter dinámico, razón por la cual el examen de las barreras de entrada adquiere una mayor importancia y es el que proporciona una imagen fiel del mismo.

En los mercados existentes dentro del sector de la TV, la innovación tecnológica puede modificar el propio modelo de negocio bien dentro de una determinada tecnología (Vg., el desarrollo de una mayor capacidad satelital o el empleo de un mayor ancho de banda mediante técnica ADSL para el intercambio de un mayor número de contenidos) bien en el marco de la convergencia tecnológica, a que se ha venido aludiendo, y que permitirá prestar un triple servicio a través de una sola infraestructura. Estas consideraciones que, a simple vista, parecen ir más referidas al mercado de la TV de pago, de que trataremos en el siguiente apartado de este Capítulo, que es donde funcionan las plataformas de transmisión por IT o satélite, son también extensibles a la TV en abierto, que con la de pago integra el mercado de que ahora tratamos de la difusión o de los telespectadores, desde el momento en que la digitalización permitirá emplear las plataformas de TDT para la prestación de servicios interactivos y vinculados a IT.

Y así, por ejemplo, puede leerse en el apartado cuatro de la Disposición adicional quinta del Real Decreto 944/2005 por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la TDT [BOE 30 julio 2005, núm. 181, (pág. 27006); rect. BOE 20 septiembre 2005, núm. 225 (pág. 31283)]: *“La capacidad de transmisión del múltiple digital se podrá utilizar para prestar servicios adicionales distintos del de difusión de televisión, como los de transmisión de ficheros de datos y aplicaciones, actualizaciones de software para equipos, entre otros, si bien, en ningún caso, se podrá utilizar más del 20 % de esa capacidad de transmisión del múltiple digital para la prestación de dichos servicios. No obstante, en función del desarrollo de los servicios interactivos y de los asociados a la televisión digital terrestre, el Gobierno podrá decidir la modificación de dicho porcentaje”*.

Por su parte la Orden ITC/2212/2007, de 12 julio, por la que se establecen obligaciones y requisitos para los gestores de múltiples digitales de la televisión digital terrestre y se crea y regula el registro de parámetros de información de los servicios de televisión digital terrestre [BOE 20 julio 2007, núm. 173, (pág. 31566); rect. BOE 7 agosto 2007, núm. 188 (pág. 33900)], encomienda, en su Art. 4, la provisión de los medios técnicos para la inserción en el múltiple de todos esos servicios adicionales al llamado Gestor del múltiple digital de televisión digital terrestre, el cual se define – Art. 2 Ap. 1 – como *“la entidad encargada de la organización y coordinación técnica y administrativa de los servicios y medios técnicos, ya sean compartidos entre distintas entidades habilitadas o de titularidad exclusiva de una sola de ellas, que deban ser utilizados para la adecuada explotación de los canales digitales que integran dicho múltiple digital”*.

ii) Barreras normativas en el mercado de la difusión televisiva

(1) La necesidad de disponer de título habilitante para la actividad de radiodifusión televisiva por razones de servicio público

(a) Consideraciones introductorias

Ya al tratar de esta materia nos ceñiremos al ordenamiento jurídico español; recuérdese que el mercado geográfico de referencia en el ámbito de la difusión televisiva nunca sería superior al nacional. Por otro lado, y aún pudiendo tener sentido alguna referencia de derecho comparado, la regulación de esta particular barrera normativa en otros países excede con mucho de las posibilidades prácticas de esta tesis.

Sintetizando consideraciones del TC, que con mayor detalle se dejarán expuestas más abajo, resultaría que la exigencia de concesión administrativa para la prestación del servicio televisivo podía obedecer a dos razones: una primera, consistente en su configuración como servicio público, lo que, sin ser necesario, sí sería posible en nuestro ordenamiento sobre la base de razonamientos que quedarán reflejados más adelante; una segunda derivada de la necesidad de usar un bien de dominio público cual es el espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de TV.

Así lo reconocía el TC en su sentencia 206/1990 de 17 de diciembre, al exigir para la actividad consistente en la emisión de radio y televisión la obtención de dos concesiones: la demanial y la de servicio público. Dos actos administrativos que, *de facto*, se confundían en uno sólo, *"ya que en virtud de la prevalencia del servicio público, la concesión de su gestión lleva aparejada la de uso privativo del demanio radioeléctrico"*, lo que, naturalmente, no sucede a la inversa (*Vid.* Malaret, E. y Timón, M.: *"La fiscalidad local de las empresas de telecomunicaciones en la era postmonopolio, la liberalización y la competencia"*; *Infra cit.*).

Resultaba de lo anterior que el título habilitante necesario por razón de servicio público era distinto, y participaba de una naturaleza propia y diferenciada de la que correspondía al necesario para el uso del espectro radioeléctrico, título este último a que se hará referencia en el apartado correspondiente de este trabajo. Lo anterior se daba con independencia de que el primero pudiera presuponer el segundo, pues no podían operarse servicios de TV, por lo general, sin reservas de uso sobre el espectro, y aun de que pudieran ambos solaparse en lo administrativo para ser objeto de tramitación conjunta. Esto resultaba predicable, sobre todo, de los servicios de difusión televisiva en abierto que han venido basándose en España en las ondas hertzianas.

A una solución diferente a la de la concesión había llegado, por ejemplo, el *Conseil Constitutionnel* francés en su decisión n.º 86-217, de 18 de septiembre, en la que afirmaba que el legislador no está obligado a someter el conjunto de la televisión vía hertziana al régimen jurídico de la concesión, puesto que la naturaleza de servicio público no derivaba de preceptos constitucionales y, fuese cual fuese la naturaleza del espacio hertziano, el legislador podía someter a las empresas privadas a un simple régimen de autorización administrativa, siempre que así asegurase los objetivos de libertad de comunicación, expresión y recepción, el carácter pluralista y la defensa del orden público (v. Malaret y Timón, *Op. Cit.*).

En España, sin embargo, la intervención administrativa sobre la actividad privada de prestación del servicio televisivo podía adoptar formas más atenuadas que la centrada en el otorgamiento de concesión, singularmente, la que consistiría en la obtención de autorización administrativa o licencia, donde no era del caso llegar al extremo de la *publicatio* o reserva de la actividad al sector público, sólo en el caso de no hallarnos ante el servicio público televisivo que se venía basando en las ondas hertzianas.

Son palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández que ilustran estas afirmaciones (García de Enterría, E.; Fernández, T.R.: *"Curso de derecho administrativo"*, Vol. II, Pág. 137 Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1991): *"sobre estas bases, la autorización se perfila hoy como un acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente"*.

Completando lo anterior dice Villar Palasí, a quien se remiten los autores citados: *“en ese nuevo concepto han de permanecer como inalterables el dato de la existencia de una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir la autorización de las concesiones, que operan a partir de una previa publicatio o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente”*.

Tras de la necesidad de obtener título habilitante latén dos cuestiones de calado: la primera, la ya mencionada de la configuración o no de la TV como servicio público, implícita en la exigencia de concesión; la segunda, la de si puede el ejercicio de un derecho fundamental cual es la libertad de expresión subordinarse a la obtención de autorización o concesión.

(b) Concesión y servicio público: doctrina constitucional

Las consideraciones que en este epígrafe se contienen complementan y completan desde otro enfoque, el relacionado con la necesidad de título habilitante, las vertidas en el apartado segundo del capítulo primero de este trabajo, en que se hicieron unas reflexiones previas sobre el juego de la competencia.

Así, exigir concesión administrativa para la prestación del servicio de TV será tanto como presuponer su naturaleza de servicio público y, en consecuencia, una importante restricción al juego de la libre competencia, desde el mismo momento en que cualquier iniciativa privada quedará condicionada a la obtención de dicha concesión, y toda vez que la actividad desarrollada quedará supeditada a una especial supervisión por parte de los poderes públicos.

Así se recogió en la STC núm. 206/1990, de 17 diciembre (RTC 1990\206; Recursos de Amparo núms. 122/1989, 1942/1988, 1947/1988, 434/1988, 761/1988 y 890/1989; Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), a la que se remitía la STC 127/1994 a que nos referiremos a continuación: *“el Art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite someter la televisión a un régimen de intervención administrativa previa en diversas formas entre las que se incluye la técnica concesional. Y la técnica concesional para la gestión indirecta por sociedades anónimas en que la declaración de servicio público se traduce (Arts. 2, 3, 4.1, 6 y 7 de la Ley) es una variante de autorización previa que no viene vedada ni por la Constitución ni por el Convenio Europeo. La concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica a la gestión indirecta del servicio público y por el cual el concesionario se obliga a prestar un resultado, satisfaciendo unos determinados requisitos y condiciones técnicas; de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio”*.

Así pues, de la cuestión se ocupó en detalle, como acaba de decirse, la importante sentencia del TC 127/1994, de 5 de mayo STC núm. 127/1994, de 5 mayo (RTC 1994\127; Recursos de Inconstitucionalidad núms. 1363/1988, 1364/1988, 1412/1988 y 1430/1988; Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra); la que de forma más franca incidió sobre la materia. La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada, configuraba la TV privada de cobertura nacional y por ondas terrestres como servicio público esencial, y contra esta configuración se entabló el correspondiente recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal, con argumentos que se pasan a exponer, sentó que la configuración de la TV como servicio público, *“aunque no*

sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político se encuentra dentro de los poderes del legislador”.

La consideración de la TV como un servicio público esencial, recogida también en el Art. 1.2 del ya entonces derogado Estatuto de la radio y la televisión aprobado por Ley 4/1980, de 10 de enero, la fundamentaba el legislador en el Preámbulo de la Ley 10/1988 citada en el hecho de *“ser un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, y medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas”.*

El TC recordó que el titular de una licencia de radiodifusión de algún modo gozaba de un “privilegio” (así lo había expuesto la Corte Suprema Estadounidense en *Red Lion Broadcasting Co* y otros versus *Federal Communications Commission*, 395.US.367, de 9 de junio de 1969), ya que era alguien que utilizaba - con carácter privativo y excluyendo a otros - un recurso valioso y limitado (*Columbia Broadcasting System* versus *Democratic National Committee*, 412.US.94, de 29 de mayo de 1973), cual era un medio de radiodifusión que le permitía expresar libremente sus opiniones ante una pluralidad de espectadores y a diferencia, precisamente, del resto de los ciudadanos.

El acceso plural a la autorización para emitir tenía como justificación - así se desprendía del Art. 9.2 de la Ley de Televisión privada - impedir un monopolio privado de los medios de comunicación social, no menos odioso, dada la exclusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público (ya por entonces abandonado), en virtud del no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes económicos.

No era, por eso, casual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el caso *Informationsverein Lentia; Sentencia Informationsverein Lentia y otros contra Austria* de 24 noviembre 1993, serie A núm. 276, pg. 14, ap. 32) hubiera declarado injustificable el monopolio del servicio público de radiodifusión en Austria en manos de un ente público, ni que la Corte Constitucional italiana (Sentencia núm. 826, año 1988, de 13 de julio), ante una situación de concentración monopolística de la TV privada en un solo grupo de empresas, hubiera declarado (fundamento jurídico 26) la necesidad de garantizar, mediante una disciplina adecuada de la materia, una efectiva tutela del pluralismo en la información.

Las normas que la misma Ley 10/1988 disponía sobre la titularidad de las acciones de las sociedades concesionarias y las tendentes a evitar la concentración de capital en manos de personas físicas o jurídicas (Capítulo Tercero de la Ley y en especial los apartados 2.º a 4.º del Art. 19 y el Art. 21) respondían a esta finalidad. La misma preocupación por impedir un monopolio de opinión, salvaguardar una separación de poderes informativos y garantizar un pluralismo externo mediante la posibilidad de acceso de diversos grupos sociales a la TV privada se observaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de noviembre de 1986 (BVerffGE 73, 118), que enjuició la Ley de Baja Sajonia.

La estricta libertad de empresa (Art. 38 de la Constitución), sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existían inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantizaba en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la TV, dada la tendencia al monopolio de los

medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regulaba. Del mismo modo no aseguraba ese pluralismo el monopolio público televisivo. En este contexto, la noción de servicio público era una técnica que, al igual que otras constitucionalmente posibles, podía permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las TV públicas y las distintas TV privadas.

Apuntó también el TC en su sentencia que la escasez del medio para emitir programas de TV, el espectro radioeléctrico, aunque no fuera dominio público – que lo era -, debía bastar para estimar que la igualdad exigía una concurrencia de oportunidades idénticas para distribuir un bien escaso. Porque quien accedía a un bien escaso era un privilegiado, tal y como había reconocido una importante jurisprudencia comparada. De la nota de “privilegiado” derivaba la Corte Suprema de los Estados Unidos el carácter de *public trustee* asumido por el titular de la frecuencia.

Este rasgo de privilegio daba pie también al Tribunal Constitucional Alemán para suscitar la garantía del “acceso a la palabra” de los grupos sociales significativos. Por otro lado, la escasez llevaba consigo una finalidad de lucro (STC 49/1988, fundamento jurídico 12) y conducía a una “tendencia oligopolística” (STC 12/1982 fundamento jurídico 3.º), dadas las elevadas inversiones que una emisión con cobertura nacional requería.

Desde esta óptica, la intervención del legislador frente a la concentración empresarial que amenazaba el pluralismo informativo o cualquier otro aspecto institucional de los derechos podía ser exigible. Y, como tenía dicho la referida Sentencia de 4 de noviembre de 1986 del Tribunal Constitucional Alemán, tratándose de radiodifusión privada, no había justificación para confiar en las fuerzas del mercado mediante la desregulación y esto tanto menos cuando no pudiera contarse con un verdadero mercado en el corto plazo.

La experiencia del derecho comparado podía llegar a confirmar las apreciaciones del TC sobre la justificación de la intervención del Estado como consecuencia de la escasez del espectro. En efecto, la ausencia de intervención de la Administración del Estado en la distribución y asignación de frecuencias arroja ejemplos en la historia de lo que se da en denominar “caos en el éter”. Los autores especializados (Couso Saiz, D.: “*El Espectro Radioeléctrico...*”, remitiéndose a la obra de otros como Ariño y De la Cuétara: “*Las Telecomunicaciones por cable...*”) se refieren a la situación planteada en EE.UU. y en Italia.

En EE.UU., primero la *Wireless Ship Act* de 1910 y, después, la *Radio Act* de 1912, impusieron a las empresas del sector radiofónico la obligación de transmitir únicamente en las bandas de frecuencias a ellas destinadas por el Departamento de Comercio. El Tribunal Supremo consideró dicha regulación sin base legal (U.S. v. *Radio Zenith Corporation*) y, además, entendió que el Secretario de Comercio carecía de facultades discrecionales para modalizar o denegar la renovación de una licencia por peligro de interferencia (*Hoover v. Intercity Radio Co.*). Tras estas sentencias, “*las radios comenzaron a luchar por el predominio de las ondas o defender su presencia en ellas, mediante el cambio de frecuencias o el aumento de potencias, generando un auténtico caos radiofónico*”; “*estos nuevos emisores utilizaban cualesquiera frecuencia que deseaban sin preocuparse de las posibles interferencias. Las estaciones existentes cambiaban de frecuencia e incrementaban a voluntad la potencia de emisión o la duración de las emisiones. El resultado fue la confusión y el caos: Estando todos presentes en el éter ninguno podía ser escuchado...*”. Al fin y a instancias del propio sector, la *Radio Act* de 1927, instituyendo la *Federal Communications Comision*, terminó por establecer el principio de que la existencia y el contenido del derecho

de uso de una banda de frecuencias debían subordinarse al otorgamiento de una autorización expresa a favor del solicitante mismo.

En Italia, la Sentencia núm. 202 de 1976 de la *Corte Costituzionale* supuso la licitud, desde el punto de vista penal, de las televisiones locales por ondas. La eliminación del factor disuasorio de la sanción penal, junto con la pasividad del Ministerio de Correos y Telecomunicaciones, dieron pie a la idea equivocada de la existencia de libertad de antena en el ámbito local y a que los emisores privados ocuparan determinadas franjas de frecuencias e, incluso, a que dicha ocupación fuera tutelada interdictalmente por los jueces civiles como posesión de espacio radioeléctrico (Ordenanza de la *Pretura di Luca* de 8 de febrero de 1980, o Sentencia de la *Pretura* de Roma de 26 de febrero de 1977). También la doctrina de los Tribunales Administrativos (Sentencia del Tribunal Administrativo de la Toscana de 22 de enero de 1982 en el asunto *Telelibera*) tendió a equiparar la posición de quien era un simple poseedor por el “preuso” con la de “legítimo titular” dando lugar, por ejemplo, a que frente a la RAI (que actuaba desplegando su tercera red conforme al Plan de Frecuencias de 1979, al Plan de Estocolmo para la Radiodifusión en Europa de la UIT y al Plan Técnico particular relativo a esa red) pudiera mantenerse la situación de un particular sin que se admitiese la licitud del empleo de medios de coacción administrativa. La Sentencia de la Corte de Casación de 1 de octubre de 1990 supuso una corrección de la anterior doctrina, al aclarar la inexistencia de un derecho perfecto a emitir, y entendiendo que el procedimiento público de asignación de la frecuencia *“añade un quid novi en la esfera jurídica del emisor con atribución de una específica facultas agendi de la cual carecía antes y que se refiere a la modalidad de utilización del éter entendido como un bien común, respecto del cual compete al Estado el poder de preservar y gestionar la correlativa utilidad”*. Sin embargo, para entonces, resultaba ya difícil revertir una situación en la que se habían aglutinado importantes medios de comunicación social en torno a las frecuencias ocupadas.

(c) Título habilitante y libertad de expresión: doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Otra línea de consideraciones, como se avanzó, sería la referida a si el ejercicio de un derecho fundamental cual es la libertad de expresión, utilizando la TV como medio, puede sujetarse a una intervención administrativa previa mediante la exigencia de título habilitante, ya concesión ya autorización.

Son palabras del TC [ATC núm. 80/2001, de 3 abril, fundamento jurídico quinto (RTC 2001\80; Recurso de Amparo núm. 3789/1999)] que sintetizan su doctrina: *“Y, en lo que atañe a la supeditación de la actividad al otorgamiento de autorización administrativa (Art. 3 del Decreto-ley 1/1997), que «el mero hecho de la sumisión a autorización de una actividad empresarial en materia de televisión no constituye, por sí solo, una vulneración del Art. 20. El Art. 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales lo declara expresamente, y así se desprende, también, de nuestras reiteradas resoluciones en materia de televisión por cable y por ondas (SSTC 206/1990, 31/1994, 127/1994, 88/1995 y las restantes, que aplican la doctrina en ellas sentada), sin que tenga virtualidad alguna para desvirtuar esa conclusión la doctrina sentada por el TEDH en la Sentencia de 22 de mayo de 1990 (TEDH 1990\12) (caso Autronic) en la que no se enjuicia una ley sino un acto carente de cobertura legal y materialmente contrario a las exigencias del Convenio; ni, menos aún, las restantes resoluciones que se aducen, que abordan problemas muy distintos”*.

Pero, ha sido la misma sentencia 127/1994 del TC, citada en el epígrafe anterior, la que ha abordado con mayor profundidad la cuestión. Repitiendo lo dicho más arriba, recordaremos que la configuración por Ley de la TV privada, de cobertura nacional y por ondas terrestres, como servicio público esencial hacía imprescindible la obtención de concesión. El TC sentó que esta opción del legislador no configuraba una injustificable limitación o restricción de los derechos fundamentales del Art. 20.1 de la Constitución, porque nada impedía la existencia de diversas Leyes que fueran a configurar de manera distinta otras modalidades de TV.

La libertad de expresión e información tenía una doble dimensión, a saber, la de derecho de libertad, que se traducía en ausencia de intromisiones en el proceso de comunicación, y la institucional, en cuanto que garantía de opinión pública libre y de pluralismo informativo, donde podían existir límites para que no resultara falseada la libertad democrática.

Así, *“no había inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprendía en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hacía posible”*. Mas este derecho a crear *“soportes o instrumentos de comunicación”* como *“derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presentaba indudables límites”*. El derecho primario resultaba así más preservado que el instrumental donde, siempre que no quedara afectado el contenido esencial del derecho fundamental, podían existir límites, entre otras razones, por la demanda derivada de la existencia de limitaciones del espacio radio eléctrico. En síntesis: la configuración del televisivo como servicio público esencial para su ejercicio mediante concesión no afectaba al contenido del derecho y era admisible.

Había que partir del Art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuya íntegra transcripción era: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades que entrañan deberes y responsabilidades podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”*.

De forma más explícita, la también importante STC 206/1990 recordó que el Art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permitía someter la TV a un régimen de intervención administrativa previa en diversas formas, entre las que se incluía la técnica concesional, y que a la vez el apartado 2.º del mismo Art. 10 del Convenio autorizaba que el ejercicio de esas libertades pudiera ser sometido a *“ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley”*, siempre y cuando *“constituyesen medidas necesarias en una sociedad democrática”*, y expuso que la calificación de servicio público era constitucionalmente lícita *“pero no era, en absoluto, una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permitiera cualquier regulación en la misma, ya que había en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la publicatio limitaba y sacrificaba en favor de otros derechos, pero que no podía en modo alguno eliminar”*. Los cambios en los condicionamientos técnicos, por las mejoras

tecnológicas, y en los valores sociales podían suponer una revisión de la justificación de los límites que entrañaba la *publicatio*.

Esta misma problemática fue materia de pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en su sentencia de 21 septiembre 2000 (Caso *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH* contra Austria; Demanda núm. 32240/1996). En ese caso, la demandante alegaba que la negativa a concederle una autorización para crear y explotar una emisora de TV en el área de Viena vulneraba el artículo 10 del Convenio Europeo, traído ya a colación.

El Tribunal declaró, y las partes no lo discutieron, que la restricción alegada constituía una “injerencia” en el ejercicio de la libertad de la demandante de comunicar información e ideas. Por lo tanto, el tema a debate era el de si la restricción podía llegar a tener justificación a la luz del texto del Art. 10. El Tribunal recordó que el tercer inciso del apartado primero de ese artículo dejaba claro que los Estados podían regular, mediante un sistema de licencias, la organización de la emisión de radiodifusión en sus territorios, en particular sus aspectos técnicos, pero también atendiendo a otras consideraciones, como eran la naturaleza y objetivos de la emisora propuesta, su audiencia potencial a escala nacional, regional o local, los derechos y las necesidades de una audiencia específica y las obligaciones derivadas de instrumentos jurídicos internacionales.

Ello podía conducir a una injerencia cuyo fin pudiera ser legítimo en virtud de la tercera frase del apartado 1, aún no coincidiendo con uno de los fines apuntados en el apartado 2. No obstante, por más que respondieran a objetivos legítimos, la conformidad de dichas injerencias con el Convenio debía apreciarse a la luz de las demás finalidades aludidas por el apartado 2.

En el concreto caso planteado y a los efectos de su resolución, el Tribunal hizo una distinción de periodos:

- 1.º En uno primero, consideró que no existía base legal para que no pudiera concederse una licencia para crear y explotar una emisora de TV a ninguna otra emisora que no fuese la *ORF* (entidad estatal). A ese respecto, la situación de la actora no era distinta a la de los demandantes en el asunto *Informationsverein Lentia* y otros anteriormente mencionados, razón por la cual concluyó que en dicho periodo habría llegado a producirse una violación del Art. 10.
- 2.º Un segundo periodo era el abierto por la sentencia del Tribunal Constitucional austriaco de 27 de septiembre de 1995, que supuso que las emisoras privadas tuvieran libertad para crear y transmitir sus propios programas vía red de cable, sin condiciones, mientras que se reservaba la emisión terrestre de televisión a la *ORF*. El Tribunal señaló que, pese a algunas discrepancias, podía concluirse que casi todos los hogares que recibían señal de TV en Viena tenían posibilidad de conectarse a la red de cable. En estas circunstancias, consideró que, en el área de Viena, la emisión de TV por cable ofrecía a las emisoras privadas una alternativa viable a la TV terrestre, por lo que no habría llegado a producirse vulneración del artículo 10 del Convenio durante este periodo.

(d) La regulación de la concesión por razón de servicio público en el Derecho positivo español y su final supresión

(i) Televisión de ámbito estatal

1. Televisión analógica

Nos centraremos, en éste y en los siguientes epígrafes, en la regulación más vinculada a la TV terrestre o por ondas hertzianas porque este modo de difusión es el que, en nuestro país, va más referido a la TV en abierto, en tanto que la TV por IT, satélite y cable se relaciona más con la TV de pago, de la que tiene sentido tratar en el siguiente apartado de la tesis relativo a este último mercado.

Sobre lo anterior, introducir las siguientes matizaciones:

- i. En TV terrenal o por ondas hertzianas, *Canal +* era la única entidad titular de una concesión para emitir en forma encriptada o de pago, bajo modalidad analógica.

Sin embargo, la resolución de 29 de julio de 2005, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (BOE núm. 181 de 30 de julio de 2005; Págs. 27.095 y Ss.) dispuso la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 29 de julio de 2005, de modificación del contrato concesional con *Sogecable, S.A.*, para la prestación del servicio público de televisión.

La modificación se refería esencialmente a la supresión del límite de seis horas para las emisiones en abierto de *Canal +* analógico. En el Acuerdo se desestimaban las pretensiones de las empresas adjudicatarias de las concesiones en digital terrestre para el servicio público de radiodifusión – *Net TV* y *Veo TV* – para que sus respectivas concesiones fueran convertidas a analógico, entre otros motivos, se decía, porque esa conversión, a diferencia de lo ocurrido con *Canal +*, afectaba al aprovechamiento de un bien de dominio público, a saber, el espectro radioeléctrico.

La necesidad de mantener la coherencia en la exposición y el dato de que, finalmente, dicha concesión se modificara para referirla a la emisión en abierto (a través de *Cuatro*) nos llevarán a no hacer distinciones.

- ii. La opción de la TV terrestre de pago ha sido, finalmente, introducida, pero ya sólo para la modalidad digital, de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe, y no para la ya extinta TV terrestre analógica. Esta opción legal fue precedida de muy diversas iniciativas empresariales a favor de esa TDT también de pago. Un repaso de la prensa económica (*Diarios Expansión* y *Cinco Días*) lo confirma:
 - a. El regulador de telecomunicaciones portugués diseñaba un modelo de TDT que establecía dos licencias: una para explotación en abierto de un servicio gratuito y otra para el modelo de televisión de pago. *Abertis* buscaba una alianza con el incumbente portugués de telecomunicaciones para el despliegue de la TDT en el país vecino (4.10.07).
 - b. La empresa de origen nórdico *Dahlia TV* se presentaba en España con el plan de desarrollar una plataforma conjunta de TDT de pago a pesar de que la legislación

no la contemplaba. La diferencia de *Dahlia* con otros modelos de TV de pago estribaba en que ésta buscaba llegar al 75 % de los hogares que no tenía ningún tipo de televisión de pago. Aspiraba a ser un modelo masivo para lo que se fijaría un precio de entre 10 y 12 euros al mes por todos los canales (6.11.07). Así, en abril de 2009, el Consejo de Administración de *Dahlia TV*, participada por el consorcio internacional *Air Plus TV*, aprobaba una inversión de 150 millones de euros para la que aseguraba sería “*la primera plataforma de TDT de pago en España*” (Fuente *Servimedia*).

- c. También por esas mismas fechas *La Sexta* anunciaba su solicitud de un canal de pago en TDT dedicado al fútbol (*Gol Televisión*). Sin duda, esta serie de movimientos se explicaba también partiendo de la crisis del mercado publicitario, crisis inscrita, por lo demás, dentro de la crisis global desencadenada a partir de 2008 que incitaba a los difusores a buscar posiciones dentro de un mercado de la TV de pago menos golpeado por esa crisis (*V. Supra*). A pesar de que *La Sexta* anunciaba que lo anterior no tendría por qué afectar a la calidad de su programación, lo más creíble era que dicha cadena fuera reservando progresivamente sus contenidos deportivos con valor *Premium* para sus emisiones de pago (*laverdad.es*).
- d. El presidente del operador de cable *Ono*, Eugenio Galdón, aseguraba que la compañía exigiría que se convocase un nuevo concurso para otorgar las licencias de la televisión digital terrestre (TDT) en caso de que se incluyan contenidos de pago por visión. Afirmaba que los contenidos eran el “gran problema” de la televisión de pago en España, que únicamente alcanzaba a un 27% de los hogares, y afirmó que el modelo desarrollado había fracasado, ya que contaba con la mitad de cuota que en Alemania o Francia, que empezaron a la vez. Galdón señaló que uno de los aspectos que lastraba al sector era que el acceso a los contenidos “*sigue protegido detrás del telón de acero de las exclusivas y la concentración*” (23.1.08).
- e. El entonces ministro de Industria, Comercio y Turismo, Miguel Sebastián, supeditaba la introducción de la televisión digital terrestre de pago a que los distintos operadores del sector audiovisual lograsen un consenso al respecto (21.5.08).
- f. Iniciativas como las anteriores podían explicar en parte la respuesta de *Sogecable* a través de propuestas como *iPlus* (26.9.07), que buscaba aunar *Digital +* y TDT a través de un nuevo descodificador, fabricado por *Thomson*, que permitía reproducir y grabar los contenidos de ambas. En este sentido, conviene recordar el valor de la generalización entre los usuarios de estos dispositivos como forma de garantizar el acceso a los contenidos y a la comunicación audiovisuales.
- g. *Sogecable* anunciaba en agosto de 2010 el lanzamiento de un canal de pago en la televisión digital terrestre (TDT). En concreto, por 15 euros al mes, tenía previsto empezar a emitir *Canal+ Dos*, con una programación que tendría los mismos contenidos ofrecidos por *Canal+*, a excepción de los eventos deportivos.

Además de la anterior, viene al caso otra aclaración, y ésta es la de que nos ocuparemos de aquí en adelante de la exigencia en nuestro derecho de título habilitante por razón del servicio

público televisivo, lo que conviene no confundir con la que pudiera referirse al transporte de la señal de TV a través de la red de comunicaciones electrónicas basada en las ondas hertzianas sobre la que incidiremos en otras partes de la tesis. Un ejemplo servirá para ilustrar lo anterior: una cadena como *Telecinco* sería titular de la concesión administrativa necesaria para la prestación del servicio público televisivo sobre ondas hertzianas; sin embargo resultaría ser *Retevisión* (hoy *Abertis*) la habilitada para el transporte de la señal de *Telecinco* hasta el hogar del televidente, ya veremos en otro lugar en virtud de qué título, si concesión, autorización, licencia individual o simple comunicación a la CMT.

Desde una perspectiva histórica, la TV terrestre ha sido la primera, sobre la que han ido a superponerse los otros tres modos de difusión, dando lugar a una amalgama donde pueden no darse redes puras, es decir, basadas en un solo medio de transmisión (Vg.: las redes de cable o las antenas terrestres pueden captar emisiones procedentes del satélite para llevarlas a hogares que no estén dotados de parabólica). No obstante, y a los efectos de no perder la sistemática, prescindiremos, en un plano puramente teórico, de las posibilidades derivadas de la interoperabilidad e interconexión de todas esas redes.

Hechas las anteriores aclaraciones, puede pasar a resaltarse como primera norma, a los efectos que nos ocupan, la constituida por el Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado por Ley 4/1980, de 10 de enero (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1980), que, con sus disposiciones complementarias de orden técnico aspiraba, a erigirse en el pilar básico del régimen de los servicios públicos de TV (Art. 2), cuya gestión directa encomendaba al Ente Público RTVE (Art. 5). El contenido del Estatuto fue desbordado y ampliamente superado por el de disposiciones posteriores y, aún así, no dejó de producirse algún parcheo en el mismo en un deseo de dejar, cuando menos, apuntada la existencia de nuevas tecnologías.

Así, el ap. 1 letra d del mismo Art. 5, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 13 de diciembre; Pág. 50.493), paso a incorporar una declaración de intenciones con el siguiente tenor: “*el Ente Público RTVE promoverá activamente el desarrollo de la Sociedad de la Información, participando en el progreso tecnológico, utilizando todas las vías y medios de distribución y difusión, así como las nuevas técnicas de producción y de difusión de programas y servicios de comunicación audiovisual, y desarrollando nuevos servicios, incluidos los digitales y en línea, susceptibles de enriquecer o completar su oferta de programación, y acercando las diferentes Administraciones Públicas a los ciudadanos*”.

Siendo el panorama el de tres cadenas gestionadas por el Estado, entendido éste en un sentido amplio, comprensivo también de las Comunidades Autónomas, dos con cobertura territorial nacional y una tercera en que dicha cobertura era autonómica (prevista en la Ley 46/1983 del tercer canal autonómico, a la que se aludirá más adelante), vino a aprobarse la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

Siguiendo, en parte, la tesis de Llorens-Maluquer (“*Concentración de empresas de comunicación y el pluralismo*”, UAB, septiembre de 2001), el abandono del modelo monopólico público de TV en Europa podía explicarse sobre la base de ideas como las siguientes:

- a) **La liberalización de los servicios audiovisuales.** Partiendo de la doctrina económica de la Escuela de Chicago, la intervención pública en la economía, so pretexto de proteger el interés general, a menudo constituía un instrumento para transferir riqueza a grupos

bien organizados y “lobbies”, que devolvían el favor con votos y contribuciones para los políticos. Las empresas, como subrayan Montero y Brokelmann (*“Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España”*; Op. Cit.), conseguían a menudo la “captura del regulador”, es decir, su manipulación en provecho propio y en detrimento del interés general. Esta doctrina neoliberal, que comenzó a ganar adeptos en Europa, se vio reforzada en sus planteamientos por un marco macroeconómico en el que el sector público europeo era cada vez menos capaz de hacer frente a la presión comercial ejercida desde Japón (electrónica) y EE.UU. (audiovisual).

- b) **La aparición de nuevas plataformas tecnológicas** (cable y satélite) sobre la base de hitos como el lanzamiento en 1982 del Plan Cable en la Francia de Mitterrand, la sentencia del TC alemán de 1986 admitiendo la TV privada sólo en redes de cable y satélite, con el impulso consiguiente para estas últimas, la creación de la Agencia Espacial Europea o los acuerdos franco-alemanes para el lanzamiento de satélites. Lo anterior hacía posible la prestación del servicio televisivo sin basarlo, al menos no de manera exclusiva, en el espectro radioeléctrico, que era considerado bien demanial.
- c) **La crisis de financiera, de legitimidad e identidad de las cadenas públicas**. Las limitaciones impuestas a las cadenas públicas para su participación en el mercado de la publicidad, asociadas al hecho de que el canon, criticado en los países en que estaba instaurado en cuanto que impuesto regresivo, sólo pudiera crecer con el coste de la vida y la inflación, dejaron muy mermada la posibilidad de las cadenas públicas de entrar en competencia con las privadas. Era la crisis financiera. Lo anterior se traducía en un círculo vicioso en el que una menor inversión en programación llevaba a un empeoramiento de la calidad de la misma; ésta a una pérdida de más audiencia; y ésta, en fin, a una mayor reducción de los ingresos. A partir de lo anterior, empezaban los ciudadanos a preguntarse cuál era el sentido de la TV pública. Era la crisis de legitimidad. Esto último conducía a que los difusores públicos se debatieran entre una programación de menor calidad dirigida a la mayoría de los ciudadanos y una de mayor calidad que alcanzase sólo a minorías. Era la crisis de identidad.

Relacionadas con esta crisis de identidad y legitimidad de las televisiones públicas se encuentran también ciertas aseveraciones de Guadalupe Aguado (*“Retos de la televisión en Europa...”*; Op. Cit., Págs. 17 y Ss.):

“Algunos proponen la total privatización de las radios y televisiones públicas, mientras que otros son partidarios de obligarlos a la emisión de un tipo de programación diferente y complementaria, al considerar que las televisiones públicas, actualmente, ofrecen contenidos comerciales a través de financiación pública y poseen una gestión deficiente. La Asociación Europea de Televisiones Comerciales (ACTE) ha denunciado en varias ocasiones la «competencia desleal» de las cadenas públicas, que reciben de media 15.000 millones de euros anuales para cubrir el 70% de sus ingresos. Entre 1996 y 2001 recibieron 82.000 millones de euros. Se convierten así en «la tercera industria más subvencionada en Europa» a pesar del fuerte endeudamiento que sufren. Las ayudas pueden alcanzar en algunos casos el 92% de los ingresos, como es el caso de la televisión sueca, la SVT, o el 91% de la danesa DR, 84% de la alemana ZDF, 81% de la BBC, 64% de la francesa FR3, y 52% de la RAI. De ahí para abajo todas sin excepción reciben fuertes ayudas, a veces acompañadas también de importantes beneficios procedentes de la publicidad.

La lucha contra la doble financiación ha sido precisamente la bandera de las cadenas privadas, que consideran este sistema de financiación «injusto y anticompetitivo» porque les permite lanzar numerosas iniciativas sin valorar el riesgo de las mismas, ya que cuentan siempre con el colchón del dinero público. Así, han retenido audiencias, una media del 41% en Europa, con prácticas de contraprogramación frecuentemente evidenciadas que no han podido, sin embargo, frenar el declive y la pérdida de seguidores tras la apertura a la competencia en el mercado audiovisual a mediados de los ochenta.

Pero las denuncias de los operadores privados no han tenido eco en Bruselas. Desde 1992, se han presentado ante la Comisión Europea al menos once denuncias por ayudas excesivas, competencia desleal y financiación cruzada. Pero Bruselas ha sido incapaz de diseñar un marco legal que regule el mercado audiovisual europeo. En algunos casos, como con RTVE, el ejecutivo comunitario pidió a las autoridades españolas que modifiquen la garantía ilimitada que el Estado concede al Ente por la prestación de un servicio de interés público. Este aval, según Bruselas, «supera los costes netos de la prestación del servicio público», y en otros casos como la RAI o la portuguesa RTP se le ha pedido un régimen más transparente para «evitar compensaciones excesivas».

*En el momento actual, la televisión pública se encuentra en una encrucijada con cuatro frentes principales: la definición de un nuevo modelo de servicio público de televisión, establecer un sistema de financiación que lo libere de la lucha por la tarta publicitaria, encontrar una línea programática de calidad acorde con su naturaleza y liderar el proceso de transición a la Televisión Digital Terrestre.” (Ver también Elena Aljarilla: “Alta subvención y mucho déficit en la TV europea”; Nueva Economía, Suplemento de *El Mundo*, nº 222, 16 de mayo de 2004).*

En este contexto, pues, vino a aprobarse la Ley 10/1988 de Televisión Privada. El punto de partida de esta norma era el de considerar la TV como servicio público esencial de titularidad estatal cuya gestión indirecta en régimen de concesión podía corresponder a los particulares adjudicatarios en concurso público convocado al efecto por el Consejo de Ministros (Arts. 1, 2 y 8).

Dichos adjudicatarios, sin perjuicio de lo dispuesto en el Derecho Comunitario, debían adoptar la forma de sociedades anónimas de nacionalidad española, con la gestión indirecta del servicio público de TV como objeto social y con un capital mínimo de mil millones de las antiguas Ptas., representado por acciones nominativas, totalmente suscrito y desembolsado, al menos, en un 50 % (Art. 18). El plazo de vigencia de las concesiones – declaradas intransferibles - era el de 10 años sucesivamente prorrogables por iguales términos (Arts. 11 y 12). Las tres sociedades adjudicatarias resultaron ser a la postre *Gestevisión-Telecinco, S.A.*, *Antena 3 de Televisión, S.A* y *Sogecable, S.A.*, en virtud del acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de agosto de 1989.

El modelo de TV privada que la Ley 10/1988 trataba de implantar era, y así lo declaraba su Preámbulo, de cobertura territorial mixta, por lo que las sociedades concesionarias debían combinar la emisión de programas de cobertura nacional con la de otros con una cobertura territorial limitada y que debía ser especificada en el Plan Técnico Nacional. Y así, uno de los criterios a considerar en la adjudicación del concurso se cifraba en la capacidad de las sociedades solicitantes para atender a las necesidades de programación con cobertura limitada de cada una de las demarcaciones territoriales.

La naturaleza de servicio público del televisivo se dejaba sentir en el dato de que, para el otorgamiento de la concesión, hubieran de ponderarse, junto a criterios asépticos, como el

expuesto en el párrafo anterior o la viabilidad económica o técnica del proyecto, otros con una carga valorativa importante como, por ejemplo, la necesidad de garantizar una expresión libre y pluralista de ideas y de corrientes de opinión, la preferencia en los proyectos de programación de las producciones en expresión originaria española o europea comunitaria, la previsión de satisfacción de las diversas demandas y los plurales intereses del público, la diversificación de los agentes informativos o la prevención frente a los abusos de posición dominante o a las prácticas restrictivas de la libre competencia (Art. 9).

Pero, de los preceptos de la Ley, el de mayor trascendencia a los efectos del presente trabajo tal vez fuera el Art. 19, sobre participaciones cruzadas o recíprocas, por su directa incidencia sobre las concentraciones empresariales en el sector. Su importancia justificará que lo tratemos, más adelante, como barrera normativa independiente y, de hecho, esta misma consideración fue la que le dio el TDC en asunto *Sogecable/Via Digital*, que estudiaremos al tratar del mercado de la TV de pago.

Finalmente, entró en vigor el Real Decreto 946/2005 (RCL 2005\1598; BOE 30 julio 2005, núm. 181, pág. 27016), de 29 julio, por el que se aprobaba la incorporación de un nuevo canal analógico de televisión en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, aprobado por el Real Decreto 1362/1988, de 11-11-1988 (BOE núm. 275 de 16 de noviembre de 1988). Este Plan únicamente preveía la existencia de las tres concesiones que terminaron recayendo sobre los tres adjudicatarios arriba mencionados. Sin embargo, este límite máximo fue suprimido por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo (BOE 15 junio 2005, núm. 142, pág. 20562), dado que, como se decía en la norma, los estudios del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio hacían posible un nuevo canal analógico con cobertura en todo el territorio nacional.

La cobertura total estimada del nuevo canal era la del 70 % de la población y sus emisiones debían comenzar, en el plazo de 6 meses a contar del otorgamiento de la concesión, en Barcelona y Madrid. De esta manera, el beneficiario de la concesión quedaba situado en posición idéntica a la de los otros tres, también en lo referente al abandono de sus emisiones en analógico para abril de 2010, conforme a lo que se dirá. Finalmente, en reunión del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 se acordó otorgar la concesión para la gestión en abierto del servicio público de televisión de cobertura nacional a la sociedad *Gestora de inversiones audiovisuales La Sexta, S.A.*

La TV terrestre convencional o analógica, ha quedado, como hemos dicho, prácticamente extinguida tras el llamado apagón analógico. La misma ha sido desplazada de modo casi ya definitivo por la TV digital terrestre, cuya regulación parte en España de la nueva Ley General Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 marzo). La Disposición Derogatoria de esta última ha dejado sin efecto prácticamente toda la normativa referida en este epígrafe: la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión; la 46/1983, de 26 de diciembre, del Tercer Canal de Televisión; La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada; y la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo.

Inscribiéndose plenamente esta nueva normativa en un entorno de TV digital, es procedente que la reservemos para los epígrafes siguientes.

2. Televisión digital

a. Antecedentes normativos

El régimen jurídico para la prestación del servicio público de televisión terrenal con tecnología digital, al constituir una modalidad de prestación del servicio y no un nuevo sistema de televisión, se vino rigiendo con carácter general, por las normas de difusión de televisión no viéndose, por tanto, alterada su naturaleza y conservando la configuración de servicio público.

Gradualmente, en el texto de las normas que fueron sucediendo a algunas de las mencionadas en el anterior epígrafe, empezó a hacerse patente la revolución tecnológica implícita en el fenómeno de la digitalización. Así, la Disposición adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 diciembre 1997, núm. 313, pág. 38517) vino a referirse al régimen jurídico de la Televisión digital terrenal y, en relación con ella, se reiteraba la necesidad de disponer de título habilitante para la prestación del servicio televisivo digital por ondas hertzianas de ámbito nacional (también autonómico y local), previa la aprobación del Reglamento técnico correspondiente a dicho servicio, al tiempo que se resaltaba que las concesiones para la gestión indirecta por entidades privadas serían las técnicamente viables conforme al Plan técnico de la TDT atendiendo a las posibilidades del espectro.

Cumpliendo con este mandato, mediante Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, vino a aprobarse el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal (BOE 16 octubre 1998, núm. 248, pág. 34244), el cual estuvo vigente hasta el 1 de agosto de 2005. En el texto de esta norma se establecía una distinción clara entre, por una parte, la gestión directa del servicio público televisivo digital terrestre y, por otra, esa misma gestión cuando hubiera de ser indirecta. La primera, la directa, se encomendaba, en lo que al ámbito nacional se refería, al *Ente Público RTVE* conforme a las disposiciones de la Ley 4/1980 de la Televisión pública que se dejó ya citada. La otra, la indirecta, se reservaba para los particulares que hubieran de resultar adjudicatarios de las oportunas concesiones a conceder por el Estado, para la difusión de ámbito nacional, lo anterior de conformidad con la Ley 10/1988 de Televisión privada también supracitada.

La Disposición Adicional Primera de ese Plan Técnico Nacional de la TDT de 1998 vino a regular el tránsito de la tecnología analógica a la digital en términos como los siguientes. Esta norma hablaba de programas dentro de un canal múltiple digital con cabida para hasta cuatro programas (en el Plan Técnico vigente, que se estudiará, el término programa es sustituido por el de canal digital, de manera que, dentro un canal múltiple digital, habría cabida para hasta cuatro canales digitales). En el ámbito de la difusión nacional, se reservaban dos programas dentro de un canal múltiple digital de ámbito estatal a favor del *Ente Público RTVE* - uno por cada cadena - y un programa, dentro también de un canal múltiple digital de cobertura estatal, a favor de cada una de las tres sociedades anónimas concesionarias del servicio público de TV privada - si les fuera renovada la concesión y por todo el tiempo de esa renovación -, a fin de que pudieran simultanear sus emisiones en digital con las que venían desarrollando en analógico.

Por otra parte, la Disposición Adicional Segunda del RD de aprobación del PTNTDT de 1998 imponía a esas tres sociedades concesionarias la obligación de, en un plazo no superior a dos años contados de la renovación, comenzar con sus emisiones en tecnología digital

sujetándose a las mismas condiciones que tuvieran establecidas en su concesión, en particular, en cuanto a la emisión en abierto o encriptada. Los objetivos mínimos de cobertura de población para los programas reservados para sociedades concesionarias privadas estaban fijados en el Art.7 del Plan: **(i)** 50 % a 30/06/2000; **(ii)** 80 % a 31/12/2001; **(iii)** y 95 % a 31/12/2011. La explotación de los restantes programas y canales no reservados conforme a todo lo anterior habrían de ser adjudicados en concesión por el Estado.

Por otra parte, todas las entidades, públicas o privadas, que tuvieran encomendadas la gestión ya directa ya indirecta del servicio público televisivo, en el momento de cesar en sus emisiones analógicas, en el caso de existir una mayor concurrencia en el mercado nacional, tendrían derecho a adquirir o conservar las bandas necesarias para poder explotar con tecnología digital todo un canal múltiple (cuatro programas en total). A los anteriores efectos, se entendía que se daría una mayor concurrencia en el mercado nacional cuando existiera, al menos, una nueva concesionaria explotando el servicio con cobertura estatal.

Finalmente, aclaraba la Disposición adicional tercera del Real Decreto 2169/1998 que la concesión otorgada para la explotación del servicio público de TV digital terrenal bajo acceso condicional comprendería la difusión de emisiones en que el abonado se comunicara a través de la red para acceder en un momento prefijado por el difusor al programa deseado, mas no las de aquellas otras en que fuera el propio usuario quien decidiera el momento de la recepción (servicios de *video on demand*).

Mediante Orden de 9 de octubre de 1998 se aprobó el Reglamento Técnico de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal. De su contenido tal vez fuera lo más digno de mención el texto del Art. 5, conforme al cual: *“las nuevas sociedades concesionarias del servicio de televisión digital terrenal, estarán obligadas a emitir en abierto programas de televisión, como mínimo cuatro horas diarias y treinta y dos horas semanales. Durante el resto del día y de la semana, se podrá emitir televisión en abierto o mediante acceso condicional, con arreglo al contenido de los contratos concesionales. Los descodificadores que se empleen habrán de ser, conforme a la legislación vigente, abiertos y compatibles”*.

Esta última orden de 1998 sería luego declarada nula por sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2004 por considerar que excedía de la habilitación normativa contenida en la disposición adicional cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997, al regularse en ella materias que nada tenían que ver con las propias de un Reglamento técnico y de prestación de servicios de televisión digital terrestre, pues contenía la definición del régimen jurídico de la televisión digital terrestre y regulaba aspectos tan esenciales como las formas de gestión directa e indirecta del servicio, o las condiciones y requisitos para el otorgamiento de la concesión, los cuales, al constituir materia propia de un Reglamento general de desarrollo y ejecución de ley, sólo podían disciplinarse mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3) de 30 diciembre 2004; RJ 2005\89 Jurisdicción:Contencioso-Administrativa; Recurso de Casación núm. 6195/2001; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado].

Mediante Resolución de 21 de junio de 1999 de la Secretaria General de Comunicaciones vino a publicarse el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio del mismo año por el que se habilitaba a las sociedades concesionarias del servicio público de TV - *Gestevisión-Telecinco, Sociedad Anónima, Antena 3 de Televisión, Sociedad Anónima y Sogecable, Sociedad Anónima* – para prestar el servicio de televisión digital terrenal en los términos

establecidos en la disposición transitoria primera del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, de aprobación del Plan Técnico de Televisión Digital Terrenal (BOE 21/07/1999) (conforme a dicha transitoria las concesionarias citadas podían solicitar, aun antes de la renovación referida más arriba de su título concesional, que éste último se extendiera a la utilización del programa mencionado dentro del canal múltiple a fin de realizar emisiones en digital).

Lo más importante era que dichas entidades, para la explotación del servicio de TV digital terrestre, podían, hasta la finalización del plazo de diez años de vigencia de su concesión conforme al Art. 11 de la Ley 10/1988, valerse de sus propios servicios portadores o del servicio portador del Ente Público de la *Red Técnica Española de Televisión (RETEVISION)* y, tras la expiración de dicho término, y en el caso de serles renovada la concesión conforme a todo lo dicho, de este último, del suyo propio o del de una tercera entidad, siendo necesaria la obtención, en los dos últimos casos, de la licencia individual exigible conforme a la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, que era la entonces vigente. Respecto a estos últimos títulos habilitantes, reiterar lo dicho más arriba en cuanto a que eran los exigidos para la prestación del servicio portador de difusión (servicio de comunicaciones electrónicas), diferentes, por tanto, de la concesión exigida para la prestación del servicio público de difusión televisiva, que es el que principalmente nos ocupa en esta parte de la tesis.

Finalmente, la Resolución de 10 de marzo de 2000, de la Secretaría General de Comunicaciones (BOE de 11 de marzo de 2000), hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2000, sobre renovación a las sociedades *Antena 3 de Televisión, Sociedad Anónima, Gestevisión Telecinco, Sociedad Anónima y Sogecable, Sociedad Anónima*, de las concesiones para la prestación, en régimen de gestión indirecta, del servicio público de televisión. Poco después, la Resolución de 13 de diciembre de 2000 de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la información (BOE de 9 de enero de 2001) hizo público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000 por el que se resolvía el concurso público convocado para la adjudicación de dos concesiones para la explotación en régimen de emisión en abierto del servicio público de TDT. Dicha adjudicación terminó recayendo en *Sociedad Gestora de Televisión Net TV, Sociedad Anónima*, y en *Veo Televisión, Sociedad Anónima*.

Es decir, que a las tres entidades que venían prestando el servicio público de televisión, *Antena 3, Telecinco y Sogecable*, debían sumarse las dos empresas adjudicatarias del concurso público convocado para la adjudicación de dos concesiones para la explotación en régimen de emisión en abierto del servicio público de la televisión digital terrenal, a saber, *Sociedad Gestora de Televisión Net TV, S.A. y Veo Televisión, S.A.*

b. Situación actual

Mediante Real Decreto 944/2005, de 29 julio, se aprobó el nuevo Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital terrestre [RCL 2005\1596; BOE 30 julio 2005, núm. 181; pág. 27006] y se vino a derogar el Real Decreto 2169/1998. En él la fecha prevista para el apagón analógico se situaba en el 3 de abril de 2010, anticipándose así a la fecha límite establecida por la Comisión Europea para todos los países fijada para el año 2012.

Este Real Decreto impulsaba el desarrollo de la TDT en España, conforme a un exigente plan de despliegue que buscaba garantizar en el plazo más breve posible la definitiva implantación de la TDT. A estos efectos, el artículo 6 del citado PTNTDT recogía un

calendario al que se sometían las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal, que se comprometían a garantizar las diversas y progresivas coberturas. Este precepto establecía la cobertura mínima poblacional a alcanzar por el servicio de TDT (80%, 90% y 95%).

En palabras de la CMT (Informe anual 2006): *“El Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre estableció que el apagón analógico debería tener lugar el 3 de abril de 2010. La misma norma delimitó el calendario de cobertura de la población que los prestadores del servicio de difusión de la señal de televisión TDT deberían proveer. Inicialmente, se estableció que los distintos operadores que prestan el servicio público de televisión estatal deberían cubrir el 80% de la población antes del 31 de diciembre de 2006”*.

Posteriormente, la disposición adicional segunda del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, (BOE de 2 de septiembre) vino a concretar determinados hitos intermedios de cobertura. En palabras de la misma CMT (*ibídem*): *“Posteriormente, con la aprobación del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, se modificó parcialmente el calendario. Se determinó que el 85% de la población debería estar cubierto antes del 31 de julio de 2007, el 88% antes del 31 de julio de 2008 y el 93% antes del 31 de julio de 2009”*. Dicha norma pasaba a dar nueva redacción a la Disposición adicional segunda del RD 944/2005 (ver más abajo).

De acuerdo con todo ello, las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal debían alcanzar, al menos, los siguientes niveles o grados de cobertura:

Antes del 31 de diciembre de 2005	80% de la población
Antes del 31 de julio de 2007	85% de la población
Antes del 31 de julio de 2008	88% de la población
Antes del 31 de diciembre de 2008	90% de la población
Antes del 31 de julio de 2009	93% de la población
Antes del 3 de abril de 2010	95% de la población (98% para RTVE)
A partir del 3 de abril de 2010	96% de la población

Dado este calendario y para garantizar el tránsito a la emisión en digital, el Gobierno aprobó, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de septiembre de 2007, el Plan Nacional de Transición de la Televisión Digital Terrestre cuyo objeto era *“asegurar el pleno cese de emisiones de la televisión con tecnología analógica antes del 3 de abril de 2010, y su total sustitución por las emisiones basadas en tecnología digital”*.

El PTNTDT aprobado por RD 944/2005 partía de un primer escenario de transición hasta esa fecha de 2010, en la que se preveía la asignación de un mayor número de frecuencias al modo de difusión digital que al analógico para resolver la situación de estancamiento en que se encontraba inmerso el primero. El segundo escenario era el posterior a esa fecha y en él tendría ya lugar la asignación de las frecuencias excedentes y liberadas tras el cese de las emisiones en analógico.

- **Escenario anterior a 3 de abril de 2010** (Disposición Adicional Segunda y Disposición Transitoria Cuarta). El término “canal digital” sustituía al de “programa” empleado en el Plan técnico anterior. En el apéndice de definiciones incorporado al

Plan técnico vigente se introducían las siguientes definiciones: **(i)** Múltiple digital: *“señal compuesta para transmitir un canal o frecuencia radioeléctrica y que, al utilizar la tecnología digital, permite la incorporación de las señales correspondientes a varios canales de televisión y de las señales correspondientes a varios servicios asociados y a servicios de comunicaciones electrónicas”*; **(ii)** Canal digital de televisión: *“parte de la capacidad de un múltiple digital que se utiliza para la incorporación en él de un programa de televisión”*; **(iii)** Canal analógico de televisión: *“capacidad de transmisión que se utiliza para la difusión de un programa de televisión con tecnología analógica”*; **(iv)** programa de televisión: *“organización secuencial en el tiempo de contenidos audiovisuales, puesta a disposición del público de forma independiente, bajo la responsabilidad de una misma persona y dotada de identidad e imagen propias”*.

Conforme a la Disposición Adicional Segunda del RD 944/2005, se reservaba a cada una de las concesionarias privadas del servicio público de TV un canal digital de cobertura estatal, dentro del múltiple digital, para simultanear sus emisiones en analógico y digital, en modalidad encriptada (de pago) o en abierto, según los términos de su concesión, y sin posibilidad de efectuar desconexiones territoriales. Los canales liberados tras el cese de sus emisiones en analógico pasarían a estar disponibles para una nueva adjudicación. A RTVE se le asignaba todo un canal múltiple digital de cobertura estatal, con capacidad de desconexión territorial de ámbito autonómico para sus emisiones en analógico y digital. También se preveía la adjudicación al Ente Público – hoy *Corporación RTVE* - de un canal digital dentro de un múltiple digital de cobertura estatal, sin capacidad de desconexión territorial, que debería dejar libre tras la extinción de sus emisiones en analógico.

Los canales digitales liberados y todos los que no se hubieran reservado conforme a lo anterior se destinarían al fomento de la implantación de la TDT, conforme a lo que se dirá a propósito de la Disposición Transitoria Cuarta, o serían objeto de nueva licitación. A tales efectos, se preveía la convocatoria de concurso para la adjudicación de, al menos, dos nuevos canales digitales. Dicho concurso fue resuelto a favor de *“Gestora de Inversiones Audiovisuales, La Sexta, S.A.”* mediante acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 25 de noviembre de 2005, quedando habilitada para emitir tanto en tecnología analógica como mediante tecnología digital (a través de dos canales digitales).

Además, en la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto 944/2005 se preveía que las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal podían solicitar la ampliación de sus concesiones. Así, las tres sociedades, que disponían de concesión con tecnología analógica (*Antena 3, Telecinco y Sogecable*) y a las que se había concedido un canal digital para simultanear las emisiones analógicas y digitales conforme a la Disposición Adicional segunda, podían solicitar hasta dos canales digitales adicionales, mientras que las dos sociedades concesionarias *Net* y *Veó* podían solicitar un programa digital adicional al que ya les había sido concedido. Para ello debían presentar, antes del día 1 de octubre de 2005, un plan detallado de actuación en el que asumieran el compromiso de iniciar emisiones de la programación del primer canal digital adicional antes del 30 de noviembre de 2005, junto a otros requisitos.

En desarrollo de lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta del PTNTDT, se publicó el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 (BOE de 5 de diciembre), por el se ampliaba con canales digitales adicionales el contenido de las concesiones de las sociedades que gestionaban el servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal y por el que se asignaban los canales que formaban parte de los múltiples digitales en redes de frecuencia única.

Las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera (ver más abajo) y la Disposición Transitoria Cuarta del Real Decreto 944/2005 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 que acaba de mencionarse fueron objeto de dos recursos contencioso-administrativos ante el TS (Sentencia de 2 junio 2009- JUR 2009\300434 y Sentencia de la misma fecha que la anterior - JUR 2009\300435; Recursos de Casación 96/2005 y 38/2006, respectivamente).

La resolución de estos dos recursos estuvo presidida por la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2008 (asunto C-380/05, *Centro Europa 7 Srl*) sobre la interpretación de las Directivas 2002/21/CE, 2002/20/CE y 2002/77/CE. Lo relevante de la sentencia comunitaria de 31 de enero de 2008 era que, confrontado ante una norma legal transitoria que daba un trato de favor a las cadenas de televisión existentes en Italia (fundamento jurídico noveno), protegiendo sus intereses, en cuanto impedía la atribución de radiofrecuencias excedentarias a otros operadores, el Tribunal de Justicia afirmó que tal normativa nacional era incompatible con el artículo 49 del Tratado CE y, a partir de su aplicabilidad, con el artículo 9, apartado 1, de la Directiva Marco, los artículos 5, apartados 1 y 2, párrafo segundo y 7, apartado 3, de la Directiva Autorización, así como con el artículo 4 de la Directiva Competencia. De acuerdo con el Fundamento Jurídico 100 de dicha Sentencia, *“un régimen de licencias que limita la cantidad de operadores en el territorio nacional puede estar justificado por objetivos de interés general siempre que las restricciones que de él se deriven sean apropiadas y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”*.

Nuestro TS entendió que existían razones de interés general que justificaban la atribución de frecuencias a los antiguos concesionarios, sin necesidad de pasar por el concurso, basada en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. Para el TS la asignación concreta y determinada de los canales digitales adicionales *“estaba vinculada a la modificación del contenido de los contratos concesionales respecto de los operadores que tenían atribuidas radiofrecuencias en virtud del título concesional, por lo que no desconocía los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad, pues de ningún modo se producía la apropiación ilegítima por los actuales concesionarios de la prestación del servicio público de televisión de un espacio radioeléctrico que no les correspondía, sino la sustitución, por razones técnicas, del canal analógico por un múltiple digital, que ocupaba el mismo espacio del espectro radioeléctrico que el espacio utilizado para la prestación del servicio público concedido, que permitía un uso más eficiente y racional del dominio público radioeléctrico”*.

Y, por ello: *“el criterio de selección de los operadores a los que se faculta para solicitar la explotación de canales digitales adicionales no es arbitrario, al corresponder a las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal existentes, que tienen reconocido el derecho a emitir con tecnología digital, pues responde a criterios objetivos, en cuanto que tienen la solvencia técnica y*

económica para comprometerse a realizar las inversiones necesarias que garanticen el mantenimiento de la calidad del servicio para poder ofrecer a los espectadores una oferta atractiva que capte usuarios para la televisión digital”.

Existían, en fin, para el Alto Tribunal razones de interés público que respaldaban la medida, toda vez que respondía a una necesidad imperiosa de interés público, en cuanto fomentaba la implantación inmediata de la televisión digital, y no suponía consolidar posiciones abusivas de dominio, desvinculadas del título concesional, que impidieran la entrada de nuevos operadores en el sector de la prestación de servicios de televisión digital terrestre, al estar obligada la Administración a convocar concursos para la adjudicación de los múltiples digitales excedentarios.

Así pues, *“la evolución de la TDT fue uno de los acontecimientos de mayor trascendencia a lo largo de 2006. A finales de 2005 se procedió a asignar los 20 canales de TDT con cobertura nacional subdivididos en cinco múltiplex”* (Informe Anual CMT 2006). Como resultado de todo lo anterior, la distribución por operadores de los canales digitales en los distintos múltiplex de red de frecuencia de alcance nacional única (en adelante SFN), regulada por el Real Decreto 944/2005 y en los Acuerdos del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005, era la siguiente:

Red cobertura TDT estatal	Canal SFN 66	Canal SFN 67	Canal SFN 68	Canal SFN 69
RTVE	RTVE	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV
RTVE	VEO TV	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV
RTVE	VEO TV	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV
RTVE	NET TV	LA SEXTA	NET TV	LA SEXTA

RTVE tenía asignado un canal múltiple completo con posibilidad para efectuar desconexiones territoriales de ámbito autonómico, que hacía uso de los canales radioeléctricos 57 a 65.

- **Escenario posterior al 3 de abril de 2010** (Disposición Adicional Tercera del RD 944/2005). Se preveía la asignación de un múltiple digital tanto a las sociedades concesionarias a la entrada en vigor del Real Decreto como a las que llegaran a serlo en virtud del concurso mencionado en la Disposición Adicional Segunda. En cuanto a *RTVE*, la previsión era la de asignarle dos canales múltiples digitales de cobertura estatal, de los que sólo uno tendría aparejada capacidad de desconexión territorial. La situación quedaba como sigue:

Canal	Canal	Canal	Canal	Canal	Canal	Canal	Canal
RTVE	RTVE	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV	LA SEXTA	NET TV	VEO TV
RTVE	RTVE	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV	LA SEXTA	NET TV	VEO TV
RTVE	RTVE	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV	LA SEXTA	NET TV	VEO TV
RTVE	RTVE	SOGECABLE	TELE 5	A3 TV	LA SEXTA	NET TV	VEO TV

Por tanto, como veremos al tratar de los mercados de la transmisión de señal de TV, las posibles ventanas de oportunidad para los prestadores del servicio soporte de difusión (servicio de comunicaciones electrónicas), se vinculaban a la fecha del apagón analógico, el 3 de abril de 2010, momento en el que se produciría una reasignación de los canales para que cada sociedad concesionaria, cliente potencial por tanto de los prestadores de esos servicios portadores, tuviera un múltiple propio, debiéndose crear, como mínimo, tres múltiplex más.

Además, mediante Real Decreto 945/2005, de 29 julio, fue aprobado el Reglamento general de prestación del servicio de televisión digital terrestre (RCL 2005\1597; BOE 30 julio 2005, núm. 181, pág. 27014). Dicha norma, que traía causa de la sentencia del Tribunal Supremo citada en el anterior epígrafe de 30 de diciembre de 2004 (*Vid Supra*), junto con la Orden ITC/2476/2005, de 29 julio, por la que se aprobaba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de televisión digital terrestre (RCL 2005\1600; BOE 30 julio 2005, núm. 181, pág. 27022), prácticamente se limitaban a reproducir el contenido de la orden declarada nula por el TS y a remitirse a toda la normativa que hemos estudiado bajo el epígrafe de la TV analógica o convencional, de la que la digital no dejaba de ser una variante, normativa que de forma expresa se declaraba aplicable a este último modo de difusión.

Partiendo del marco jurídico del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprobaba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre, el Real Decreto 365/2010, de 26 marzo (BOE 3 abril 2010, núm. 81, pág. 30750), vino a regular la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica.

Para esta regulación este nuevo Real Decreto consideraba las decisiones regulatorias que los organismos internacionales especializados en telecomunicaciones y las instituciones comunitarias estaban adoptando para que la subbanda de frecuencias de 790 a 862 MHz (canales radioeléctricos 61 a 69), lo que se daba en llamar “dividendo digital”, pudiera ser utilizada para otros usos, como los servicios avanzados de comunicaciones electrónicas de carácter paneuropeo.

La Conferencia Regional de Radiocomunicaciones de la región 1 de la Unión *Internacional de Telecomunicaciones (UIT)* que aprobó el Plan de Ginebra en junio de 2006, había acordado el uso de toda la banda UHF 470-862 MHz para los servicios de radiodifusión. Sin embargo, con posterioridad, la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2007 aprobó, para la región 1, la atribución al servicio de comunicaciones móviles en uso coprimario con los servicios de radiodifusión, de la subbanda de frecuencias 790-862 MHz (ver más abajo). La idea era la de que, antes del 1 de enero de 2015 esa subbanda se encontrase disponible para esos servicios avanzados de comunicaciones electrónicas que compaginarían la difusión y la comunicación móvil (TV al móvil).

De acuerdo con el Art. 2 del RD 365/2010, había que diferenciar dos fases:

- **Fase 1 (Actuaciones tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica).** El servicio de televisión digital terrestre se explotaría en la banda de frecuencias de 470 a 862 MHz (canales radioeléctricos 21 a 69). Se distinguían dos etapas dentro de esta fase 1, a saber:
 - a. ***Etapas 1.*** Se iniciaba en el momento en el que se autorizase el acceso a la nueva capacidad posterior al apagón analógico a cada una de las sociedades concesionarias del servicio público televisivo, finalizando seis meses después. En esta etapa 1 de la fase 1, las sociedades concesionarias del servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal podrían seguir explotando la capacidad de los múltiples digitales asociados a los canales radioeléctricos 66, 67, 68 y 69, y también podrían explotar la capacidad de tres nuevos múltiples digitales que serían objeto de planificación. Además, en estos tres múltiples digitales más que se asignarían al inicio de esta fase, las sociedades concesionarias del servicio público de televisión terrestre de ámbito

estatal compartirían su capacidad mediante la explotación por cada una de ellas de dos canales digitales de televisión en cada uno de ellos. En esta etapa, las sociedades concesionarias del servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal deberían alcanzar en los tres nuevos múltiples digitales planificados, al menos, una cobertura del 90 por ciento de la población.

- b. ***Etapas 2.*** La misma se extendía durante tres meses adicionales a la duración de la etapa 1. Las sociedades concesionarias dejarían de explotar el múltiple digital asociado al canal 66 y compartirían por mitades los múltiples digitales asociados a los canales radioeléctricos 67 a 69. Seguirían compartiendo por mitades iguales cada uno de los tres nuevos múltiples digitales de la etapa anterior.

Mediante Orden ITC/99/2011, de 28 de enero, por la que se determinaba la fecha de ejecución de la reordenación de canales de televisión digital terrestre prevista en el momento del tránsito entre las etapas 1 y 2 de la fase 1 del proceso establecido en el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, por el que se regulaba la asignación de los múltiples de la televisión digital terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, se vino a disponer: “*Primero. Determinación de la fecha de ejecución efectiva de la reordenación de canales de televisión digital prevista en el momento del tránsito entre las etapas 1 y 2 de la fase 1 del proceso establecido en el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica.–La reordenación de canales de televisión digital terrestre prevista para su ejecución en el momento del tránsito entre las etapas 1 y 2 de la fase 1 del proceso establecido en el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la televisión digital terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, se llevará a cabo el día 1 de marzo de 2011. Segundo. Información al ciudadano del cambio de ubicación de canales de televisión digitales.–Las sociedades licenciatarias del servicio de televisión terrestre de ámbito estatal deberán informar a los ciudadanos, al menos a través de sus canales de televisión afectados, del cambio planificado de ubicación de los mismos. Tercero. Aplicabilidad.–Esta orden será aplicable desde el 30 de enero de 2011*”.

- **Fase 2 (Actuaciones para que antes del 1 de enero del año 2015, la subbanda de frecuencias de 790 a 862 MHz pudiera quedar reservada a otros usos y servicios).** En la fase 2, se planificarían nuevos múltiples digitales y se establecerían ajustes en los múltiples digitales a que se refería la fase anterior, con el objetivo de que antes del 1 de enero de 2015, la subbanda de frecuencias de 790 a 862 MHz pudiera quedar reservada para otros usos y servicios, de manera que los canales radioeléctricos 61 a 69 que venían siendo utilizados por los múltiples digitales de la fase anterior, pudieran en esta fase ser sustituidos por otros situados por debajo de la citada subbanda. Así, la fase 2 concluiría antes de la citada fecha del 1 de enero de 2015 con la asignación del múltiple o los múltiples digitales definitivos a cada una de las entidades habilitadas y con el cese de emisiones de televisión en los canales que se venían utilizando dentro de la subbanda de frecuencias 790 a 862 MHz.

En España, el Art. 51 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55), que lleva la rúbrica de “*Reorganización*

del espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias 790-862 MHz.”, ha venido a disponer: “La banda de frecuencias 790-862 MHz se destinará principalmente para la prestación de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas, en línea con los usos armonizados que se acuerden en la Unión Europea. Esta banda deberá quedar libre para poder ser asignada a sus nuevos usos antes del 1 de enero de 2015. Los costes derivados de la reorganización del espectro radioeléctrico que es necesario realizar para liberar la banda de frecuencias 790 a 862Mhz., serán sufragados por la Administración con los ingresos obtenidos en las licitaciones públicas que se convoquen para asignar espectro radioeléctrico. El Gobierno adoptará una propuesta de actuaciones en materia de espectro radioeléctrico, que incluirá la banda de frecuencias 790 a 862 MHz, una vez analizadas las aportaciones de los agentes del sector y las Comunidades Autónomas. El objetivo principal será la optimización y flexibilización del uso del espectro y la puesta a disposición del sector de todo el espectro disponible”.

Bajo la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010 y, en el mismo sentido, bajo la Ley 17/2006, de 5 de junio, de Radio y Televisión de Titularidad Estatal, la situación es la de que la TV terrestre de cobertura estatal es ya sólo digital. Dentro de ella, sólo tiene la consideración de servicio público aquel *“servicio esencial de interés económico general que tiene como misión difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual”* y cuya gestión directa se atribuye a RTVE (Art. 40 y Disposición Adicional quinta de la LGCA). El resto de emisiones de TV digital terrestre son sólo servicios de interés general que corresponderán, bajo simple licencia, y sin necesidad de concesión de servicio público, a particulares (se imponen límites, sobre todo, respecto de personas físicas o jurídicas de Estados ajenos al Espacio Económico Europeo, siempre que no se de reciprocidad). De hecho, la Disposición Transitoria Segunda de la misma LGCA ordena la extinción de las antiguas concesiones y su inmediata conversión en licencias.

En el ámbito de cobertura estatal la competencia para el otorgamiento de las licencias corresponde al Gobierno previo concurso público, y sin perjuicio de la participación de las Comunidades Autónomas, que se articulará a través de mecanismos de colaboración y cooperación entre las Comunidades Autónomas y el Estado (Art. 22). La licencia deberá concretar el ámbito de cobertura territorial de la emisión, el número de canales, el múltiplex asignado y si éste será en abierto o en acceso condicional mediante pago (Art. 24). La duración de la licencia será la de 15 años, sucesivamente prorrogables por iguales periodos, cumplidas ciertas condiciones (Art. 28). Además, la licencia podrá ser objeto de negocios jurídicos, con sujeción a las condiciones del Art. 29.

Son de notar a este respecto ciertas consideraciones vertidas por la CNC en su Informe sobre el Anteproyecto de LGCA. Respecto de la regulación de las licencias, la CNC subrayaba que la misma debía estar orientada a posibilitar la competencia y el acceso al mercado en el futuro. En el Art. 30 del Anteproyecto (antecedente del 28 de la Ley) se disponía que las licencias serían otorgadas por un plazo de quince años, siendo automáticas las sucesivas renovaciones, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. La sucesiva renovación automática de las licencias, en un entorno de limitación de su número, suponía la limitación del acceso al mercado para terceros operadores interesados en entrar al mismo, en el momento del vencimiento formal de la vigencia de la licencia, limitación que

permanecería en tanto no sucediese un cambio sustancial en la capacidad física del espectro. De aquí podían derivarse importantes restricciones al juego de la competencia.

La CNC, tras ciertas consideraciones *obiter dicta*, como la de que sería más razonable limitar la posibilidad de prórroga al tiempo necesario para que el operador de que se tratase pudiera amortizar las inversiones realizadas, o la de que resultaría más favorecedor del pluralismo informativo la articulación de mecanismos que privilegiasen a los operadores no mayoritarios en el ámbito en cuestión, terminó por sentar que, al menos, ya que no se eliminaba la prórroga automática, debía incluirse una letra d) en el apartado 2 del Art. 30, que estableciese condiciones para la prórroga en el siguiente sentido (previsión también incluida en el texto definitivo de la Ley): “*Las sucesivas renovaciones de las licencias serán automáticas, y por el mismo plazo estipulado inicialmente para su disfrute, siempre que: [...] **Ningún otro operador haya solicitado, en los seis meses previos a su vencimiento, una licencia similar, cuando el margen para su otorgamiento esté agotado por razones técnicas***”.

Otra cuestión importante era la de que, bajo la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual, la TDT admitiría tanto las modalidades en abierto como de pago. Esta opción había sido ya introducida por el Real Decreto-ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regulaba para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional y, después, por la Ley 7/2009, de 3 de julio, de Medidas Urgentes en Materia de Telecomunicaciones. Ambas normas han sido derogadas por la Disposición Derogatoria de la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual. En el Art. 24 de ésta se prevé que la licencia para el servicio de TDT pueda ser para la modalidad de acceso condicional mediante pago. La explotación de canales con contenidos total o parcialmente de pago será posible siempre que la ocupación de espectro radioeléctrico sea inferior o igual al 50 % del conjunto del espectro asignado (ap. 3).

A pesar de la indudable trascendencia de lo anterior, lo más clarificador a efectos expositivos referidos a España, sigue siendo vincular TV en abierto a TV terrestre y TV de pago al resto de modalidades (satélite, cable y ADSL). De hecho, esta ha sido la situación a que se han venido enfrentando las autoridades nacionales de la competencia, en los casos que han llegado a plantearse. A lo anterior debe añadirse el estado germinal de esta nueva modalidad de TDT de pago en nuestro país.

Finalmente, podría hacerse también aquí referencia al anteproyecto de modificación de la LGT de 2003 para transponer al ordenamiento jurídico español el nuevo marco europeo regulador de las comunicaciones electrónicas, compuesto fundamentalmente: (i) por un lado, por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre cooperación en materia de protección de los consumidores; y (ii) por otro, por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE de 7 de marzo de 2002 relativa las redes de comunicaciones electrónicas; el Reglamento (CE) nº 1211/2009, por el que se establece la oficina y el organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas (ORECE) y la Decisión de 16 de

diciembre de 2009, que modifica la Decisión 2002/622/CE por la que se crea el grupo de política del espectro radioeléctrico.

Dentro del Art. 8 del Anteproyecto (*“Condiciones para la prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas”*) se pretendía introducir un párrafo quinto en el que se precisaba: *“Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas soporte de servicios de radiodifusión y televisión deberán comprobar, previamente al inicio de las emisiones, que las entidades a cuya disposición ponen su red ostentan el correspondiente título habilitante en materia de servicios audiovisuales.”* Para la CNC (ver IPN 52/11; informe aprobado en reunión de 23 de febrero de 2011), *“si bien esta carga burocrática que se impone a los operadores puede estar justificada y resultar procedente para los servicios audiovisuales prestados a través de ondas hertzianas, este no es necesariamente el caso con respecto a la prestación de estos servicios a través de otros soportes tecnológicos como Internet, en relación con los cuales tal obligación de comprobación puede resultar extremadamente difícil de cumplir. Se recomienda su eliminación o bien una mayor precisión en el sentido apuntado”*. En el texto definitivo de la Ley se ha hecho caso de la opinión de la CNC al respecto.

(ii) Televisión de ámbito autonómico

1. Televisión analógica

Un segundo hito legislativo, posterior a la Ley 4/1980 (citada más arriba al tratar de la TV de ámbito nacional) fue el constituido por la Ley 46/1983, reguladora del Tercer Canal (BOE 5.1.1984). Hasta ella existían sólo dos canales estatales: la 1 y la 2 de Televisión Española.

A través de ella vino a autorizarse al Gobierno para poner en funcionamiento un tercer canal de TV de titularidad estatal cuya gestión en régimen de concesión se encomendaría en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma a una sociedad anónima de capital público y suscrito íntegramente por el Ente Territorial Autonómico correspondiente (Arts. 1 y 9). La gestión así concedida no podría transferirse a terceros – Art. 6 –; habilitándose de forma directa e íntegra a la sociedad anónima concesionaria para el desarrollo de la organización, ejecución y emisión del tercer canal.

La Disposición adicional primera de la Ley se encargaba de aclarar que la emisión y transmisión de señales del tercer canal debía efectuarse a través de las ondas hertzianas. Y en cuanto al servicio portador de difusión del tercer canal – inscrito en el segmento de las comunicaciones electrónicas y distinto, como se viene insistiendo, del propio servicio de difusión televisiva –, el Art. 2 ordenaba al Estado proporcionar a cada Comunidad Autónoma la infraestructura técnica de una red para la difusión del tercer canal conformada por enlaces y reemisores que garantizaran la cobertura del territorio afectado.

Tras el apagón analógico de 3 de abril de 2010, la TV terrestre analógica de cobertura autonómica habría quedado totalmente desplazada por la digital a que pasamos a referirnos. De hecho, la Ley 46/1983 se sitúa entre las derogadas por la Disposición Derogatoria de la nueva Ley General de Comunicación audiovisual de 2010.

2. Televisión digital

El proceso de digitalización en la TV de ámbito autonómico ha corrido en paralelo a ese mismo proceso en el de la TV de ámbito nacional. Lo anterior nos dispensaría de hacer un estudio sobre la situación previa a la actual, permitiendo que nos remitamos a la exposición de antecedentes normativos hecha al tratar de TV de cobertura nacional y que pasemos a centrarnos en el presente estado de la cuestión.

Éste es el previsto en el Real Decreto 944/2005, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la TV digital terrenal, estudiado más arriba. Esta norma parte, como ya se ha dicho, de un escenario anterior y de otro posterior al apagón analógico, que se sitúa en el 3 de abril de 2010.

- **Escenario anterior al 3 de abril de 2010.** Se preveía la asignación a cada Comunidad Autónoma de un canal múltiple digital de cobertura autonómica con posibilidades de desconexión territorial de ámbito provincial, en el que las entidades públicas concesionarias conforme a la Ley 46/1983 podrían emitir de forma simultánea en analógico y digital. Los demás canales digitales dentro de este canal múltiple que no fueran ocupados por las anteriores emisiones, tras decisión del órgano autonómico competente, se asignaban bien a dicha entidad pública concesionaria o a particulares en régimen de gestión indirecta, previo concurso (v. Disposición Adicional segunda).

En 2006 se inició el proceso de adjudicación de los canales con cobertura autonómica y local. En concreto, el 27 de marzo de 2007, se planificó la asignación de 62 canales con cobertura autonómica. De ellos, sólo 52 fueron efectivamente adjudicados. El 57,7 % de los canales con cobertura autonómica fueron otorgados a entidades públicas, concretamente, a los propios entes de radiotelevisión de las respectivas comunidades autónomas. El 42,3 % de canales restantes fueron adjudicados en concesión a grupos de comunicación privados. *Vocento*, con 6 canales, era el que mayor número de concesiones acumulaba. Le seguían, el *Grupo Prisa* y la *COPE*, con 5 canales cada uno, y a continuación el *Grupo Godó*, con 4. Por último, *El Mundo* y la *Voz de Galicia* obtuvieron un canal cada uno (Informe Anual CMT 2006).

- **Escenario posterior al 3 de abril de 2010.** Se preveía la asignación de dos canales múltiples digitales de cobertura autonómica a cada Comunidad Autónoma, uno de ellos con posibilidad de desconexión territorial, en todo caso, y el otro, en función de las posibilidades del espectro. También en este caso, serían los órganos autonómicos competentes quienes debían decidir qué canales digitales dentro de estos dos múltiples serían gestionados por las entidades públicas concesionarias previstas en la Ley 46/1983 y cuáles por entidades privadas en régimen de gestión indirecta.

En total, el Real Decreto 944/2005 establecía a escala autonómica, como mínimo un múltiple digital en el proceso de transición, así como otro segundo múltiple digital cuando cesase la emisión en analógico, por lo que *a priori*, habría como mínimo 38 múltiples digitales de carácter autonómico una vez finalizado el tránsito a la TDT. Asimismo, había algunas CC.AA. que habían podido acceder a un tercer canal múltiple digital, como era el caso de Cataluña.

El Real Decreto 365/2010, de 26 marzo, por el que se regulaba la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, tenía una incidencia parecida a la que vimos al tratar de la TV digital terrestre de ámbito estatal. Es decir, que, partiendo de la previsión, a que acabamos de referirnos, de dos múltiples digitales para cada Comunidad Autónoma, la desarrollaba para que, antes de 1 de enero de 2015, quedase libre la subbanda de frecuencias de 790 a 862 MHz (canales radioeléctricos 61 a 69), a fin de destinarla a la prestación de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas, debiendo situarse en el resto de la banda (470 a 790 MHz - canales radioeléctricos 21 a 60) los reiterados dos múltiples digitales asignados a la Comunidad Autónoma.

Finalmente, la nueva regulación impuesta por la Ley General de Comunicación Audiovisual ha tenido, en este ámbito, un efecto similar al que vimos al tratar de la TDT de cobertura estatal. En síntesis, sólo las emisiones que participen de determinadas características serán consideradas de servicio público, correspondiendo la gestión directa del mismo a la Comunidad Autónoma de que se trate, mientras que las demás tendrán sólo la consideración de servicio de interés general, por lo que exigirán una simple licencia (Art. 40). No obstante, y como se comentó, la reforma operada por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, ha venido a suponer que también el servicio público de comunicación audiovisual de ámbito autonómico pueda ser objeto de gestión indirecta por privados y no sólo de gestión directa por parte de la Comunidad Autónoma.

(iii) Televisión de ámbito local

Todo este laberinto normativo que se ha venido describiendo se hizo aún más intrincado con la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de la Televisión local por ondas terrestres (BOE 27.12.1995). Dicha Ley fue modificada por la Ley 10/2005, de 14 junio, Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, y es de la redacción dada por esta Ley de la que partimos.

De nuevo la Ley contenía la ya consabida declaración de que la TV de esa clase era un servicio público cuya gestión, en régimen de concesión a otorgar por la Comunidad Autónoma, podía corresponder a los Municipios o a personas naturales o morales, con o sin ánimo de lucro, debiendo el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Local (PTNTDL) fijar los ámbitos territoriales de cobertura y el mismo número de las concesiones atendiendo, para esto último, de manera primordial, a las frecuencias disponibles (Arts. 4 y 5).

En el caso de gestión por particulares, el otorgamiento de la concesión, intransferible y otorgada por término de diez años sucesivamente prorrogables, habría de pasar por la convocatoria del correspondiente concurso público y, tratándose de un adjudicatario sociedad, debía ésta comprender en su objeto social la gestión de este servicio televisivo, ser sus acciones nominativas y no existir en su capital una participación de personas no nacionales de algún Estado de la Unión Europea que pudiera superar de forma directa o indirecta el porcentaje del 25 % (Arts. 5, 9, 13 y 14).

Finalmente, la atribución terminó recayendo en los términos municipales correspondientes a las localidades integradas en el ámbito de cobertura del PTNTDL al que nos referiremos, conforme al Art. 1 de éste.

Dentro de la TV local no sería ya dable hacer distinguos entre difusión analógica y digital, desde el momento en que, conforme al Art. 1 de la Ley 41/1995: *“se entiende por tal exclusivamente a los efectos de Ley aquella modalidad de televisión consistente en la emisión o transmisión, con tecnología digital, de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora terrenal”*. La Ley 53/2002, de 31 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, había llevado a cabo una sustancial reforma del articulado de la Ley 41/1995, afectando la modificación más importante al objeto de la misma. En efecto, la reforma del artículo 1 de la Ley 41/1995, operada por la Ley 53/2002, con la inclusión en el texto originario del inciso *“con tecnología digital”*, suponía la modificación del objeto de la Ley 41/1995, que pasaba, de regular el régimen jurídico de la televisión local por ondas terrestres con tecnología analógica, a convertirse en la norma reguladora de la televisión local por ondas con tecnología digital. No obstante, la televisión local por ondas seguía estando configurada como un medio de comunicación social que tenía naturaleza de servicio público, y cuya gestión estaba sujeta a concesión administrativa.

Finalmente, bajo la rúbrica de “Prohibición de Emisión en Cadena”, el Art. 7 de la Ley 41/1995 pretendía ser a la TV local terrestre lo que el 19 supracitado de la Ley 10/1988 era a la TV de ámbito nacional, y restringir las posibilidades de concentración empresarial en este ámbito. Ésta sería también una barrera normativa merecedora de un estudio aparte.

Conforme a la Ley 41/1995, en el PTNTDL habrían de determinarse los canales múltiples para la prestación de los servicios de TV digital local, en particular, reservando canales múltiples, con capacidad de difusión de al menos cuatro programas de TV digital, para atender las necesidades de las capitales de provincia y autonómicas y de los municipios con una población de derecho superior a los 100.000 habitantes, y aun inferior si la Comunidad Autónoma de que se tratara lo solicitara y siempre que las posibilidades de espectro lo permitiesen.(Art. 3).

Cumpliendo con las previsiones de la Ley 41/1995, mediante Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, vino a aprobarse el PTNTDL (BOE 8 abril 2004, núm. 85, pág. 14694). El PTNTDL suponía la aplicación práctica del mandato previsto en la Ley 41/1995, por el que se producía una primera distribución del territorio nacional en demarcaciones. En cada una de estas demarcaciones se encuadraba un canal múltiple con la capacidad de difusión de al menos cuatro programas de televisión digital.

De la Exposición de motivos del RD 439/2004 podrían extraerse ciertos pasajes de interés. El Plan técnico nacional de Televisión digital terrenal a que se aludió más arriba (PTNTDT de 1998), posteriormente derogado por el de 2005, había determinado las bandas de frecuencias destinadas a la televisión digital terrenal y, en particular, a los transmisores de cobertura local. Estas bandas de frecuencias, atribuidas internacionalmente al servicio de TV, se encontraban, en ese año 2004, ampliamente utilizadas en España por estaciones de TV con tecnología analógica, circunstancia que, previsiblemente, se mantendría hasta la definitiva extinción de las emisiones en esta última tecnología.

En este punto, y haciendo algo de memoria, podía observarse que, tras iniciarse la TV local en nuestro país en 1981, con la inauguración de la primera emisora en la localidad catalana de Cardedeu, el número de televisiones locales en España en octubre de 2002 ascendía a 897, según censo elaborado por la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)* y el *Estudio General de Medios (EGM)*. Aproximadamente un tercio de ellas se integraban en alguna red de televisiones locales con contenidos comunes, como *UNE* o *Cadena Local*, o bien en grupos empresariales como *Prisa (Localia TV)* o *Cadena COPE (Popular TV)* (*“Televisión Digital”*; *GAPTEL*; Marzo 2005, Red.es; Pág. 78). La diversidad de situaciones y de la estructura del mercado a escala local motivaba que un acercamiento al estudio del mercado de la audiencia o de los telespectadores a esa misma escala local cobrase sentido desde un enfoque geográficamente muy limitado (Veáse *“La televisión local en el contexto audiovisual: análisis del sector en la provincia de Castellón”*, Tesis Doctoral de Francisco López Cantos, dirigida por Javier Marzal Felici, Castellón 2003, Departamento de Filosofía, Sociología, Comunicación Audiovisual y Publicidad de la Universidad Jaime I).

Por lo tanto, y retomando la Exposición de Motivos del RD 439/2004, hasta el apagón analógico, las frecuencias disponibles para atender las solicitudes de las Comunidades Autónomas para TV local serían escasas, tanto por el elevado número total de las demarcaciones solicitadas como, en general, por su amplia extensión geográfica que, en ocasiones, presentaba un terreno tan irregular y con unas localidades tan dispersas que no resultaba posible determinar un canal múltiple, radioeléctricamente compatible, que asegurase la cobertura de todas ellas. A todas las anteriores dificultades hubo de enfrentarse el Ejecutivo en la confección del PTNTDL. En 2006 se inició el proceso de adjudicación de los canales con cobertura autonómica y local. En el ámbito local, 1.019 canales habían sido proyectados, de los cuales sólo 209 fueron efectivamente adjudicados, y sólo 49 habrían comenzado sus emisiones (CMT).

Este PTNTDL fue modificado por el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre, por el que se modificaba el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprobaba el Plan técnico nacional de la televisión digital local, que redistribuía las demarcaciones y establecía como fecha límite para emitir televisión local con tecnología analógica el 1 de enero de 2008. A partir de esta fecha, todas las emisiones de televisión local debían prestarse por tecnología digital. La disposición transitoria primera de la Ley 41/1995 se había referido al supuesto de cadenas locales que estuvieran emitiendo por ondas terrestres antes del 1 de enero de 1995, las cuales, para poder seguir haciéndolo, debían obtener la oportuna concesión con arreglo a la propia Ley 41/1995. Conforme a la disposición transitoria segunda – en la redacción dada por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas urgentes para el impulso de la TDT, de liberalización de la TV por cable y de fomento del pluralismo – las que de aquellas cadenas vinieran emitiendo en analógico podrían seguir haciéndolo bajo ciertas condiciones y, como máximo, hasta el 1 de enero de 2008. A este respecto, el informe de *ImpulsaTDT* sobre *“La TDT Local en España”* de febrero de 2008 hacía sin embargo referencia a la posible existencia de situaciones de alegaldad, dada la continuidad de estas emisiones de Televisión Local con tecnología analógica que deberían haber cesado el primero de enero de 2008.

Respecto a la difusión de la señal, el artículo 1 del PTNTDL, aprobado por el RD 439/2004, limitaba la zona de servicio de cada canal múltiple de televisión digital local a los términos municipales de las localidades que integraban su ámbito de cobertura, esto es, en cada demarcación. Asimismo, su artículo 5 exigía que las estaciones de televisión digital local estuvieran situadas dentro de su zona de servicio. Excepcionalmente, la Agencia Estatal de

Radiocomunicaciones, que era la autoridad competente para la aprobación de los emplazamientos de las estaciones transmisoras, podría autorizar la utilización de un emplazamiento próximo, situado fuera de la zona de servicio, si no existiera otro emplazamiento en la zona de servicio que permitiera proporcionar una calidad técnicamente satisfactoria en condiciones de recepción fija, y siempre que no se causase agravio comparativo respecto de otras estaciones de televisión local. Hasta su definitivo establecimiento, las funciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones debían ser asumidas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Dentro de cada demarcación, las estaciones de televisión digital local no podrían superar la potencia radiada aparente máxima establecida para cada demarcación en la planificación. De esta manera, los concesionarios de TDT Local se encontraban limitados, tanto por la regulación como por sus concesiones, a difundir la señal a través de ondas hercianas terrestres dentro de su demarcación por medio de centros que, a su vez, debían situarse dentro de la correspondiente demarcación, y tener un especial cuidado con la potencia radiada definida, para, de esta forma, dar cumplimiento a la normativa sobre dominio público radioeléctrico y evitar interferencias entre concesionarios.

De acuerdo con el PTNTDL aprobado por el RD 439/2004, el territorio nacional fue dividido en un número determinado de demarcaciones locales establecidas en el artículo 8 de dicho Plan, así como en la Disposición Final Primera del PTNTDT. A su vez, las Comunidades Autónomas debían designar, vía concurso público, a los concesionarios autorizados a difundir la televisión local en cada una de dichas demarcaciones. De esta forma, tanto los demandantes como los oferentes de cada una de estas demarcaciones no tenían por qué coincidir con los de la demarcación contigua, debiendo, en particular, establecerse en cada una de ellas las estaciones transmisoras de acuerdo con el artículo 5 del PTNTDTL ya mencionado. Así, se definían tantos mercados geográficos locales como demarcaciones de dicho ámbito hubieran definido cada una de las CC.AA. existentes en el territorio nacional. Esta definición era sin perjuicio de posibles agregaciones de las mismas, que podría realizarse en virtud de la existencia de condiciones de competencia suficientemente homogéneas.

Tras el apagón analógico de abril de 2010, el Real Decreto 365/2010, de 26 marzo, por el que se regulaba la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, como vimos al tratar de los ámbitos estatal y autonómico, vino a incluir una Disposición Adicional Tercera, cuyo sentido ha sido el de que la subbanda de frecuencias de 790 a 862 MHz (canales radioeléctricos 61 a 69) pueda quedar reservada para otros usos y servicios antes del 1 de enero de 2015. A tal fin, se dispone que los canales radioeléctricos reservados para el servicio de televisión digital situados en esa subbanda sean sustituidos por otros situados en la subbanda de frecuencias de 470 a 790 MHz (canales radioeléctricos 21 a 60).

Finalmente, la Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010, ha derogado la Ley 41/1995, de Televisión Local por ondas terrestres. La situación de la TV local terrestre es similar a la que dejamos ya estudiada a propósito de las de cobertura estatal y autonómica. Sólo la TV terrestre local que cumpla ciertas exigencias de contenido podrá ser considerada servicio público, correspondiendo a las entidades locales su establecimiento y gestión (Art. 40.2). Fuera de lo anterior, las emisiones en digital de TV por ondas hertzianas de ámbito local son sólo servicios de interés general que podrán desarrollarse por particulares mediante la obtención de licencia, cuyo régimen jurídico es común con el de las emisiones estatales y autonómicas. Finalmente, la Disposición Transitoria Décima de la LGCA ha regulado la

extinción casi inmediata de las concesiones otorgadas bajo el régimen de la Ley 41/1995, ordenando también la revisión del PTNTDL en el plazo de 18 meses, contados de su entrada en vigor, sin que, hasta entonces, pueda procederse a la nueva convocatoria para el otorgamiento de licencias.

(2) La prohibición de emisión en cadena y de participaciones cruzadas

En cuanto a otras posibles barreras normativas diferentes a la necesidad de título habilitante, el TDC, en el asunto *Sogecable/Via Digital*, que estudiaremos, apuntó la restricción impuesta en el texto vigente a la sazón de la Ley 10/1988, de Televisión privada, conforme a la cual ninguna persona física o jurídica podía ser titular de acciones en más de una sociedad concesionaria ni ostentar, en una misma, una participación superior al 49 %. A la misma finalidad de evitar emisoras en cadena respondía también el Art. 7 de la Ley 41/1995 de Televisión local por ondas terrestres.

El TDC prefirió, en estos casos, hablar, más que de barreras de entrada propiamente dichas, de “restricciones normativas indirectas”.

Respecto al fundamento último de estas limitaciones pueden tenerse por ilustrativas las palabras de la Comisión Europea [Comunicación de la Comisión, de 15 de diciembre de 2003, titulada *“El futuro de la política reguladora europea en el ámbito audiovisual”*; COM (2003) 784 final - no publicada en el Diario Oficial]: *“Pluralismo de los medios: las medidas que pretenden preservar el pluralismo en los medios suelen consistir en poner un tope máximo a las participaciones en empresas del sector y en evitar el control acumulativo de varias de estas empresas. El objetivo es proteger la libertad de expresión y asegurar que los medios de comunicación reflejan un abanico de opiniones. El Libro Verde de la Comisión sobre los servicios de interés general, de mayo de 2003, indica que la protección del pluralismo de los medios es primordialmente tarea de los Estados miembros”*.

El Art. 2 del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, dio nueva redacción al Art. 19 de la Ley 10/1988, de TV privada, que era el que regulaba estas restricciones normativas indirectas. En la Exposición de Motivos de esta norma se contenían referencias a la fortísima crisis global, que golpeaba con especial dureza a la economía española en un momento crítico para las empresas de televisión como era el proceso de transición de la emisión analógica a la digital, y que había llevado a una drástica reducción de los ingresos por publicidad, amenazando el equilibrio del servicio de televisión. Lo anterior hacía necesario garantizar la fortaleza financiera de los operadores activos en el mercado para el buen fin del apagón analógico.

Por estas razones, se expresaba la Exposición de motivos en los siguientes términos: *“Se avanza en la liberalización eliminando, así, la imposibilidad de poseer más de un 5% en distintos prestadores, con la expectativa de que éstos puedan atraer a su actividad el capital financiero necesario. Sin embargo, estas nuevas oportunidades no han de mermar el pluralismo televisivo que se ha construido en las últimas dos décadas. Para ello, el presente Real Decreto-ley arbitra límites respecto a la simultaneidad de participaciones en el capital social de distintos operadores estableciendo la barrera del 27% de audiencia media de los operadores en los que el titular de las participaciones simultáneas cuenta con más del 5% del capital y limita la acumulación de derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico”*.

La insuficiencia del criterio basado, exclusivamente, en el umbral de la participación, sin atender a niveles de audiencia había sido ya objeto de crítica por parte de los operadores y la doctrina bajo el régimen derogado (V. CMT – Consejo Audiovisual de Cataluña: “*La Televisión Digital Terrenal en España: situación y tendencias*”, julio de 2002; § 2.2, págs. 56 y ss., “*Normas anticoncentración. Límites a la participación accionarial*”): “*La idoneidad de dicho límite ha sido cuestionada por los operadores y la doctrina, que consideran que el mero hecho de que una empresa posea más del 49% de una sociedad concesionaria no basta para poner en peligro el pluralismo. Ello dependería realmente de la posición que tenga esa empresa en el conjunto del mercado televisivo. Si un operador minoritario (por ejemplo, con una audiencia de menos del 2%) controla el 100% del capital de una sociedad concesionaria, difícilmente puede entenderse que ello redundará en perjuicio del pluralismo informativo*”.

El contenido del citado Real Decreto-Ley fue convalidado a través de la Ley 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (Boletín Oficial del Estado: 4 de julio de 2009, Núm. 161).

Estas reformas hicieron posible que en España, a partir de finales de 2009, se planteara la fusión de *Telecinco* con *Cuatro* y la entrada de la cadena en el accionariado de *Digital+*, con un 22 % (ver más arriba el caso *Cuatro*):

- 1.º En cuanto a lo primero, la nueva *Telecinco* tendría un *share* de audiencia del 25,3 % y controlaría el 45,1 % del mercado publicitario de la televisión en abierto. Esto le daría una gran capacidad para negociar al alza los precios frente a los anunciantes. Su objetivo era equiparar las tarifas actuales de *Cuatro* (un 7 %-8 % inferiores) a las de *Telecinco* (Fuente: *Publiespaña*, filial de *Telecinco*). Según esta misma fuente, tras la salida de *TVE*, el 31,6 % del mercado publicitario correspondería a *Antena 3*, el 12,7 %, a las televisiones autonómicas agrupadas en *Forta* y el 10,6 % restante, a *La Sexta*.

Tras producirse la fusión y completarse la ampliación de capital de 500 millones de euros, que *Telecinco* realizaría para financiar la operación, el grupo quedaría en manos de *Mediaset* (41,3 %), *Prisa* (18,3 %) y otros inversores (40,4 %). Por tanto, tras el apagón analógico, previsto para el 3 de abril de 2010, dispondría de dos múltiplex completos, lo que le permitiría emitir seis canales en abierto: *Telecinco*, *Cuatro*, *Factoría de Ficción*, *40 Latino*, *CNN+* y *La Siete*. Asimismo, en el comunicado enviado a la CNMV, la cadena se planteaba lanzar algún canal de TDT de pago dentro de alguno de esos dos múltiplex. En ese momento, sólo existía una canal de TDT de pago, *Gol Televisión*, que era propiedad de *Mediapro* y estaba especializado en información relacionada con el fútbol.

- 2.º El acuerdo suscrito entre las partes supondría, en segundo lugar, la entrada de *Telecinco* en el capital de *Digital+*, la plataforma de televisión de pago que *Prisa* controlaba a través de *Sogecable*. La cadena tomaría una participación del 22 %, tras fijar el valor de la plataforma en 2.350 millones de euros, según habían explicado las empresas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). De esta forma, el capital de *Digital+* quedaría controlado en un 56 % por *Sogecable*, en un 22 % por *Telecinco* y en otro 22 % por *Telefónica*, que ampliaba en un punto porcentual la participación que tenía pactada desde el 25 de noviembre del mismo año 2009.

Finalmente, la LGCA contiene una nueva regulación de la prohibición de emisión en cadena y de participaciones cruzadas, y deroga las Leyes 10/88 de TV privada, 46/83 del Tercer Canal autonómico y 41/95 de TV local. El fundamento de la misma cabría encontrarlo en el Art. 4, que lleva la rúbrica de *“El derecho a recibir una comunicación audiovisual plural”*, y cuyo apartado primero se pronuncia en los siguientes términos: *“todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios, tanto públicos, comerciales, como comunitarios, que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad”*.

Respecto de la TV de cobertura local, el Art. 22, en sus Aps. 3 y 4, dispone que *“el otorgamiento de una licencia de televisión de ámbito local no faculta para la emisión en cadena con otras entidades autorizadas, durante más del 25% del tiempo total semanal, aunque sea en horario diferente”*, sin que, en ningún caso, *“este porcentaje pued(a) concentrarse en el horario de 21 a 24 horas”*. Y también que *“no se considerará emisión en cadena la emisión de programas que hayan sido coproducidos o producidos de forma sindicada por los prestadores del servicio de comunicación televisiva de ámbito local”*, fijándose en el 12 % del total del proyecto el porcentaje de sindicación mínima para la aplicación de este supuesto. En todo caso, este derecho de emisión en cadena se entenderá sin perjuicio de la plena competencia de las Comunidades Autónomas con relación a los prestadores que hayan obtenido licencias en sus respectivos ámbitos territoriales.

Pero la regulación más detallada es la que se contiene en el Art. 36, que se ocupa del *“Pluralismo en el Mercado Audiovisual Televisivo”*. Se sienta, en su apartado 1, un principio general de que *“Las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva”*. Una excepción con respecto a lo anterior es la que sienta el apartado 2, a cuyo tenor: *“ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal, cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición”*; si bien, como se encarga de matizar el apartado 3, *“La superación del 27% de la audiencia total con posterioridad a la adquisición de una nueva participación significativa no tendrá ningún efecto sobre el titular de la misma”*.

En su Informe sobre el Anteproyecto de la LGCA, la CNC, comentando el precepto correlativo del Anteproyecto (Art. 35), sentaba que este límite, basado en el pluralismo informativo, era más estricto que el que presumiblemente podía derivarse de una prohibición en materia de control de concentraciones, por varias razones. En primer lugar, el concepto de *“participación significativa”* del Anteproyecto se alcanzaba con mayor facilidad que el relativo a la toma de control a efectos de concentraciones, ya que el primero se podía cumplir con la mera adquisición del 5 % del capital social. En segundo lugar, el umbral del 27 % de audiencia no era automáticamente revelador de la existencia de efectos negativos sobre la competencia en el mercado de la operación, con lo cual, de no existir esta previsión en el Anteproyecto, el análisis de una eventual operación que alcanzase dicho umbral podría permitir su autorización. Dado que la aplicación de estas medidas podía llevar a vetar operaciones que, de otro modo, autorizaría la normativa de la competencia, su aplicación debía estar estrictamente basada en el objetivo de interés común consistente en la protección del pluralismo informativo.

La CNC propuso que se aclarase que la prohibición debía ir referida a los “operadores televisivos” para evitar ampliar el ámbito de esta obligación a operadores distintos de los televisivos y a los operadores de televisión a petición. Además, si lo que se pretendía era salvaguardar el pluralismo informativo, los afectados por la limitación deberían ser no sólo las personas físicas o jurídicas aisladamente consideradas, sino también empresas con personalidad jurídica diferenciada, pero que fueran, sin embargo, miembros del mismo grupo empresarial. Finalmente, por lo visto, en la LGCA se suprimía el carácter decisivo del tope del 5 % de capital social y se mantenía, en cambio, el del 27 % de nivel de audiencia.

Por otra parte, entre las funciones atribuidas al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, el Art. 46.1.g) del Anteproyecto situaba la de *“Autorizar las operaciones de concentración de los prestadores de comunicación audiovisual e informar dichas operaciones cuando deban ser autorizadas por el Gobierno”*. Sin perjuicio de habernos aproximado ya a esta cuestión al tratar del entorno normativo, es procedente que ahondemos ahora en la misma.

La CNC consideró que toda facultad de supervisión directa de las operaciones de concentración por parte del CEMA debería circunscribirse a la verificación de los presupuestos del Art. 35 del APL en relación con los límites que dicho artículo establecía para la participación simultánea en más de un operador televisivo. Era esta, por tanto, una actividad automática, no valorativa. En relación con la atribución de la competencia de informar dichas operaciones cuando hubieran de ser autorizadas por el Gobierno, existía un error de redacción ya que la obligación de analizar las operaciones de concentración para su eventual autorización no recaía sobre el Gobierno, sino sobre la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de que el Consejo de Ministros, bajo determinados supuestos, pudiera reconsiderar las decisiones de prohibición o aprobación condicional adoptadas por la CNC.

Era más correcto referirse a la facultad de informar que tendría el CEMA, al igual que el resto de reguladores sectoriales, en caso de que las concentraciones afectasen a su ámbito, dentro del procedimiento sustanciado ante la CNC, en particular en el trámite de informe preceptivo que establecía el Art. 63 del Reglamento de Defensa de la Competencia. A la vista de lo anterior, la CNC proponía la siguiente redacción alternativa: *“Verificar las condiciones del Art. 35 de la Ley en atención a la limitación de adquisición de participaciones entre operadores concesionarios del servicio público de televisión de ámbito estatal, e informar dichas operaciones cuando, por constituir operaciones de concentración, deban ser autorizadas por la Comisión Nacional de la Competencia.”*

Volviendo al texto vigente de la LGCA, el apartado 5 del mismo Art. 36 se ocupa, además, de los derechos de voto al disponer que *“ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva: a) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiplex; b) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiplex; c) Ninguna persona física o jurídica titular o participe en el capital social de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en el capital de otro prestador del mismo servicio, cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos, tres prestadores privados*

distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal, asegurándose el respeto al pluralismo informativo.” Es decir, que otros parámetros decisivos, además del de los niveles de audiencia, son la acumulación de frecuencias y la prohibición de duopolio.

Finalmente, respecto de los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de titularidad pública, se dispone que los mismos *“no podrán participar en el capital social de prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual”* (Art. 42.1).

(3) La obligación de emitir y financiar ciertos contenidos

También de restricciones normativas indirectas cabía catalogar las obligaciones impuestas en cuanto a la emisión y financiación de ciertos contenidos por los Arts. 5 a 7 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorporaba al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, conocida como de “Televisión sin fronteras”.

Esta regulación, y la propia Ley 25/1994, han sido derogadas por la LGCA. La Disposición Final Quinta de esta Ley aclara que la misma incorpora al ordenamiento español la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

La regulación de toda esta materia se contiene en el Art. 5 de la LGCA, que regula *“El derecho a la diversidad cultural y lingüística”*. Para la efectividad de este derecho se introducen una serie de medidas, a saber:

- **Deber de emisión de determinados contenidos.** Los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal o autonómica deben reservar a obras europeas el 51 % del tiempo de emisión anual de cada canal o conjunto de canales de un mismo prestador con exclusión del tiempo dedicado a informaciones, manifestaciones deportivas, juegos, publicidad, servicios de teletexto y televenta. A su vez, el 50% de esa cuota queda reservado para obras europeas en cualquiera de las lenguas españolas. En todo caso, el 10 % del total de emisión estará reservado a productores independientes del prestador del servicio y la mitad de ese 10 % deberá haber sido producida en los últimos cinco años.
- **Deber de financiar determinados contenidos.** Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de cobertura estatal o autonómica deberán contribuir anualmente a la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, de películas y series para televisión, de documentales y de películas y series de animación, con el 5 por 100 de los ingresos devengados en el ejercicio anterior, conforme a su cuenta de explotación, correspondientes a los canales en los que emitan esos productos audiovisuales con una antigüedad menor a siete años contados desde su fecha de producción. Para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica esta obligación será del 6 por 100.

Los seis principales operadores de televisión nacionales destinaron más de 125 millones de euros a financiar películas para cine (largos y cortos) y televisión en 2008,

según datos que facilitó el 14 de abril de 2010 el Ministerio de Industria. La inversión en largometrajes superó los 106 millones. Esta cifra formaba parte de la obligación que tenían las cadenas de utilizar el 5 % de sus ingresos brutos anuales a financiar el cine europeo y español. Los cuatro principales operadores aportaron prácticamente el 99 % de la financiación total. El primer inversor del ejercicio fue *Telecinco*, seguido de *Antena 3*, *TVE* y *Sogecable*. La mayor aportación al cine español, al igual que en 2007, vino por parte de *Telecinco*, con un 46,98 % del total, seguido de *TVE* (26,9 %), *Antena 3* (14 %) y *Sogecable* (11 %). En diez años, las cadenas habían destinado a películas de cine y televisión europeas y españolas 1.266 millones de euros, 106 millones más de los que tenían obligación.

En el Art. 5 de la LGCA se establece que, por acuerdo entre uno o varios operadores de televisión de ámbito estatal y una o varias asociaciones que agrupen a la mayoría de los productores cinematográficos, podrá pactarse la forma de aplicación de las obligaciones de financiación de obras audiovisuales europeas. La CNC, en su informe sobre el Anteproyecto, recordaba *“A este respecto, debe recordarse que dichos acuerdos podrían incluir restricciones a la competencia y en consecuencia serían revisables en sede de competencia”*. Por esta razón, en dicho precepto se incluyó finalmente que *“previamente a la firma del acuerdo, las partes recabarán del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales un informe sobre la conformidad del mismo con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de las funciones que sobre la valoración de dichos acuerdos ostente la Comisión Nacional de la Competencia”*.

(4) La disponibilidad de espectro radioeléctrico

(a) El espectro radioeléctrico como bien de dominio público

Conforme al Art. 2 de la Decisión europea sobre espectro (Decisión 676/2002) a que se hará referencia más abajo, el espectro radioeléctrico sería el constituido por las ondas radioeléctricas en las frecuencias comprendidas entre 9 KHz y 3000 GHz, debiendo entenderse por ondas radioeléctricas las ondas electromagnéticas propagadas por el espacio sin guía artificial.

En idéntico sentido, el nuevo Reglamento por el que se regula el uso del Dominio Público Radioeléctrico, aprobado por RD 863/2008 (*vid Infra*), en su Art. 3.1, prevé: *“A los efectos del presente Reglamento, se considera dominio público radioeléctrico el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas. Se entiende por ondas radioeléctricas las ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 gigahertzios que se propagan por el espacio sin guía artificial”*.

Y, sin embargo, en el Art. 3.2 asimila al dominio público radioeléctrico, en cuanto al tratamiento, el uso de las ondas electromagnéticas por encima de esa frecuencia: *“La utilización de ondas electromagnéticas de frecuencias superiores a 3.000 gigahertzios y propagadas por el espacio sin guía artificial se somete al mismo régimen que la utilización de las ondas radioeléctricas, siéndole de aplicación lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones y en el presente Reglamento”*.

Pueden tenerse por ilustrativas en este punto y con valor introductorio las consideraciones vertidas por el Comisionado del Partido Popular (Trillo Figueroa) en el recurso de

inconstitucionalidad promovido en relación con la Ley 10/1988, de 3 mayo, de la Televisión privada (*Vid Supra*). el cual fue, finalmente, desestimado.

Cierta parte de las alegaciones fueron dirigidas a combatir la fijación en tres el número de canales a conceder a la TV privada cuando, realmente, las posibilidades del espectro daban para más:

“La televisión es una información que se transmite -imagen y sonido- por medio de una señal electromagnética. La frecuencia de la energía electromagnética es el número de vibraciones por segundo de la onda. Por ello, en un espacio determinado hay que emplear una frecuencia para cada transmisión. A un conjunto de frecuencias se le denomina canal. Varios canales forman una banda de frecuencias. La unidad de medida es el Hertzio (Hz), usándose comúnmente múltiplos de esta unidad (KHz, MHz, GHz). A medida que aumenta la frecuencia, lo hace también su capacidad para concentrarse y la posibilidad de interferencias; en otras palabras, las frecuencias bajas se dirigen de forma mucho más compacta al emisor. Es más conocido el otro aspecto de las ondas, su potencia, que afecta a la cantidad de energía emitida y se mide en watios o en múltiplos (KW o submúltiplos (mW). Las ondas, por último, pueden transmitirse en el espacio libre -ondas hertzianas- o a través de un soporte físico como es el cable o la fibra óptica. Pues bien, toda la regulación presente en el Reglamento de la UIT tiene como fundamento evitar que se produzcan interferencias entre varios servicios a causa de la recepción de energías electromagnéticas de la misma frecuencia. Pero ello sólo es posible cuando se usa el espacio libre como soporte de la transmisión y se emite con frecuencias por debajo de un cierto valor. De ahí que en transmisiones por cable o en altas frecuencias nada haya que reglamentar. El correcto uso del espectro electromagnético se consigue mediante la planificación y posterior asignación de frecuencias y potencias. Lo cual se hace de forma escalonada: primero a nivel internacional en la UIT y luego a nivel nacional a través del Plan Técnico; el escalón final es la asignación de una concreta frecuencia a un emisor por un acto administrativo. Un acto que, según el Reglamento de la UIT, es equiparable a una autorización administrativa. En lo que se refiere a la televisión, la UIT estableció un Plan para Europa, denominado «Plan de Estocolmo», que, definiendo una malla de triángulos equiláteros de 100 kilómetros de lado, adjudicó a cada vértice de esta retícula una cuaterna de unas frecuencias (cuatro programas de TV.: uno de VHF y tres de UHF) con potencias aparentes radiadas superiores a 1 KW en VHF y 10 KW en UHF”.

El espacio radioeléctrico es un bien escaso necesario para las más variadas aplicaciones que irían desde el simple control remoto de un avión de aeromodelismo hasta el sistema europeo de control de la navegación por satélite (sistema *Galileo*). En cuanto que bien de dominio público, su uso presupone la obtención del necesario título habilitante distinto – con independencia de que pudieran ser objeto de tramitación conjunta – del eventualmente necesario para la prestación de los servicios de TV.

Las dos características esenciales que definen el espectro radioeléctrico son, ya decimos, la de ser un bien escaso, característica que, por cierto, comparten otros recursos más vinculados a los servicios de la Sociedad de la información (dominios en la *web*) o a los de las comunicaciones electrónicas (numeración) y, entre otros motivos, por esa escasez, la de ser un bien de dominio público.

En lo concerniente a la categorización como bien de dominio público de los recursos de numeración, “la LGT adopta una solución diferente en el caso de la numeración, cuyas

características -intangibilidad y disponibilidad limitada- se asemejan en alto grado a las del espacio radioeléctrico. No se realiza aquí ninguna calificación legal de espacio numérico como dominio público, sino que el Art. 30 LGT lo define como un «Espacio Público de Numeración» cuya gestión, administración y control corresponde a la CMT en ejercicio de una competencia estatal. El uso y transferencia de los recursos públicos de numeración necesitan de una autorización previa de la CMT en la que se establecerán las condiciones que el autorizado debe cumplir. El esquema es pues el mismo: necesidad de ordenar el acceso a un recurso considerado como limitado a través de un acto previo habilitante, pero varía la calificación jurídica. Es decir, no ha sido precisa la adscripción del espacio numérico a la categoría de dominio público y ha bastado su declaración como espacio público para por una parte, reafirmar la competencia estatal, y por otra garantizar la ordenación y la gestión eficiente de este recurso» (Vid. Malaret, E. y Timón, M.: “La fiscalidad local de las empresas de telecomunicaciones en la era postmonopolio, la liberalización y la competencia”).

No obstante, el hoy denominado Espacio Público de Numeración no ha sido del todo ajeno a la idea de dominio público y, como observa la doctrina (Salgado, E.: “*Las telecomunicaciones en España ante la Sociedad de la Información*”, Telecomunicaciones. Situación, nº 2, 1999, p. 59. Servicio de Estudios BBVA), refiriéndose a los trabajos parlamentarios relativos a la LGT de 1998, todavía el texto alternativo presentado por la oposición (PSOE), al plantear enmienda de devolución al Proyecto de Ley General de Telecomunicaciones remitido por el Gobierno, insistía, bajo el epígrafe “Recursos Limitados” (Art. 29) en que “*se consideran limitados los siguientes recursos asociados a la construcción de las redes y explotación de servicios de comunicaciones electrónicas: a) El dominio público de numeración, b) El dominio público radioeléctrico*” (Véase el citado Texto Alternativo en el BOCG, Congreso, VII.^a Legislatura, Serie A, 7 de mayo de 2003, núm. 133-8, p. 55).

La configuración del espectro radioeléctrico como bien demanial en la doctrina y en la jurisprudencia ha girado en torno a las siguientes ideas a las que se refieren Malaret y Timón (“*La fiscalidad local de las empresas de telecomunicaciones...*”; Op. Cit):

1. La propia **naturaleza del espectro radioeléctrico en cuanto que bien intangible**. Para ciertos autores este rasgo definitorio del espectro determinaba la imposibilidad de encontrar e identificar el principal de los elementos del dominio público, a saber, el título de propiedad, al no existir una cosa material que llegara a ser objeto de este derecho real. Lo cierto era, sin embargo, que estas objeciones eran bien salvadas por la doctrina mayoritaria: **(i)** ya afirmando que los bienes intangibles también podían ser objeto del derecho real de propiedad; **(ii)** ya diciendo que lo poseído por el Estado era el derecho real de uso de determinadas frecuencias, siendo este último derecho real de uso el verdadero objeto del dominio público; **(iii)** ya acudiendo a definiciones más amplias del dominio público como la que lo definía como “*el conjunto de potestades/facultades de policía/regulación que puede ejercer el Estado sobre esos bienes, más que como una relación de propiedad strictu sensu*”.
2. Su **intensa relación con los servicios de telecomunicaciones y de difusión**, considerados como servicios públicos esenciales: “*De esta vinculación se deducía, por una parte, que el espectro, como espacio afecto a la prestación de un servicio público, debía configurarse como demanio público, exigiéndose para su utilización concesión administrativa. Por otra parte, la calificación del espectro radioeléctrico como*

dominio público servía como título de refuerzo de determinados servicios públicos. Así, si se tiene en cuenta que la configuración de una actividad como servicio público también constituye una opción del legislador, la alusión a determinados condicionamientos técnicos, como la utilización de un bien escaso, aparecía como justificación de tal configuración (vid. STC 125/94, de 5 mayo y STC 12/95 de 16 de enero)”. Ya sabemos que, con la regulación actual (LGT de 2003 y LGCA de 2010), tanto los servicios de comunicaciones electrónicas como los servicios de comunicación audiovisual dejan de ser servicios públicos esenciales para pasar a ser considerados, tan sólo, como servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia, con la única excepción de ciertas parcelas muy bien acotadas a las que ya nos referimos.

3. La **necesidad de protección de un bien o recurso escaso**. La escasez del espectro radioeléctrico lo convierte en un bien digno de *protección* por el Estado, para asegurar su distribución equitativa o igualitaria. Así lo reconoció el TC en su sentencia 12/82 -en la que resolvía el recurso presentado por *Antena 3, S.A.* sobre el ejercicio del derecho a gestionar y explotar la transmisión de imágenes y sonidos a través de la televisión- al afirmar que “*cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción ofrecen posibilidades limitadas de utilización por su grado de escasez natural o tecnológico (ello) condiciona el «status quo» jurídico y político del medio y el derecho mismo a una difusión y una información libres*”. El derecho reconocido en el Art. 20.1 CE se veía entonces limitado por la utilización de ondas electromagnéticas, un bien que “*ha de ser calificado como dominio público, con una calificación por nadie contradicha*”. Al otro lado del Atlántico, la doctrina de la “*spectrum scarcity*”, desde la Sentencia del Tribunal Supremo *NBC v. United States* ha sido la base de la ordenación de la radiodifusión. (Vid. Couso, D.: “*El Espectro...*”, *Infra*; y Bazzoi, F., “*Televisione e libertà d’espressione negli Stati Uniti d’America*”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, pp. 4318 y ss.).

Sin embargo, es lo cierto que hoy, entre la doctrina, se discute que se den en el espectro radioeléctrico varios de los rasgos esenciales del dominio público. Así, p.e., se refiere el Profesor Chillón a las dificultades de aplicar al espectro radioeléctrico las características que, tradicionalmente, han venido definiendo al dominio público (“*Curso virtual de derecho de las telecomunicaciones*”). Matizando un poco sus conclusiones, cabe observar cómo las notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que se predicán del dominio público son superfluas y carecen de sentido en el caso de las ondas electromagnéticas al no ser poseibles ni, por tanto, apropiables.

También la falta de apropiabilidad del objeto y consiguiente falta de adecuación al régimen demanial dio pie a que comenzara entre los autores patrios una línea crítica con la categorización del espectro como bien de dominio público (v. González Navarro, F.: “*Televisión Pública y televisión privada*”, Civitas, Madrid, 1982; García de Enterría, en “*La ejecución autonómica de la legislación del Estado*”, Civitas, Madrid, 1987; Ariño, G., “*El proyecto de ley sobre televisión privada*”, IEE, Madrid, 1987 y De la Cuétara, J. y Molina del Pozo: “*Derecho de las Telecomunicaciones. La Comunidad de Madrid ante los ordenamientos europeo y español de las telecomunicaciones. Límites y posibilidades*”, Madrid, 1991). En el Derecho Francés, era también conocida la controversia entre Truchet, D. (*Contre*) y Delcros, B. (*Pour*) que bajo el título “*Les ondes appartiennent elles au domaine public?*”, recogió el núm. 2, 1989 de la *Revue Française du Droit Administratif* (Cit. Couso, D.: “*El Espectro...*”).

El mismo Chillon (*ibídem*) se refiere también a la dificultad de aplicar algunas de las facultades del Estado respecto del dominio público como serían las de **catalogación o inventario** o las de **deslinde o reintegro posesorio**:

- **Facultades de catalogación o inventario.** Respecto de la primera, señala: “*Bien es cierto no obstante que, en lo que se refiere al requisito o principio de la catalogación o inventario se cumple perfectamente con los instrumentos de planificación establecidos para las ondas y a partir de los cuales se ordena y se procede a la asignación y distribución de las bandas y sub-bandas, tales como el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias y los planes técnicos para la radiodifusión y televisión. Aunque en buena lid no se trata aquí de catálogos de bienes a incluir bajo la titularidad de la Administración sino de criterios de distribución de las ondas por servicios y otras aplicaciones y que se dirigen a lo que es fundamental dentro de la regulación del espectro, esto es, la regulación por los usos de esas frecuencias en relación a los correspondientes servicios y actividades*”.
- **Facultades de deslinde y reintegro posesorio.** Y respecto a las facultades de deslinde señala el citado profesor: “*Otro tanto cabría decir de la facultad de deslinde o de reintegro posesorio que si bien son facultades inherentes a todo dominio público, encajan mal dentro del régimen establecido para las ondas puesto que faltaría en este caso tanto la calificación de las mismas como bienes inmuebles, como la estricta colisión entre bienes de distintas titularidades. El expediente se explica mejor acudiendo simplemente a que solamente se adjudica el uso de las frecuencias excluyendo cualquier relación dominical, por lo que el bien revierte a su titular cuando cesa el período o son incumplidas las condiciones establecidas para el mismo*”.

Más allá de si se dan o no en el espectro radioeléctrico algunos de los rasgos característicos del dominio público, un repaso de la doctrina especializada que se viene manejando pone de manifiesto cómo de crítica se muestra con su configuración misma como bien de dominio público, y ello, en parte, por la falta de utilidad de tal configuración. Así, **Chillón Medina;** **Malaret y Timón;** **Fernando Pablo;** o **Couso Sáiz;**

- ❖ **Chillón Medina.** Los términos de esta polémica se resumen, en efecto, por el Profesor Chillón Medina (“Curso virtual ...”; Pág. 309 y Ss.):

“Esta calificación del espectro como bien de dominio público se ha enfrentado en el pasado y también en el momento presente a una polémica que cuestiona básicamente esta naturaleza, encendiendo así un debate sobre la mejor forma de proceder a la regulación de las ondas y frecuencias radioeléctricas en un ambiente de libre competencia. En síntesis, las críticas que se han vertido sobre esta calificación provienen fundamentalmente de la circunstancia de que dadas las características de las ondas hertzianas y de la energía electromagnética, el régimen jurídico dimanante de la concepción o categoría del dominio público resulta inadecuado, sin que por otra parte sea preciso proceder a la demanialización, puesto que sólo el uso de las frecuencias radioeléctricas tiene interés y es objeto de regulación.

[...]

Es así que con independencia de la calificación en base a un título de propiedad, la regulación intensa del Poder público sobre el espectro se hace a partir de la consideración de que éste constituye un bien escaso cuya gestión y administración se reserva el Estado, sin llegar por consiguiente a la configuración como dominio público en estricto sentido. Tal es la previsión que prevalece en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 227/1988 en la que básicamente se atiende a la finalidad atendida en la regulación del espectro, y que radica únicamente en la exclusión del bien afectado del tráfico jurídico privado, mediante la imposición de una serie de reglas exorbitantes al ordenamiento privado. En suma, viene a decirse, no es necesario llegar hasta la calificación de dominio público para justificar y explicar el título de intervención del Estado sobre las frecuencias del espectro radioeléctrico. Basta para ello encuadrarlo dentro de la reserva general que para los recursos esenciales establece el Art. 128.2 de la Constitución Española. En cierto modo ésta viene a ser la posición de la Ley General de Telecomunicaciones española por cuanto se elude específicamente en ella tanto la calificación frontal de que las ondas constituyen esa categoría jurídica como por la ausencia de una definición legal”.

- ❖ **Malaret y Timón.** Retomando las consideraciones de Malaret y Timón en la obra citada (27 de noviembre de 2000), cabe observar como el del espectro radioeléctrico es un dominio público sin soberanía ni titularidad, y en el que carecen de sentido algunas de las características predicadas, tradicionalmente y hasta en la Constitución, del mismo, como son la imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Las autoras hacen un repaso de las motivaciones que han conducido a considerar el espectro radioeléctrico como bien de dominio público para terminar concluyendo:

“la consideración del espacio radioeléctrico como integrante del dominio público estatal es una opción del legislador, válida pero cuestionable como otras opciones; y que los cambios acaecidos en el sector de las tecnologías de la información requieren la adopción de un nuevo enfoque de aproximación al espectro radioeléctrico, tal y como advierte la Comisión Europea en su Libro Verde sobre Política de Frecuencias (Libro Verde de la Comisión sobre Política de Frecuencias en el contexto de las políticas de telecomunicaciones, radiodifusión, transporte e I&D, COM 1998).”

A mayor abundamiento, sientan las autoras (Pág. 10):

“Afirmar la demanialidad del espectro conlleva centrarse en su naturaleza para definir sobre qué objeto o bien recae el régimen jurídico propio del demanio público. Pero en realidad, este intento de cosificación del espectro radioeléctrico no es útil, porque en todo caso, el espectro radioeléctrico constituiría una res communis internacional no susceptible de apropiación. Ni siquiera es necesario el intento de una relativización de la categoría jurídica de demanio público que permita afirmar que su objeto no sólo son bienes sino también derechos, porque en todo caso «lo importante es la disciplina de su uso», y en este sentido la ordenación y gestión de los mismos a través de títulos habilitantes previos. Y esta necesaria regulación del acceso a un determinado recurso que, por una parte, presenta características de disponibilidad limitada y, por otra, deviene soporte técnico necesario para la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones y de radiodifusión cuya

demanda por parte de los ciudadanos es cada vez mayor, no necesita inscribirse en la categoría de dominio público, sino que puede derivarse de otras opciones”.

- ❖ **Fernando Pablo.** A esta relativización de la aplicación de la matriz del dominio público al espectro radioeléctrico se apunta igualmente Fernando Pablo [*“Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”*, RAP, 143, 1997 y *“Comentarios a los Arts. 61 a 64 LGT (dominio público radioeléctrico)”* en Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (coord. De la Quadra Salcedo/García de Enterría), Cívitas, Madrid, 1999]. Para este autor la voluntad de *“reservar al Estado, en aplicación del Art. 128.2 CE, la constitución de derechos de uso de la radioelectricidad cuando implicaren exclusión de terceros”* no supone la demanialización de ese bien, ni la afirmación de la titularidad del Estado. Lo que supone esta reserva, sin demanialización, es la necesidad de un acto estatal previo *“que legitime a los particulares a constituir derechos excluyentes de uso sobre la res communis”*.
- ❖ **Couso Saíz.** La inclusión del espectro radioeléctrico dentro de la categoría de los bienes de dominio público no deja de ser una entelequia. Al respecto, pueden interesar consideraciones como las siguientes (Couso Saiz, D.: *“El espectro radioeléctrico. Una perspectiva multidisciplinar”*; en artículos doctrinales de derecho administrativo de Noticias.jurídicas.com; Septiembre 2007):

“De especial interés resulta ahora lo escrito por Ariño, De la Cuétara y Aguilera hace ya algún tiempo, señalando: «nadie puede apropiarse de las ondas, sencillamente por que no existen al menos hasta que alguien aplica energía a una antena de determinada forma. El espectro radioeléctrico es una abstracción matemática y sus bandas y canales una convención cifrada para entendernos», para señalar que tanto la expresión espacio radioeléctrico como espectro radioeléctrico calificados de dominio público no pueden hacer olvidar que «lo que es un bien es el derecho al uso de las frecuencias pero no el espacio ni tampoco el espectro considerados en sí mismos». Vid., de los autores ahora citados, Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura, Pere-Marcial Pons, Madrid 1996, p. 386. Por nuestra parte («Sobre el dominio público radioeléctrico...», cit.) hemos insistido en que se trata de disciplinar los derechos de uso del recurso y tal regulación no requiere (como tampoco la numeración) la matriz institucional del dominio público.

Una investigación completa, que comprende el material disponible en castellano, termina indicando, que la configuración del espectro radioeléctrico como bien de dominio público se ha derivado de la propia naturaleza del espectro (con sus notas de escasez y necesidad de ordenación pública) y de la vinculación entre espectro y servicios públicos de radiodifusión, para concluir que la estructura jurídica del uso del espectro es una opción del legislador sin que sea necesario inscribirla en la categoría de dominio público. Vid. Malaret, E. y Timon, M., «La fiscalidad local de las empresas de telecomunicaciones en la era postmonopolio, la liberalización y la competencia»”.

No obstante, y al margen de hallarse sometida a esa fuerte revisión doctrinal y también, como veremos, a las presiones en el seno de las instituciones internacionales que abogan, cada vez más, por su definición como cosa dentro del comercio, lo cierto es que la

configuración del espectro dentro del ordenamiento jurídico español, y en particular de la Ley General de Telecomunicaciones, sigue siendo la de bien de dominio público.

(b) El espectro radioeléctrico como barrera de entrada e instalación esencial

Además de ser bien de dominio público, el espectro radioeléctrico supone una barrera a la entrada en los mercados de la difusión de TV o de los telespectadores, barrera de entrada de naturaleza normativa – si nos ajustamos al criterio de la Comisión puesto de manifiesto en sus Directrices relativas a los mercados de las comunicaciones electrónicas que se dejaron estudiadas más arriba y, también, al del TDC en el asunto *Sociedad Española de Radiodifusión S.A. /A3 de Radio S.A./Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A* (Informe C 13/93 de 27 de abril de 2001).

Esta concreta barrera de entrada adquiere un sentido pleno en el caso de la TV terrestre o por ondas hertzianas y, en menor grado, en el de la difusión por satélite, si bien, en este último caso, en necesaria combinación con la asignación de órbitas a los satélites geoestacionarios, recurso también limitado.

Tratándose de la difusión televisiva por cable, en la que no va de suyo el uso del espectro, tal limitación deja de tener ese sentido pleno salvo en cuanto se complementa con otras formas de difusión (Vg., transmisión vía cable de contenidos o señal suministrados por una plataforma de satélite). Ahora bien, con esta sola matización, la barrera de entrada de qué hablamos, en el campo de la TV por cable, se ve desplazada en importancia por las inherentes al tendido físico de la red de cable y a la obtención del título habilitante preciso para tal despliegue.

El hecho de que su importancia se ponga de manifiesto, especialmente, en el caso de la TV por ondas, modo de difusión más vinculado a la TV en abierto, es lo que nos mueve a tratar en esta sede de esta particular barrera normativa de entrada. No quiere decir lo anterior que el espectro no pueda jugar también este papel en los mercados relacionados con la TV de pago (sobre todo por satélite) de los que nos ocuparemos. De hecho, en su decisión – estudiada más abajo - de 15 de septiembre de 1999 (asunto *BiB*), la Comisión puso de manifiesto la existencia de barreras significativas de entrada en el mercado de la TV de pago donde el ingreso exigía disponer de la necesaria capacidad de transmisión. Lo anterior se daba, hasta el punto de que, en ese concreto caso, no hubiera ya disponibilidad de espectro para la transmisión terrestre analógica o digital ni para la analógica por satélite, por haber sido ya asignadas todas las frecuencias.

Por otra parte, la digitalización contribuirá a atenuar la intensidad de esta barrera de entrada. En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 se lee (STS; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª; RJ 2001\4295; Recurso contencioso-administrativo núm. 610/1998; Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González): *“Es un hecho evidente que la tecnología Digital permitirá frente a la analógica un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico –que es un bien de naturaleza escasa–, una mejor calidad de los servicios y un aumento espectacular en la diversidad de éstos. Esto posibilitará técnicamente el otorgamiento de más concesiones que las previstas hoy en día, pues mientras que los actuales canales sólo permiten la emisión de un único programa en un tiempo y espacio determinado –5, 6 ó 7 canales analógicos en los que se emite en abierto y con programación de carácter generalista, un canal analógico de carácter también generalista de acceso*

condicional y algunos canales locales–, la tecnología Digital hará realidad la emisión de múltiples programas por un solo canal (canal múltiple)”.

Por otro lado, como acaba de apuntarse, esa naturaleza de barrera normativa se traduce también en el hecho de que el carácter demanial del espectro justifique la necesidad de concesión administrativa para todas aquellas actividades que exijan su uso de modo privativo. Partiendo de lo anterior, otro enfoque pudiera haber sido el de estudiarlo al hilo de la barrera normativa de entrada constituida por la necesidad de disponer de título habilitante, en este caso, no ya por razón de servicio público, sino de dominio público; aún cuando, en lo procedimental y administrativo, ambos títulos puedan, como se ha dicho, solaparse para tramitarse de modo conjunto. Sin embargo, la importancia del espectro radioeléctrico, junto con el hecho de ser un recurso que impone la coordinación en el plano internacional, es lo que nos impulsa a estudiarlo como barrera normativa independiente.

Finalmente, hacer alguna consideración respecto de la posible aplicación al espectro radioeléctrico de la doctrina de las instalaciones esenciales. Sobre esta clase de instalaciones puede consultarse Chillón Medina (*“Curso Virtual sobre Derecho de las Telecomunicaciones”*; 2004; Módulo 2; Págs. 174 y ss.) y, en cuanto a la contribución de dichas instalaciones a la creación o refuerzo de posiciones dominantes, Pellisé Capell (*“La explotación abusiva...”*; Op. Cit. Págs. 256 y ss).

La teoría de las instalaciones esenciales o *essential facilities* comenzó a cuajar entre la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas que la concebían como límite frente al principio de libertad de empresa. En punto a la aplicación de esta doctrina a redes de telecomunicaciones, la sentencia MCI (*MCI Communications/AT&T*, 708 F. 2d 1081 -7th Cir. 1983-, 464 US 891 -1983) sentó una serie de condiciones, a saber: (i) la existencia de un control efectivo sobre la instalación esencial por parte de una empresa monopolista por título de propiedad o por cualquier otro bastante; (ii) imposibilidad práctica de duplicación de la estructura por parte de los competidores bajo términos razonables (también en *Fishman v. Est. of Wirtz*, 897 F.2d 520 - 7th Cir. 1986); (iii) carácter esencial de la instalación, en el sentido de indispensable para que los competidores pudieran actuar en el mercado de referencia; (iv) posibilidad de que el acceso de los competidores a la instalación esencial pudiera hacerse efectivo; (v) negativa de la empresa obligada a dar el acceso al competidor a la instalación esencial y a permitir su uso en unas condiciones razonables (también en *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* 609 F2d 843 -6th Cir. 1979).

Resultaría de lo anterior que, si bien pudieran concurrir en el espectro radioeléctrico el resto de las condiciones enumeradas, singularmente no concurriría la de la posibilidad de que el acceso de los competidores a la instalación esencial pueda hacerse efectivo. Es decir que, siendo el espectro radioeléctrico un recurso cuyo uso es exclusivo del concesionario y excluyente del de cualesquiera otros operadores, no cabría imaginar abusos de posición dominante excluyentes consistentes en que determinado difusor con concesión demanial espectral negara a sus competidores el acceso a las frecuencias que tuviera atribuidas. No existe aquí, a diferencia de lo sucedido en el bucle local de par de cobre, que sí sería una auténtica instalación esencial, posibilidad de compartir el recurso, por lo que no cabría plantearse toda esa doctrina de las instalaciones esenciales. P.e., no cabría imaginar que *Telecinco* compartiera sus frecuencias con otro difusor sin concesión de espectro para que éste pudiera competir con la propia *Telecinco* en el mercado de la TV en abierto o de la publicidad televisada (otra cosa es que pudiera ceder en arrendamiento el canal, con su licencia)

(c) Su regulación en el plano internacional

(i) La Unión Internacional de Telecomunicaciones

La regulación del espectro radioeléctrico tiene lugar esencialmente en dos niveles, a saber, el nacional y el internacional, este último en el seno de la *Unión Internacional de Telecomunicaciones*. Entre ambos van cobrando un papel cada vez más relevante una serie de normas emanadas de las instituciones europeas.

La UIT es una organización internacional con vocación universal que integra a diversos estados, miembros y no miembros de las Naciones Unidas, y cuyos instrumentos normativos, por orden jerárquico, son, además de la Constitución y el Convenio, los Reglamentos administrativos (el Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales y el Reglamento de Radiocomunicaciones).

A los antecedentes históricos de la UIT se refiere el Profesor Chillón Medina ("*Curso Virtual Sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*", Módulo I, Unidad Didáctica 2, Págs. 57 y Ss. Santo Domingo, 2004). El origen de la UIT puede remontarse a la *Convención Telegráfica Internacional* convocada en Francia en 1865. Un origen más cercano puede situarse en la Asamblea de Plenipotenciarios de Madrid de 1932, con ocasión de la cual fue acordada la fusión entre la *Convención Internacional Telegráfica* de 1865 y la *Convención Internacional de Radiotelegrafía* de 1906, para pasar a integrar la *Convención Internacional de Telecomunicaciones*, la cual cambió en 1934 su denominación por la actual de *Unión Internacional de Telecomunicaciones*. Con ocasión de la creación de la ONU en 1947, la UIT entró a formar parte de la misma como institución especializada.

En el nivel internacional debe partirse, pues, de la Constitución y el Convenio de la *Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)* de 22 de diciembre de 1992, ratificado por España mediante instrumento de fecha 28 de marzo de 1996 (BOE n. 130 de 29/5/1996; Págs.: 18.073 – 18.124). De los mismos resultaría que, para el cumplimiento de sus fines, la *UIT* efectuará – sobre la base de la división del mundo a estos efectos en tres regiones - la atribución de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico y, dentro de cada banda, la adjudicación de concretas frecuencias, llevando además el registro de dichas asignaciones y de las posiciones asociadas en la órbita de los satélites geoestacionarios, los únicos aptos para la oferta de capacidad satelital en los mercados de la TV.

Todas estas operaciones irían presididas por una única finalidad, a saber, la de que no se produzcan interferencias perjudiciales entre las estaciones de radiocomunicación situadas en diferentes países, entendiendo por tales aquéllas que pudieran comprometer el funcionamiento de un servicio de radionavegación o de otros servicios de seguridad o degradar gravemente, interrumpir de forma repetida o llegar a impedir el funcionamiento de un servicio de radiocomunicación explotado reglamentariamente y con sujeción a las disposiciones internacionales aplicables en la materia.

Dentro de la estructura de la *UIT*, uno de los órganos es el denominado Sector de las Radiocomunicaciones. Para el logro de los ya enunciados objetivos de la UIT en materia de radiocomunicación, el Sector de Radiocomunicaciones garantizará la utilización racional, equitativa, eficaz y económica del espectro de frecuencias radioeléctricas por todos los

servicios de radiocomunicaciones, incluidos los que recurren a la órbita de los satélites geoestacionarios - es el caso, reiteramos, de la TV -, realizando los estudios y adoptando las recomendaciones necesarias a tal fin.

Dentro del Sector de Radiocomunicaciones quedan integradas las Conferencias Mundiales y Regionales de Radiocomunicaciones, las Asambleas de Radiocomunicaciones y la Junta del Reglamento de Radiocomunicaciones. De estos órganos, tal vez, los de mayor relevancia a nuestros efectos sean la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR) y la Junta del Reglamento de Radiocomunicaciones:

- **CMRs**. Las CMRs se convocan bajo los auspicios de la *UIT*, por lo general, a intervalos de tres o cuatro años, y tienen potestad para repasar, actualizar y revisar parcialmente o, en casos excepcionales, totalmente el Reglamento de Radiocomunicación y otra normativa contenida en instrumentos internacionales sobre uso a escala global del espectro radioeléctrico, así como para tratar cualquier otra cuestión de ámbito mundial que sea de su competencia, significadamente, la asignación de frecuencias en un primer nivel internacional (que deberá completarse por la realizada por cada estado ya en el escalón nacional). Las tres últimas CMRs, de las que nos ocuparemos, se celebraron en los años 2000 [v. Actas Finales de la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR-2000), hecho en Estambul el 2 de junio de 2000 (BOE n. 91 de 15/4/2004; Páginas: 15387 – 15387; Referencia: 2004/06637)], 2003 [Actas finales de la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR-03), hecho en Ginebra el 4 de julio de 2003 (BOE n. 233 de 28/9/2007; Páginas: 39514 – 39514; Referencia: 2007/16993)] y 2007 [Actas finales de la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR-07), hecho en Ginebra el 16 de noviembre de 2007 (BOE n. 187 de 3/8/2010; Páginas: 67034 – 67631; Referencia: 2010/12421)] y la previsión era la de celebrar la siguiente en el mes de septiembre 2012.

Podría también destacarse que, dentro de la *UIT*, las Conferencias Regionales de Radiocomunicaciones (CRRs) suponen un punto de enganche entre la política de espectro seguida en cada Estado y la marcada en la CMR. Se trata de conferencias de una Región de la *UIT* o de un grupo de estados dentro de la misma convocadas con el fin de propiciar un acuerdo con relación a una banda de frecuencias o un servicio de radiocomunicación determinado. Su eficacia es, sin embargo, limitada, en la medida en que no bastan por sí solas para modificar el Reglamento de Radiocomunicación y sus actas finales son vinculantes sólo para los países que formen parte del acuerdo.

- **Junta del Reglamento de Radiocomunicaciones**. La Junta del Reglamento de Radiocomunicaciones está integrada por miembros elegidos, independientes y perfectamente capacitados en el ámbito de las radiocomunicaciones, y con experiencia práctica en materia de asignación y utilización de frecuencias, los cuales deben además conocer las condiciones geográficas, económicas y demográficas de una particular región del globo.

Resulta interesante, por terminar con este ámbito, destacar cómo en el campo de la *UIT* los conceptos de telecomunicación, radiocomunicación y radiodifusión constituyen círculos concéntricos, de modo que cada uno va englobando a los siguientes y no al revés. Así, por telecomunicación se entiende “*toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos*”; por

radiocomunicación *“la telecomunicación que es transmitida por ondas radioeléctricas”*; y por servicio de radiodifusión *“el servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general y que abarca las emisiones sonoras de televisión o de otro género”*. Estas definiciones, en cierta medida, se encuentran desbordadas al día de hoy y, Vg., TV sería no sólo la transmitida por ondas radioeléctricas, sino también, por ejemplo, por cable.

(ii) La Conferencia mundial de radiocomunicaciones de 2000 (CMR 2000)

Sin abandonar el plano internacional, pero valiéndonos de fuentes europeas, resulta clarificador el contenido de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a los resultados de la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones del año 2000 en el contexto de la política de espectro radioeléctrico de la Unión Europea (COM/2000/081 final).

En esta Comunicación comenzó por ponerse de manifiesto que el espectro radioeléctrico constituía un recurso cada vez más escaso y, por tanto, de mayor valor, cuya gestión requería una adecuada coordinación a fin de satisfacer las necesidades de todos los usuarios, coordinación que, por la propia naturaleza del bien en cuestión, había de ser transfronteriza. Se quiso también destacar cómo, en su vertiente comercial, la industria dependiente del espectro radioeléctrico estaba creciendo rápidamente e iba teniendo cada vez más importancia en la economía europea. Paralelamente, el uso no comercial del espectro (salvamento marítimo y aéreo, investigación y defensa, etc.) iba siendo también más importante. Ya con relación a la CMR de 2000, la Comunicación de la Comisión Europea reflejó ciertos aspectos que de modo resumido pasamos a exponer en los párrafos que siguen.

La Conferencia del año 2000 se celebró en Estambul entre los días 8 de mayo y 2 de junio. Su magnitud y complejidad resultaba de datos como el de que, en ella, hubieran participado 190 estados, incluidos los 15 de la UE, o el de que la dimensión del acontecimiento hubiera motivado que el temor a la pérdida de control por los gestores hubiera estado en todo momento presente. En la CMR, de un mes de duración, participaron, en efecto, 2.370 delegados en representación de 836 organizaciones y 150 países, se elaboraron 544 documentos originales y se distribuyeron más de 20 millones de páginas de documentos entre esos delegados. La conferencia se preparó durante más de dos años de trabajo continuo en los niveles nacional y regional

La CMR del 2000 tuvo lugar en un momento de intenso debate europeo sobre el futuro de la TV digital, y en el que cualquier cambio relativo a canales o posiciones orbitales podía inclinar la balanza a favor de la difusión televisiva por satélite, Vg., en detrimento del cable o la terrestre. Siendo una de las preocupaciones de las instituciones comunitarias la de facilitar la prestación de servicios de banda ancha por satélite se sentaron, a tal fin, las bases técnicas para el reparto del espectro en bandas particulares que pudieran ser compartidas por varios sistemas compatibles. En el ámbito de la comunicación inalámbrica fija se buscó reservar espectro suficiente para sistemas sin hilos, que pudieran ser alternativa al cable para la prestación de servicios multimedia, lo que se logró mediante la identificación de cuatro bandas nuevas por encima de los 30 GHz reservadas para el acceso a Internet de banda ancha.

Se mantuvo la asignación de frecuencias para los sistemas de plataforma de altitud - “globos en el cielo” - con potencial para prestar servicios de banda ancha a las áreas

metropolitanas a precios razonables, y lo anterior pese a la ausencia, por el momento, de sistemas operativos por encima de los 48 GHz que fueran a hacer uso de tales dispositivos. Otra de las cuestiones fue la relativa a la tramitación, en el seno de la UIT, del procedimiento administrativo de registro de sistemas de satélite, donde el método de servir al primer llegado había derivado hacia un acaparamiento de frecuencias y franjas orbitales por los nuevos satélites y desencadenado una proliferación de solicitudes de carácter especulativo - lo que se había dado en llamar “satélites de papel” –, motivadora del retraso en la gestión de planes reales para nuevos satélites.

En la *UIT* se había percibido una importante evolución en los 10 años anteriores a la CMR 2000. El talante de las CMRs era eminentemente técnico pero, cada vez más, se iban poniendo de manifiesto los diferentes intereses políticos y económicos nacidos al calor de la liberalización, la competencia, la globalización y la innovación tecnológica. De aquí derivaba que las formas de distribución del espectro estuvieran evolucionando, siendo dos de los factores más importantes el de la convergencia tecnológica y el de la asignación de un valor económico al espectro.

En primer término, la convergencia tecnológica, en virtud de la cual las redes inalámbricas del futuro podrían transportar datos sonoros o visuales, de forma indistinta, bidireccionalmente para permitir la interactividad, obligaría a un replanteamiento de los criterios de distribución del espectro conforme a las categorías tradicionales. Se percibía así la débil fuerza clasificatoria de los servicios, cuya utilidad, una vez producida la convergencia entre los tipos históricos, era ya muy problemática. El desarrollo tecnológico estaría terminando con las diferencias existentes entre los servicios definidos por la *UIT* (*“New approaches to spectrum management”*, en Actualidades de la *UIT*, 2/2004).

En cuanto al segundo de los factores, la determinación del valor del espectro: el reparto del espectro en el seno de la CMR se había venido basando, tradicionalmente, más en criterios históricos y de equidad que económicos. Sin embargo, dicho planteamiento tendía a invertirse y, en diferentes estados, ya se había procedido a asignar un valor económico al espectro por vía de subastas o precios fijados por la Administración u operaciones comerciales. Estos criterios economicistas, que se iban imponiendo en lo que al uso comercial del espectro se refería, apenas si jugaban algún papel, como era natural, en lo referente a su uso para fines no comerciales.

(iii) La Conferencia mundial de radiocomunicaciones de 2003 (CMR 2003)

Más reciente es la Comunicación de la Comisión relativa a los resultados de la CMR del año 2003 celebrada en los meses de junio y julio, donde se vino a ahondar en lo hasta aquí expuesto (COM/2003/0707 final). De ella pasamos igualmente a destacar ciertos aspectos.

La CMR 2003 no abordó aún directamente la cuestión crucial en el ámbito en que nos movemos, a saber, el proceso de conversión de la radiodifusión analógica en digital, que quedó reservada para la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones correspondiente a Europa, a celebrar en 2004 en el seno de la UIT y para la propia CMR proyectada para 2007.

Con relación a la problemática suscitada por los denominados “satélites de papel”, se adoptaron medidas como la de la introducción de un “proceso por hitos”, donde quedarían comprendidas pruebas, tales como la de verificación de la existencia de contratos de construcción o de lanzamiento del satélite en cuestión, a fin de asegurar su autenticidad.

Se avanzó en lo referente a las Estaciones en Plataformas a Gran Altitud (*High Altitude Platform Stations*; HAPS), citadas más arriba, que habrían de operar desde aviones o aerostatos ubicados a gran altitud en la atmósfera, hasta 20 Km., y que, sustituyendo a un gran número de repetidores terrenales, servirían para dar flexibilidad a la red. Dado que su funcionamiento, en ocasiones, podía verse afectado por la absorción de agua en la atmósfera, se dejaron reservadas bandas, por debajo de la vigente, próxima a los 47 GHz, en los 28 y 31 GHz. Lo anterior fue posible para Asia y América, pero no para Europa, por impedirlo las reservas existentes para otros usos.

En la conferencia fue desestimada, por la presión ejercida por la industria del satélite y por los estados más avanzados, la propuesta procedente de ciertos países en vías de desarrollo en orden a que las licencias para los satélites fueran concedidas por periodo de tiempo estrictamente limitado, transcurrido el cual las frecuencias y los recursos orbitales revertirían automáticamente a la *UIT* para una nueva asignación.

La industria del satélite interesó una reducción del límite mínimo (4,5 m) impuesto para el diámetro de las antenas parabólicas destinadas a recibir servicios fijos por satélite en la banda de 14 GHz, límite el anterior orientado a impedir perturbaciones en los sistemas científicos y militares estadounidenses. También se puso sobre la mesa, sin llegar a una solución definitiva, la cuestión relativa a los nuevos sistemas de satélites de órbitas muy elípticas (HEO) que, por su órbita excéntrica, podían llegar a causar perturbaciones en las actividades de radiodifusión.

Se puso también de relieve cómo la convergencia tecnológica de los servicios fijos, móviles y de radiodifusión iría obligando progresivamente a un replanteamiento de la asignación de frecuencias para las distintas aplicaciones, cuestión ésta que se quiso reservar para la CMR de 2007.

(iv) La Conferencia regional de radiocomunicaciones de 2006 (CRR 2006)

En relación con ella puede partirse del contenido de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 29 de septiembre de 2005 sobre Prioridades de la política del espectro de la UE para la transición a la tecnología digital en el contexto de la próxima Conferencia Regional de Radiocomunicaciones 2006 de la UIT (CRR-06) [Comunicación “*EU spectrum policy priorities for the digital switchover in the context of the upcoming ITU Regional Radiocommunication Conference (RRC-06)*”, COM(2005) 461²⁶].

La alta probabilidad de interferencias a larga distancia derivada de la transmisión de señales de radiodifusión desde torres de gran potencia había venido exigiendo desde siempre una coordinación internacional de la planificación de las frecuencias utilizadas para la radio o la TV, de modo que el Plan de Frecuencias Internacional se remontaba al acuerdo regional de la zona europea de radiodifusión adoptado en 1961 en Estocolmo.

El sentido de la última CRR en el seno de la *UIT* había sido, precisamente, el de propiciar la revisión del Plan de Estocolmo y de las frecuencias correspondientes a la radiodifusión

²⁶http://europa.eu.int/information_society/policy/radio_spectrum/ref_info/documents/non_legislative_documents/index_en.htm

digital terrenal, frecuencias adscritas a las bandas 174-230 MHz y 470-862 MHz. El proceso negociador de la CRR se organizó en dos sesiones: en la primera, que tuvo lugar en mayo de 2004, se aprobaron las condiciones técnicas para el diseño de un nuevo Plan, mientras que, en la segunda, celebrada en mayo de 2006, se negoció el nuevo plan de frecuencias sobre la base de la demanda de frecuencias real presentada por cada país.

Las Actas Finales de la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones de 2006 para la planificación del servicio de radiodifusión digital terrenal contenían el Acuerdo regional GE06 (provisionalmente aplicable desde 17 de junio de 2006) para las citadas frecuencias, con los planes de asignación y adjudicación de frecuencias para el servicio de radiodifusión digital, y el plan de televisión analógica, aplicable durante el periodo de transición [v. Actas Finales de la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones para la planificación del servicio de radiodifusión digital terrenal en partes de las Regiones 1 y 3, en las bandas de frecuencias 174-230 MHz y 470-862 MHz (CRR-06), hecho en Ginebra el 16 de junio de 2006; aplicación provisional; (BOE n. 173 de 20/7/2007; Páginas: 31479 – 31479; Referencia: 2007/13970); la definitiva resulta del BOE número 232 de 27 de septiembre de 2007]. El nuevo Plan sería de aplicación en el ámbito geográfico de las partes negociadoras, a saber, Europa, la Federación de Rusia, África y algunas zonas de Próximo Oriente. Se trataba de la Región 1 de la UIT, que incluía países situados al oeste del meridiano 170°E y al norte del paralelo 40°S (excepto Mongolia), más la República Islámica de Irán (120 países en total).

Los acuerdos internacionales, incluidos los alcanzados en la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones (CRR-06) de la *Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)* en junio de 2006 y en la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR-07) de la *UIT* en noviembre de 2007 (ver más abajo), han dispuesto ya la atribución de una parte de las frecuencias del dividendo digital (sobre este concepto, ver también más abajo), conformado por la subbanda de 790-862 MHz, a título coprimario, a los servicios móviles, además de a los servicios fijos y de radiodifusión a partir de 2015, o incluso antes, con supeditación, cuando resultase necesario, a la coordinación técnica con otros países. Además, varios Estados miembros habían anunciado ya que tenían previsto, o en fase de estudio avanzado, la apertura de la subbanda de 790-862 MHz a servicios distintos de la radiodifusión terrestre de alta potencia.

Por estas razones, la Comisión Europea previó adoptar en breve una Decisión por la que establecería unos requisitos técnicos armonizados para el uso futuro de la subbanda de 790-862 MHz para las redes de comunicaciones electrónicas de potencia media y baja. Esta medida técnica de aplicación debía adoptarse con la asistencia del Comité del espectro radioeléctrico, de conformidad con el artículo 4 de la Decisión sobre el espectro radioeléctrico. Un Estado miembro solo tendría que aplicar las condiciones técnicas armonizadas si decidiera abrir esa banda para servicios distintos de la radiodifusión.

Tal ha venido a ser la Decisión 2010/267 de la Comisión, de 6 de mayo de 2010, sobre las condiciones técnicas armonizadas relativas al uso de la banda de frecuencias de 790-862 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea (Diario Oficial n° L 117 de 11/05/2010 p. 0095 – 0101). Se partía de la importancia de una apertura coherente de la banda de 790-862 MHz (la banda de 800 MHz) a los servicios de comunicaciones electrónicas mediante la adopción de condiciones técnicas de utilización. La banda de 800 MHz formaba parte del dividendo digital, es decir, de las radiofrecuencias que se liberaban, como resultado de un uso más eficiente del espectro,

gracias a la transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre (ver más abajo sobre este concepto del dividendo digital). Los beneficios socioeconómicos previstos se apoyaban en la hipótesis de un planteamiento comunitario que liberará la banda de 800 MHz para 2015, imponiendo una serie de condiciones técnicas para prevenir las interferencias transfronterizas de alta potencia.

Los Estados miembros, como se ha dicho, podían decidir a título individual si, y en qué momento, designar o poner la banda de 800 MHz a disposición de redes distintas de las redes de radiodifusión de alta potencia, y la Decisión se entendía, además, sin perjuicio del uso de la banda de 800 MHz para fines de orden público, seguridad pública o defensa en algunos Estados miembros.

La designación de la banda de 800 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas sería un elemento importante de la convergencia de los sectores de las comunicaciones móviles y fijas y la radiodifusión, y plasmaría la innovación técnica. Los servicios prestados en esta banda de frecuencias deberían estar destinados principalmente al acceso del usuario final a las comunicaciones de banda ancha, incluidos los contenidos de radiodifusión.

(v) La Conferencia mundial de radiocomunicaciones de 2007 (CMR 2007)

En la UIT, las distintas administraciones europeas negociaban sobre una base nacional. No obstante, dado que los intereses nacionales convergían en numerosos puntos, las administraciones europeas elaboraban sus posiciones técnicas de manera conjunta dentro de la Conferencia Europea de las Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT). De esta forma se reforzaban, además, las posiciones europeas durante la Conferencia, definiendo las prioridades y los objetivos de conformidad con los intereses de la Unión.

La CMR 2007 se celebró en Ginebra (Suiza) entre el 22 de octubre y el 16 de noviembre de 2007. En la inauguración de la Conferencia estuvieron presentes más de 1.500 delegados, y en total más de 3.000 delegados de todo el mundo asistieron en algún momento a las sesiones de trabajo celebradas en el Centro Internacional de Conferencias de Ginebra y en la sede de la UIT. El orden del día de esta conferencia incluyó alrededor de 30 puntos que abarcaban casi todos los servicios y aplicaciones de radiocomunicaciones, terrestres y espaciales, fijos y móviles, de investigación, científicos, de socorro y seguridad, meteorológicos, etc.

Más en concreto, como ejes temáticos de la CMR 2007 podrían citarse los siguientes: **(i)** servicio móvil, móvil aeronáutico, de radionavegación y de radiolocalización; **(ii)** servicios científicos espaciales; **(iii)** servicio fijo por satélite, móvil por satélite y de radiodifusión por satélite por debajo de 3 GHz; **(iv)** servicio fijo, incluidas las HAPS, y servicio fijo por satélite por encima de 3 GHz; **(v)** servicios en las bandas de ondas kilométricas, hectométricas y decimétricas, y servicio móvil marítimo; **(vi)** procedimientos reglamentarios y criterios técnicos asociados aplicables a las redes de satélite; **(vii)** futuros programas de trabajo de la CMR y otros temas.

Sin perjuicio de la anterior enumeración, pasamos a ocuparnos de algún aspecto, de los abordados en la CMR 2007, que pudieran revestir una especial importancia (ver: <http://www.mityc.es/telecomunicaciones/Espectro/Documents/CMR2007.pdf>; ver también la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y

Social Europeo y al Comité de las Regiones – “*La Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2007 de la UIT (CMR-07)*”; COM/2007/0371 final).

Uno de los puntos esenciales fue el referido a las frecuencias necesarias para el desarrollo del sistema de Telecomunicaciones Móviles Internacionales 2000 (IMT-2000 por sus siglas en inglés) y de sistemas posteriores a IMT-2000. IMT-2000 era el estándar global para la tercera generación de redes de comunicaciones inalámbricas 3G, definidas por un sistema de estándares de la propia UIT, que proporcionaba un marco para el acceso inalámbrico mundial uniendo los diversos sistemas de redes terrestres y satelitales. A pesar de que, como se empezó diciendo, los Estados miembros de la UE eran los que tenían voz y voto en el seno de la UIT, y no la propia UE, a escala comunitaria se habían señalado previamente determinados objetivos comunes.

Entre tales objetivos se situaba el concerniente a la identificación de nuevas bandas de frecuencias que destinar a IMT-2000, tanto por debajo, como por encima de las frecuencias utilizadas en ese momento por los sistemas móviles. Para la identificación de bandas por debajo de 1 GHz para mejorar la cobertura de IMT, se identificó, finalmente, en la CMR 2007 la banda 790-862 MHz para el móvil, salvo el móvil aeronáutico, y para IMT, y ello a pesar de que la propuesta europea era no hacer ningún cambio en la banda 470-862 MHz. No obstante, Europa proponía un punto en el orden del día para la CMR-11 (finalmente, vimos que CMR-12) que considerara las atribuciones al servicio móvil en la banda 470-862 MHz, y la CMR-07 decidió que el punto 1.17 del orden del día de esa próxima CMR-11 tratara del análisis de los resultados de los estudios de compartición del servicio móvil y los servicios en la banda 790-862 MHz.

En el ámbito europeo se propugnó también que el Reglamento de Radiocomunicaciones de la *UIT*, que concedía a los servicios de difusión en la banda UHF en Europa –formalmente en la Región 1- un estado regulador de la mayor categoría, una “atribución de categoría primaria”, debía dar ese mismo tratamiento a los servicios móviles. La banda de difusión UHF (470-862MHz) proporcionaba condiciones de propagación óptimas en términos de cobertura y de penetración en interiores, sobre la base de las cuales prestar servicios de TV al móvil. Era esencial dar un trato regulador igualitario a todo el espectro utilizado para servicios de comunicaciones electrónicas para fomentar la convergencia de los servicios móviles y multimedia tales como la Televisión móvil y las ofertas “Triple Play”. En la Conferencia se dispuso, finalmente, que en la Región 1, la atribución al servicio móvil, salvo móvil aeronáutico, a título primario en la banda de frecuencias 790-862 MHz entrase en vigor a partir del 17 de junio de 2015. En los países signatarios del Acuerdo Regional Ginebra06, la utilización de estaciones del servicio móvil también debía quedar sujeta a la aplicación satisfactoria de los procedimientos de dicho Acuerdo.

Además, como ciertos sistemas de satélites lanzados fuera de Europa, estaban usando partes de la banda 2.500-2.690 MHz, y teniendo en cuenta el uso de este espectro en Europa en el futuro cercano para las redes móviles de tercera generación de IMT-2000 y sistemas posteriores, Europa necesitaba asegurar que sus intereses eran salvaguardados mediante la adecuada protección y la compatibilidad con los sistemas de satélites y, en fin, en la CMR 2007 fueron adoptadas las medidas conducentes a tal fin.

Hubo también otras cuestiones no tan directamente relacionadas con IMT-2000. Por ejemplo, partiendo del Acuerdo Regional Ginebra06, en la CMR 2007 se adoptaron medidas adicionales para la preservación frente a interferencias de los servicios de radiodifusión

terrenal en la banda 620-790 Mhz en relación con otros servicios que no fueron considerados en la CRR 2006, a saber, todos los terrenales así como los de radiodifusión por satélite. Además, a pesar de que uno de los puntos del Orden del Día fue el del examen de antecedentes a fin de identificar posibles bandas de frecuencias del servicio fijo por satélite mundialmente armonizadas para la utilización de Internet, lo cierto es que no llegó a adoptarse ninguna medida a este respecto.

Finalmente, la Comisión ha dado ya también unas pautas para la CMR-12 [v. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – “*Planteamiento político de la unión europea con respecto a la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones 2012 de la UIT (CMR-12)*”].

De modo muy sintético cabría observar:

- se insistía en la necesidad de coordinar la actuación de los estados miembros de la UE en el seno de la *UIT* para la consecución de los objetivos de la agenda digital europea y del desarrollo de una banda ancha rápida para toda Europa;
- determinados excesos de capacidad resultantes del abandono en la frontera oriental europea de sistemas de radionavegación, que debían quedar obsoletos, debían aprovecharse para extender también en esta zona los objetivos de la banda ancha inalámbrica y para el uso y rendimiento plenos de la banda 790 a 862 MHz;
- debía respetarse la importancia del sistema europeo de control de navegación por satélite *Galileo* y postular la asignación a esta clase de sistemas de la banda adicional 2.483,5 a 2.500 MHz;
- el programa europeo ATM de investigación sobre la gestión del tránsito europeo en Europa con la mirada puesta en el Cielo Único Europeo (SESAR) demandaba respetar el componente satelital de este sistema (enlace crítico ascendente de *Galileo*) y la asignación a la aviación de la banda 960 a 1164 MHz para permitir aplicaciones ATM con gran densidad de datos;
- en cuanto a los sistemas de aeronaves no tripuladas (SANT) para uso militar y otros (salvamento, incendios, control de la inmigración ilegal, etc.), que debían compartir espacio aéreo con las tripuladas, se planteaba la asignación de frecuencias que no entrañaran riesgo de interferencia con las actividades de *Galileo*;
- los sistemas de radiocomunicaciones cognoscitivos, basados en aplicaciones informáticas que detectaban las bandas de frecuencias no utilizadas y aprovechan dichas frecuencias de modo oportunista para facilitar la comunicación, debían ser vistos con recelo, por el riesgo de interferencias asociados a su uso (sin perjuicio de la consideración en un futuro de sistemas compartidos y flexibles que combinaran el uso de redes fijas y móviles en los sistemas celulares);
- en dispositivos de corto alcance, que utilizaban frecuencias sin incidencia transfronteriza, no debían aceptarse modificaciones;

- debía ponderarse la asignación de frecuencias para investigación científica relacionada con aspectos como el cambio climático, la observación de rayos, radares oceanográficos, satélites meteorológicos, la investigación espacial y la observación de la tierra;
- se incluía la previsión de “gamas de sintonía”, para la cobertura de acontecimientos periodísticos puntuales, sin necesidad de pasar por el complejo proceso de atribución de las CMRs;
- otros aspectos como servicios marítimos, radares en banda 15,4 a 15,7 GHz para servicios astronómicos, servicios para radioaficionados o HAPS tenían menos interés para la UE;
- para la CMR de 2015 debía fijarse un acercamiento global, más que por bandas concretas, al punto de las necesidades de la banda ancha inalámbrica previendo, en caso de no quedar estas cubiertas, asignaciones adicionales;
- debía insistirse en el proceso de erigir a la UE en sujeto con voz y voto en el seno de la UIT.

(d) Su tratamiento en el seno de la Unión Europea

(i) Aspectos generales

En el ámbito comunitario son varias las políticas que dependen de una adecuada oferta de espectro, p.e., en los sectores de la Sociedad de la Información, las telecomunicaciones, transporte, radiodifusión y audiovisual, investigación y desarrollo, segmento espacial y observación satelital del cambio climático, etc., y, sin embargo, la UE no tiene participación directa en las CMRs, pues su *status* de organización internacional o regional tan sólo le permite actuar, mediante envío de un delegado, como observador sin voto.

El nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas de la UE encierra principios de mucho alcance (como los de neutralidad tecnológica, seguridad jurídica y proporcionalidad) y objetivos de gran importancia (como el fomento de la competitividad, la consolidación del mercado único y la eliminación de los obstáculos técnicos que dificultan el comercio internacional). De lo anterior que, dado que la UE no es parte en la *UIT* y que sus Estados miembros sí, las obligaciones que éstos asuman en el marco de la propia *UIT* hayan de aplicarse de conformidad con las que les impone el derecho comunitario.

Así, con vistas a las CMRs de 2003, 2007 y 2012 y a la CRR 2006, como se acaba de ver, se fijaron unas posiciones para la negociación comunes a todos los Estados miembros de la UE, partiendo de los trabajos de los expertos integrados en la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), y unos objetivos políticos establecidos por la Comisión, extremos todos los anteriores aprobados por el Consejo de Ministros.

En el Octavo Informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones del año 2002, se destacó la existencia de importantes progresos a lo largo de los años anteriores en lo relativo a una gestión eficiente y transparente del espectro, gracias a la publicación por todos los estados de planes nacionales de

frecuencias, a la designación de organismos responsables de su gestión y al lanzamiento por algunos de ellos de iniciativas centradas en el comercio de frecuencias o en la utilización de bandas sin licencia, temas entonces de actualidad en el ámbito comunitario.

Por otro lado, en ese mismo ámbito comunitario, se van encontrando normas dispersas, cada vez más a medida que se amplían sus competencias en la materia, que se ocupan de la regulación del espectro radioeléctrico²⁷.

En el Art. 4 de la Directiva de la Comisión de 16 de septiembre de 2002, **relativa a la Competencia** en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (2002/77/CE), se lee que los Estados miembros no concederán derechos exclusivos o especiales sobre el espectro para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y que, en todo caso, la atribución de frecuencias para servicios específicos de comunicaciones tendrá lugar con arreglo a criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales; lo anterior sin perjuicio de las excepciones que pudieran introducir esos mismos estados para los proveedores de servicios televisivos o radiofónicos que persigan el interés general.

De otra parte, la **Directiva Marco** (2002/21), en su Capítulo III, bajo la rúbrica de “*Misión de las Autoridades Nacionales de Reglamentación*”, incluye una serie de preceptos de indudable influencia en lo que concierne a la regulación del espectro. El Art. 8.2 declara que las ANRs fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas, promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las

²⁷ Al margen de las que pasan a destacarse, cabría citar algunas de alcance tal vez más puntual. Y así: (i) Directiva 91/287/CEE del Consejo, de 3 de junio de 1991, sobre la banda de frecuencia que debe asignarse para la introducción coordinada de las telecomunicaciones digitales europeas sin hilo (DECT) en la Comunidad (DO L 144 de 8.6.1991); (ii) 2004/545/CE: Decisión de la Comisión, de 8 de julio de 2004, relativa a la armonización del espectro radioeléctrico en la gama de 79 GHz para el uso de equipos de radar de corto alcance para automóviles en la Comunidad (DO L 241 de 13.7.2004, p. 66/67); (iii) 2005/50/CE: Decisión de la Comisión, de 17 de enero de 2005, relativa a la armonización del espectro radioeléctrico en la banda de 24 GHz para el uso temporal por equipos de radar de corto alcance para automóviles en la Comunidad (Diario Oficial n° L 021 de 25/01/2005 p. 0015 – 0020); (iv) 2005/513/CE: Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 2005, por la que se armoniza la utilización del espectro radioeléctrico en la banda de frecuencias de 5 GHz con vistas a la aplicación de los sistemas de acceso inalámbrico, incluidas las redes radioeléctricas de área local (WAS/RLAN) (DO L 187 de 19.7.2005, p. 22/24); (v) 2005/928/CE: Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 2005, sobre la armonización de la banda de frecuencias de 169,4 a 169,8125 MHz en la Comunidad [notificada con el número C(2005) 5503] (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 344 de 27.12.2005, p. 47/51); (vi) 2006/771/CE: Decisión de la Comisión, de 9 de noviembre de 2006, sobre la armonización del espectro radioeléctrico para su uso por dispositivos de corto alcance [notificada con el número C(2006) 5304] (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 312 de 11.11.2006, p. 66/70); (vii) 2006/804/CE: Decisión de la Comisión, de 23 de noviembre de 2006, sobre la armonización del espectro radioeléctrico para los dispositivos de identificación por radiofrecuencia (RFID) que utilizan la banda de frecuencia ultraalta (UHF) [notificada con el número C(2006) 5599] (DO L 329 de 25.11.2006, p. 64/66); (viii) 2007/98/CE: Decisión de la Comisión, de 14 de febrero de 2007, relativa al uso armonizado del espectro radioeléctrico en las bandas de frecuencias de 2 GHz para la implantación de sistemas que presten servicios móviles por satélite [notificada con el número C(2007) 409] (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 43 de 15.2.2007, p. 32/34); (ix) 2007/131/CE: Decisión de la Comisión, de 21 de febrero de 2007, por la que se autoriza la utilización armonizada del espectro radioeléctrico para los equipos que utilizan tecnología de banda ultraancha en la Comunidad [notificada con el número C(2007) 522] (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 55 de 23.2.2007, p. 33/36); (x) 2009/766/CE: Decisión de la Comisión, de 16 de octubre de 2009, de Armonización de las bandas de frecuencias de 900 MHz y 1800 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios paneuropeos de comunicaciones electrónicas en la Comunidad.

radiofrecuencias. El Art. 8. bis, que lleva el título de “*Planificación estratégica y coordinación de la política sobre el espectro radioeléctrico*”, impone a los Estados miembros cooperar entre sí y con la Comisión en la planificación estratégica, la coordinación y la armonización del uso del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Ap. 1), y permite que la Comisión pueda presentar propuestas legislativas con objeto de establecer programas plurianuales para la política del espectro radioeléctrico y proponer objetivos políticos comunes al Parlamento y al Consejo (Aps. 3 y 4).

El Art. 9 de la propia Directiva Marco, tras reiterar en alguna medida el contenido del Art. 4 de la Directiva sobre Competencia, impone a los Estados miembros el deber de velar por la gestión eficaz de las radiofrecuencias para los servicios de comunicaciones electrónicas en su territorio y por el respeto al principio de neutralidad tecnológica, de modo que se pueda utilizar todo tipo de tecnología para los servicios de comunicaciones electrónicas en las bandas de radiofrecuencias declaradas disponibles para los servicios de comunicaciones electrónicas en sus respectivos planes nacionales de atribución de frecuencias; si bien, se admiten ciertas restricciones como las que se dirijan a: **(a)** evitar interferencias perjudiciales; **(b)** proteger la salud pública frente a los campos electromagnéticos; **(c)** asegurar la calidad técnica del servicio; **(d)** garantizar un uso compartido máximo de las radiofrecuencias; **(e)** garantizar un uso eficiente del espectro, o **(f)** garantizar el logro de un objetivo de interés general.

La Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modificaron la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones (DO L 337 de 18.12.2009, p. 37) (“*Directiva de mejora de la legislación*”) confirmó, no sólo esta neutralidad con respecto a la tecnología, sino también con respecto al servicio. En definitiva, la aspiración era la de que una determinada franja de frecuencias pudiera ser empleada para la prestación de cualesquiera servicios de comunicaciones electrónicas a través de cualquier tecnología, salvo las excepciones previstas legalmente.

Finalmente, dentro de la Directiva Marco, podría destacarse el Art. 9 Ter, que regula la autorización por los Estados miembros de la transferencia que puedan hacer las empresas de los derechos de uso de radiofrecuencias que tengan atribuidos a otras empresas distintas, notificándolo a la Autoridad Nacional de Reglamentación encargada de la asignación de frecuencias.

Dentro de la **Directiva Autorización** (2002/20), los Arts. 5 a 8 son los que más directamente inciden sobre esta materia. Conforme al Art. 5, el derecho al uso de radiofrecuencias se entenderá incluido en la autorización general para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante, podrán otorgarse derechos individuales de uso para evitar interferencias perjudiciales, garantizar la calidad técnica del servicio, asegurar un uso eficiente del espectro o alcanzar otros objetivos de interés general establecidos por los Estados miembros de conformidad con la normativa comunitaria. Cuando resulte necesario conceder derechos individuales de uso, los mismos se otorgarán sobre la base de procedimientos objetivos, no discriminatorios, proporcionados y transparentes, sin perjuicio de los criterios específicos y de los procedimientos adoptados por los Estados miembros para otorgar derechos de uso de radiofrecuencias a los proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para perseguir objetivos de interés general de conformidad con la

legislación comunitaria. Los Estados miembros no limitarán el número de derechos de uso que deban otorgarse, salvo cuando resulte necesario para garantizar un uso eficiente de las radiofrecuencias.

De acuerdo con el Art. 6, la autorización general para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y los derechos de uso de radiofrecuencias solo podrá estar sometida a las condiciones enumeradas en el anexo, que serán, en todo caso, no discriminatorias, proporcionadas y transparentes²⁸.

Por terminar con la Directiva Autorización, el Art. 8 contempla como caso de obligado cumplimiento para los Estados miembros el de la asignación armonizada de radiofrecuencias de conformidad con acuerdos internacionales o normas comunitarias específicas.

También en la **Directiva 1999/5/CE**, de 9 de marzo de 1999 (DO L 91 de 7.4.1999, p. 10/28), sobre Equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad, se impone:

- a) la construcción de tales equipos de forma que utilicen eficazmente el espectro asignado a las radiocomunicaciones terrenas/espaciales y los recursos orbitales para impedir las interferencias perjudiciales (Art. 3);
- b) la notificación por parte de los fabricantes a las autoridades administrativas del Estado miembro responsables de la gestión del espectro de la puesta en el mercado de los equipos radioeléctricos que utilicen bandas de frecuencia cuyo uso no esté armonizado en la Comunidad (Art. 6 de la Directiva traspuesto al derecho español por el Art. 41 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente);
- c) la posibilidad de que dichas autoridades restrinjan la puesta en servicio de tales equipos por, entre otros motivos, los relacionados con el uso efectivo y apropiado del espectro de radiofrecuencias o la prevención de interferencias que resulten perjudiciales (Art. 7);

No obstante las anteriores menciones en Directivas, la norma que de forma decidida supuso el primer paso en la regulación en el ámbito europeo del espectro radioeléctrico fue la **Decisión 676/2002/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (DO L

²⁸ Conforme a dicho Anexo B, las “Condiciones que pueden asociarse a los derechos de uso de radiofrecuencias” comprenden: “1. Obligación de prestar un servicio o de utilizar un tipo de tecnología en relación con los cuales se hayan otorgado derechos de uso de la frecuencia, incluidos, si procede, los requisitos y la calidad de cobertura; 2. Uso efectivo y eficiente de las frecuencias de conformidad con la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco); 3. Condiciones técnicas y operativas necesarias para la evitación de interferencias perjudiciales y la limitación de la exposición del público en general a los campos electromagnéticos, siempre que dichas condiciones sean diferentes de las incluidas en la autorización general; 4. Duración máxima de conformidad con el artículo 5 de la presente Directiva, sin perjuicio de toda modificación introducida en el plan nacional de frecuencia; 5. Cesión de derechos por iniciativa del titular del derecho y condiciones a ella asociadas de conformidad con la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco); 6. Cánones por utilización de conformidad con el artículo 13 de la presente Directiva; 7. Cualquier compromiso contraído por la empresa que ha obtenido el derecho de uso en el curso de un procedimiento de selección competitiva o comparativa; 8. Obligaciones en virtud de los acuerdos internacionales pertinentes relativos al uso de frecuencias; 9. Obligaciones específicas para un uso experimental de las radiofrecuencias”.

108 de 24.4.2002, p. 1/6), sobre un Marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea²⁹.

Tras el Libro Verde sobre Política en materia de espectro radioeléctrico en el contexto de las políticas de telecomunicaciones, radiodifusión, transportes e investigación y desarrollo de la Comunidad Europea (COM/98/0596 final), se puso de relieve la necesidad de un marco regulador – el constituido por la propia Decisión, conforme a su Art. 1 - para garantizar la disponibilidad y uso eficiente del espectro radioeléctrico y el funcionamiento del mercado interior en ámbitos de la política comunitaria relacionados con esos sectores, todo lo que, se consideraba, contribuiría a racionalizar el uso del espectro también a escala mundial.

Sus aspectos más destacables tal vez sean: **(a)** primero, la creación de un Comité del espectro radioeléctrico, integrado por representantes de los distintos Estados y presidido por uno de la Comisión, para ayudar a esta institución comunitaria en las tareas de elaboración de disposiciones de ejecución obligatoria por las que se armonicen las condiciones para la disponibilidad y el uso eficiente del espectro radioeléctrico; y **(b)** segundo, el fomento de la accesibilidad en beneficio del público, en general, a la información referente al uso del espectro y a los avances tecnológicos que fueran a permitir nuevas asignaciones de frecuencias.

En este particular relativo a la información, la Decisión 676/2002 ha sido desarrollada por la **Decisión de la Comisión, de 16 de mayo de 2007**, relativa a la disponibilidad armonizada de información sobre el uso del espectro en la Comunidad [2007/344/CE; notificada con el número C(2007) 2085; Texto pertinente a efectos del EEE; DO L 129 de 17.5.2007, p. 67/70]. La decisión impone a los Estados miembros utilizar el Sistema de Información sobre Frecuencias de la ERO (EFIS), establecido por la Oficina Europea de Radiocomunicaciones (ERO), como punto de acceso común, a fin de poner a disposición del público a través de Internet información comparable sobre el uso del espectro en cada Estado miembro (Art. 2).

²⁹ El Primer informe anual sobre la Política del espectro radioeléctrico en la Unión Europea (Grado de aplicación y perspectivas) fue publicado mediante Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (COM/2004/0507 final). De él podría ser interesante la enumeración de los mandatos dirigidos por la Comisión a la CEPT (Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones) al amparo de la Decisión 676/2002 para que desarrollase soluciones técnicas armonizadas en relación con ciertos asuntos de interés para los objetivos y políticas de la Comunidad: **(i)** “Comunicaciones móviles de tercera generación (IMT-2000): desarrollo de parámetros armonizados para el uso de espectro adicional en las comunicaciones móviles de tercera generación previsto para 2008, con el fin de facilitar el oportuno desarrollo de los equipos y una rápida adopción; **(ii)** Reutilización de la banda de ERMES: están estudiándose posibles nuevos usos, a los que beneficiaría su armonización a escala comunitaria, del espectro situado en torno a los 169 MHz, actualmente infrutilizado por el sistema europeo de radiomensajes (ERMES); **(iii)** Redes de área local radioeléctricas (RLAN): armonización del espectro para la próxima generación de RLAN que facilita acceso inalámbrico de banda ancha a ordenadores y dispositivos portátiles en la gama de 5 GHz; **(iv)** Radares de corto alcance para automóviles (SRR): para incrementar la seguridad vial, objetivo de la iniciativa eSafety, resultará beneficioso armonizar el espectro para las aplicaciones SRR, con una banda armonizada a largo plazo en 79 GHz y una apertura temporal de la banda de 24 GHz; **(v)** Tecnología de banda ultraancha (UWB; Ultra Wide Band): una regulación armonizada de las comunicaciones y de las aplicaciones de imágenes que transmiten datos utilizando una gama espectral amplia puede afectar a un número importante de políticas comunitarias; **(vi)** Dispositivos de corto alcance (SRD): son muchos los equipos inalámbricos de baja potencia y bajo coste que se utilizan sin licencia. Un enfoque genérico que permitiera establecer prioridades y armonizar diferentes bandas de frecuencias suprimiría los obstáculos que entorpecen la eficiencia del mercado interior de la UE; **(vii)** Sistema telefónico aéreo para usuarios privados (TFTS): esta estudiándose un uso más eficiente de las bandas del espectro designadas anteriormente para la introducción armonizada del TFTS”.

El alcance de esa información (p.e., las especificaciones de la Interfaz radioeléctrica o los derechos de uso individuales existentes) se regulan en el Art. 3 de la Decisión.

Posterior a la Decisión 676/2002 fue la Decisión de la Comisión, de 26 de julio de 2002, por la que se crea un Grupo de política del espectro radioeléctrico [(Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 198 de 27.7.2002, p. 49/51); en la redacción dada por la **Decisión UE/978/2009**, de 16 diciembre (LCEur 2009\1988)] por la que vino a crearse un Grupo de política del espectro radioeléctrico, compuesto por altos representantes ministeriales de los Estados miembros y un alto representante de la Comisión, para “*apoyar y asesorar a la propia Comisión sobre asuntos de política del espectro radioeléctrico, sobre la coordinación de planteamientos políticos, sobre la preparación de los programas plurianuales de política del espectro radioeléctrico y, en su caso, sobre unas condiciones armonizadas en relación con la disponibilidad y el uso eficiente del espectro radioeléctrico necesario para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior*” y para asistir a la misma Comisión “*para proponer objetivos políticos comunes al Parlamento Europeo y al Consejo, cuando resulte necesario para garantizar la coordinación eficaz de los intereses de la Unión Europea en las organizaciones internacionales competentes en materia de espectro radioeléctrico*”.

Contra lo que podría parecer a partir de este enunciado, este Grupo de la política del espectro radioeléctrico es órgano distinto del Comité del espectro radioeléctrico creado por la decisión 676/2002 y, de hecho, ordena la Decisión de 26 de julio que la actividad de aquél no interfiera en la de éste.

La Comisión viene insistiendo últimamente en la necesidad de uniformizar todo el régimen jurídico del espectro y la gestión del mismo conforme a normas comunes en toda Europa y en la de que rijan en toda esta materia no sólo el principio de “neutralidad tecnológica” (la libertad para usar cualquier tecnología en una banda determinada del espectro), sino también el de “neutralidad de servicios” (libertad para usar el espectro para ofrecer cualquier servicio de comunicaciones electrónicas).

A 29 de junio de 2006, en la presentación de una serie de documentos relativos a la revisión del marco regulador de las comunicaciones electrónicas (*Vid Supra*), la Comisaria Reding destacaba: “*Es una desventaja competitiva para Europa que no dispongamos, como en los Estados Unidos, de un único régimen para la gestión del espectro, sino de 25 diferentes*”; “*Por eso muchos interesados proponen la creación de un agencia europea del espectro y creo que es una idea que se podría discutir*” [para conocer más en detalle la postura de la Comisión puede consultarse, en su sitio web³⁰ para la política de espectro radioeléctrico, la Comunicación “*A forward-looking spectrum policy for the European Union second annual report*”, COM (2005) 411; y la Comunicación “*A market-based approach to spectrum management in the European Union*”, COM(2005) 400)].

En esta línea, en su **Recomendación de 2009** (ver más abajo), insistía en que, ante la situación de crisis económica, “*resulta urgente elaborar en la Unión Europea un enfoque coordinado en relación con el dividendo digital a fin de atajar la fragmentación que ya está apuntando entre los Estados miembros. De lo contrario, se verá obstaculizada la creación del mercado único de servicios y equipos, se perderán las economías de escala asociadas y*

³⁰ http://europa.eu.int/information_society/policy/radio_spectrum/index_en.htm

el dividendo digital no podrá contribuir con eficacia a la recuperación económica de toda la UE”.

Lo anterior ha llegado a plasmarse en la **Decisión n ° 243/2012/UE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012 (DO L 81 de 21.3.2012, p. 7/17), por la que se establece un programa plurianual de política del espectro radioeléctrico para la planificación estratégica y la armonización del uso del espectro, con objeto de garantizar el funcionamiento del mercado interior en los ámbitos de actuación de las políticas de la Unión que implican el uso de espectro, como las de las comunicaciones electrónicas, investigación, desarrollo tecnológico y espacio, transporte, energía y la política audiovisual (v. Art. 1). En esta norma, de carácter vinculante, se confieren a la Comisión competencias de ejecución, con la mirada puesta en proporcionar unas velocidades y una capacidad de banda ancha lo más altas posibles, tanto en modo fijo como móvil, *“para la realización del objetivo de un mínimo de 30 Mbps para todos antes de 2020 con la mitad de los hogares de la Unión, como mínimo, teniendo acceso de banda ancha con una velocidad de al menos 100 Mbps”* (v. considerando 8).

(ii) Mención especial al “dividendo del espectro”

En su Comunicación de 24 de mayo de 2005, sobre la aceleración de la transición de la radiodifusión analógica a la digital (*op. cit.*), la Comisión apuntaba que una de las ventajas principales del llamado “apagón analógico” iba a ser la de la recuperación de capacidad espectral disponible, cifrada entre unos 300 y unos 375 MHz, como consecuencia del cierre de la TV terrenal analógica, que exigía una capacidad de espectro entre tres y seis veces superior a la que requería la digital, y, asimismo, que habría que cuidarse de no restringir indebidamente la reutilización de dichas bandas por los servicios nuevos e innovadores. Esta cantidad sustancial de espectro no utilizado era lo que se daba en denominar “dividendo del espectro”. La ANR del Reino Unido (*Ofcom*) había ya previsto una liberación de 112 MHz en ese país; la diferencia con respecto a las estimaciones de la Comisión residía en que *Ofcom* sólo consideraba el espectro libre para servicios nuevos distintos de los de radiodifusión.

El uso que debía darse a ese dividendo, conforme a propuesta del Grupo de Política del espectro (v. *supra*), cabría aglutinarlo en torno a tres bloques, a saber:

- a) *“Espectro preciso para la mejora de los servicios de radiodifusión terrenal: p. ej., servicios de mayor calidad técnica (en particular la TVAD), incremento del número de programas y/o potenciación de la experiencia televisiva (p. ej., cámaras desde distintos ángulos para los deportes, flujos de noticias individuales y otras opciones casi interactivas)”*;
- b) *“Recursos radioeléctricos precisos para los servicios de radiodifusión fruto de la convergencia, que se espera sean básicamente «híbridos» de los servicios tradicionales de radiodifusión y de comunicaciones móviles”*;
- c) *“Frecuencias que se atribuirán a nuevos «usos» que no pertenecen a la familia de aplicaciones de la radiodifusión. Algunos de estos potenciales nuevos «usos» del dividendo del espectro son servicios y aplicaciones futuros aún no comercializados, mientras que otros existen ya, pero no utilizan aún estas frecuencias (p. ej., ampliaciones de los servicios de 3G o radiocomunicaciones de corto alcance)”*

En el marco de la corriente liberalizadora que tendía a imponerse también en este ámbito, la Comisión anunciaba su intención de promover el juego de la oferta y la demanda, propiciando la comercialización de las bandas de radiofrecuencias asignadas a la radiodifusión y la dedicación de una parte del dividendo del espectro a uso sin licencia.

Como observaba la doctrina especializada (V. Couso Sáiz, D.: *“El espectro radioeléctrico. Una perspectiva multidisciplinar (I): Presente y ordenación jurídica del espectro radioeléctrico”*, Septiembre de 2007, en Noticias Jurídicas: Artículos doctrinales de Derecho Administrativo): *“no todas las partes del mismo (espectro) reúnen las mismas características, lo que se traduce en distintas capacidades de cobertura o en distintas propiedades frente al ruido y las interferencias, amen de las implicaciones tecnológicas o de costes. Asimismo los diferentes tipos de informaciones (voz, audio, datos, vídeo) requieren márgenes de espectro (bandas de frecuencias) específicos. Todas estas características conducen a que hasta ahora se haya considerado que unas determinadas zonas del espectro están especialmente indicadas para proporcionar unos servicios concretos, incluyendo, en ocasiones, inevitables conflictos entre servicios distintos que pugnan por la misma banda de frecuencias”*.

La prensa económica ya se hacía eco de los enfrentamientos a los que dicha liberación de frecuencias daría lugar entre operadores de telecomunicación y operadores de TV. Las estimaciones eran las de que un 75 % de las bandas UHF, especialmente valiosas porque facilitaban la propagación de la señal en recintos cerrados y en el interior de los edificios, quedarían libres tras el apagón de la TV analógica. Las cadenas de televisión pugnaban por quedarse con esas frecuencias para poder ofrecer emisiones de alta definición y servicios interactivos, frente a los grandes operadores de telefonía que aspiraban a su liberalización para la prestación de servicios de banda ancha (Fuente: Diario Cinco Días, versión digital de 8 de octubre de 2007).

La Comisión hizo también públicas sus esperanzas, puestas en los citados servicios nuevos e innovadores, que, sobre la base de esas nuevas frecuencias disponibles, contribuirían a la consecución de los objetivos de i2010 (*Vid Supra*), particularmente, los de la inclusión digital y la plena implantación de la Sociedad de la Información. A estos efectos, la Comisión lanzaba su particular aviso a navegantes en cuanto a la necesidad de reservar un bloque de frecuencias dentro del dividendo para el desarrollo armonizado de todos estos servicios [Ver también la Comunicación de la Comisión *“Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico”* (COM(2009) 586) y la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de septiembre de 2008: *“Aprovechar plenamente las ventajas del dividendo digital en Europa: un planteamiento común del uso del espectro liberado por la conversión al sistema digital”*; donde se instaba a los Estados miembros a liberar su dividendo digital lo antes posible y se abogaba por una respuesta a escala comunitaria].

En este sentido, en el Plan de Recuperación Económica aprobado en la reunión del Consejo Europeo de 12 de diciembre de 2008, se fijaba para la cobertura de la banda ancha un objetivo del 100 %, que debía alcanzarse entre 2010 y 2013. A tal fin, y como se subrayaba en el documento sobre cuestiones clave del Consejo de Competitividad de marzo de 2009, debía recurrirse a las tecnologías inalámbricas, por ejemplo en zonas rurales en las que las infraestructuras cableadas no resultaban prácticas. De aquí que la puntualidad en el abandono de la radiodifusión analógica resultase esencial para garantizar que los nuevos servicios, cuya

prestación hacía posible el espectro radioeléctrico liberado por el dividendo digital, contribuyeran eficazmente al esfuerzo de recuperación económica de la UE.

También, en su Recomendación 2009/848/CE, de 28 octubre, para facilitar la obtención del dividendo digital en la Unión Europea [LCEur\2009\1743; DOL 24 noviembre 2009, núm. 308, (pág. 24)], la Comisión (ver números 7 a 9) insistía en *“la urgente necesidad de disponer de espectro radioeléctrico suficiente para desarrollar una infraestructura inalámbrica de alta velocidad que permita prestar servicios de banda ancha, a fin de obtener mejoras de la productividad y ahorros de costes en la economía en general”* como forma de combatir la crisis económica.

Y también la Decisión 2009/766/CE, de 16 octubre (Decisión LCEur 2009\1531), sobre Armonización de las bandas de frecuencias de 900 MHz y 1800 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios paneuropeos de comunicaciones electrónicas en la Comunidad, supuso la adopción de importantes medidas. En esta Decisión 766/2009 se mencionaba que la Directiva 2009/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo modificaba la Directiva 87/372/CEE y abría las bandas de frecuencia de 890-915 MHz y 935-960 MHz (la banda de 900 MHz) al Sistema Universal de Telecomunicaciones Móviles (UMTS) y a otros sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que pudieran coexistir con el Sistema Global de Comunicaciones Móviles (GSM), de conformidad con las medidas técnicas de aplicación adoptadas con arreglo a la Decisión núm. 676/2002/CE (Decisión del espectro radioeléctrico). Procedía, por lo tanto, adoptar medidas técnicas para hacer posible la coexistencia del sistema GSM y de esos otros sistemas (UMTS u otros) en la banda de 900 MHz. Además, las bandas de frecuencias de 1710-1785 MHz y 1805-1880 MHz (la banda de 1800 MHz) estaban disponibles para la explotación del GSM y eran utilizadas por los sistemas GSM en Europa. La banda de 1800 MHz debía abrirse también, en las mismas condiciones que la banda de 900 MHz, a otros sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que pudieran coexistir con los sistemas GSM.

(e) Su regulación en el ordenamiento jurídico español

(i) Nivel legal: la Ley General de telecomunicaciones y la Ley General de comunicación audiovisual

Entrando en el derecho nacional, puede leerse en la Exposición de Motivos de la vigente **Ley General de Telecomunicaciones de 2003**: *“En lo referente al dominio público radioeléctrico, se incorporan la regulación y tendencias comunitarias en la materia, esto es, la garantía del uso eficiente del espectro radioeléctrico, como principio superior que debe guiar la planificación y la asignación de frecuencias por la Administración y el uso de éstas por los operadores. Asimismo, se abre la posibilidad de la cesión de derechos de uso del espectro radioeléctrico, en las condiciones que se determinen reglamentariamente”*.

Con particular relación a la cuestión de las tasas asociadas al uso del espectro dice la misma Exposición de Motivos: *“la Ley también tiene como objetivo el establecimiento de una serie de criterios que guíen la actuación en la imposición de tasas que afecten a los servicios de telecomunicaciones. Distingue entre aquellas tasas que respondan a la necesidad de compensar actuaciones administrativas, donde la cuantía se fijará en función de su coste, de aquellas impuestas sobre el uso de recursos asociados, como el dominio público, las frecuencias o la numeración. En este último caso se perseguirá garantizar su uso óptimo,*

teniendo en cuenta el valor del bien y su escasez. Como principios básicos de estas exacciones se establecen la transparencia, la proporcionalidad y su justificación objetiva”.

Del Art. 43 resultaría que el espectro radioeléctrico es bien de dominio público de titularidad estatal cuya gestión incumbe al mismo Estado con sujeción a lo dispuesto en la propia Ley General de Telecomunicaciones, a la normativa europea y a los tratados y disposiciones internacionales aplicables a España y, en especial, a las resoluciones y recomendaciones de la UIT. Dentro de esa gestión quedaría comprendida la utilización del dominio público radioeléctrico mediante redes de satélites y de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española.

Algunas referencias a su tratamiento en el Derecho comparado se encuentran en Chillón Medina (Op. Cit.; Pág 311):

1. Francia. *“De forma indirecta se incluye la calificación de las ondas como dominio público en la legislación francesa (Art. 32 del **Code de Postes et Télécommunications**) precepto que podría ser interpretado como una declaración de dominio público de las ondas. Más tarde, la Ley de 17 de Enero de 1989 relativa a la libertad de comunicación introdujo un nuevo Art. 20 más claro y que disponía que «la utilización por los titulares de una autorización de frecuencias radioeléctricas disponibles sobre el territorio de la República constituye un modo de ocupación privativo del dominio público del Estado»”.*
2. Estados Unidos. *“La **Radio Act** imponía a todas las empresas del sector la obligación de transmitir en las bandas de frecuencias a ellas destinados por el Departamento de Comercio. Con ello se iniciaba ya una cierta configuración de los poderes de la Administración sobre el uso de las frecuencias radioeléctricas bajo la exigencia de una autorización previa. Principio que es ratificado por la Radio Act de 1927. La posibilidad de reconocer a los particulares derechos de propiedad y exclusión de terceros sobre las ondas radioeléctricas ya había sido afirmada por los Tribunales en el asunto (**Tribune co. versus Oak Leaves Broadcasting**) resolviendo un problema de frecuencias en base al principio **prior in tempore potior in jure**”.*

Conforme al Art. 44, la gestión del dominio público radioeléctrico comprenderá la aprobación de los planes para su utilización, incluidos el cuadro nacional de atribución de frecuencias (CNAF) y los planes técnicos nacionales de radiodifusión y televisión, así como el otorgamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, teniendo en cuenta para esto último la valoración económica que tiene para el interesado y que se trata de un bien escaso. Es precisamente su carácter de bien demanial escaso lo que justifica su especial protección que tendrá como finalidades ex Art. 32 *“su aprovechamiento óptimo, evitar su degradación y el mantenimiento de un adecuado nivel de calidad en el funcionamiento de los distintos servicios de radiocomunicaciones”.*

Del precepto anterior y del siguiente, el 45, resulta que los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, con la excepción del uso común que es libre y no exige título habilitante, podrán revestir la forma de afectación, concesión demanial o autorización administrativa a conceder – salvo en los casos de limitación del número de concesiones a que se aludirá - por la Agencia Estatal de Radiocomunicación (AER). Esta diversidad de tratamiento puede obedecer que *“siendo en consecuencia un dominio público muy especial, es de aplicación aquí la vieja teoría de la escala de la demanialidad que comporta la*

existencia de diversos regímenes jurídicos dentro de la categoría genérica del dominio público” (Ver Chillón Medina; Op. Cit).

Respecto del uso libre, el Art. 12 del Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico, que estudiaremos a continuación al tratar del nivel reglamentario, especifica que serán para uso común las atribuciones de bandas, subbandas, canales y frecuencias previstas en el CNAF para aplicaciones industriales, científicas y médicas y las demás a las que dicho cuadro otorgue ese carácter. También dispone que el uso común del espectro no podrá causar interferencias a otros usos autorizados de categoría diferente ni solicitar protección frente a los mismos.

Fuera de ese uso común libre, la sistematización de los diferentes supuestos podría ser la siguiente:

- a) **Autorización administrativa**: el uso del dominio público radioeléctrico requerirá autorización cuando se trate de la reserva de un derecho de uso especial no privativo del mismo (no excluyente de terceros), considerando como tal el del espectro radioeléctrico por radioaficionados y otros (siempre que no se cataloguen como uso común) de mero entretenimiento u ocio sin contenido económico, como el de banda ciudadana, y también cuando se trate de un uso privativo para autoprestación del solicitante que no sea una Administración Pública.
- b) **Afectación demanial**: la utilización del espectro exigirá afectación demanial cuando de lo que se trate sea de un uso privativo para autoprestación de una Administración Pública; debiendo el CNAF disponer las bandas, frecuencias o tramos del dominio público radioeléctrico que el Estado se reserva en exclusiva para su afectación al uso directo por las distintas Administraciones públicas o entes públicos de ellas dependientes, en la gestión directa de sus servicios.
- c) **Concesión administrativa**: en todos los demás casos de uso privativo no expuestos en las dos letras anteriores será precisa una concesión administrativa de unos cinco años de duración y que el solicitante acredite su condición de operador.

El mismo Art. 45 supracitado impone plazos muy cortos, nunca superiores a las seis semanas, para el otorgamiento de cualquier título habilitante del uso del espectro, salvo cuando sea precisa la coordinación internacional de frecuencias o se vean afectadas reservas de posiciones orbitales de satélites.

De otra parte, cuando resulte necesario para garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (en lugar de la Agencia Estatal de Radiocomunicación; AER) podrá limitar el número de concesiones demaniales a otorgar sobre dicho dominio para la explotación de redes públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. En estos supuestos se tramitará un procedimiento de licitación para el otorgamiento de las concesiones con sujeción, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación que deberá ser resuelto por ese mismo Ministerio en un plazo máximo de ocho meses desde la convocatoria de la licitación.

En materia de espectro, y de su necesidad para la prestación de servicios de comunicación audiovisual sobre ondas hertzianas, ha de tenerse en cuenta también la entrada en vigor de la nueva **Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010**. También de la Exposición de

Motivos de esta Ley cabría entresacar algún pasaje de interés: *“En los últimos años la comunicación audiovisual se ha basado en la explotación tradicional de la radio y televisión analógica condicionada por la escasez de espectro radioeléctrico y, por tanto, por una oferta pública y privada reducida y con un modelo de explotación muy asentado pero comercialmente poco sostenible. La tecnología digital viene a romper con este modelo y plantea un aumento exponencial de las señales de radio y televisión gracias a la capacidad de compresión de la señal que se incrementa aumentando la calidad de la señal audiovisual. Aumenta el acceso a los medios audiovisuales y se multiplican las audiencias, pero, por esta misma razón, se fragmentan. Irrumpe Internet como competidora de contenidos. Los modelos de negocio evolucionan y se desplazan. Como consecuencia de todo ello, la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos”*.

En la LGCA, como ya sabemos, se parte de la necesidad de licencia para la prestación de servicios de comunicación audiovisual sobre ondas hertzianas, no siendo ya necesaria la antigua concesión por razón de servicio público, pues éste se reserva a las emisiones protagonizadas por los entes públicos y que, además, cumplan ciertas condiciones referidas al contenido. Junto a esa licencia se sitúa, en el caso de esa comunicación audiovisual sobre plataforma terrestre, la concesión de dominio público que habilita para el uso del espectro asociado.

En idéntico sentido, el Art. 37.3 del Reglamento de Uso del Dominio Público radioeléctrico de 2008 (ver más abajo): *“Para los restantes supuestos de prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión por ondas terrestres, el derecho de uso de dominio público radioeléctrico se otorgará, de conformidad con lo previsto en los planes técnicos nacionales, por la Administración de las Telecomunicaciones mediante concesión demanial aneja a quien disponga del correspondiente título habilitante para la prestación de dichos servicios de difusión”*.

A este respecto, ha de notarse cómo, de acuerdo con el Art. 24.2 de la LGCA, *“la adjudicación de licencia – para la prestación del servicio de comunicación audiovisual sobre ondas terrestres - lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico de conformidad con la planificación establecida por el Estado”*, así como que *“las mejoras tecnológicas que permitan un mayor aprovechamiento del dominio público para la comunicación audiovisual, no habilitarán para rebasar las condiciones establecidas en la licencia, y en particular para disfrutar de un mayor número de canales de pago o en abierto cuya emisión se hubiera habilitado”*.

En análogo sentido, en la Disposición Transitoria novena (*“Mejora tecnológica y aprovechamiento del dominio público radioeléctrico para la prestación del servicio de comunicación audiovisual”*): *“las mejoras tecnológicas que permitan un mayor aprovechamiento del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, no ampliarán, sin embargo, el disfrute del número de canales individuales o dentro de un multiplex cuya emisión por ondas hertzianas terrestres se hubiera habilitado mediante concesión o licencia antes o después de la entrada en vigor de esta Ley”*.

Además, en el Art. 27, que es el que se ocupa de la regulación del concurso para el otorgamiento de la licencia, ordena que la convocatoria vaya precedida de la comprobación de la existencia de espectro disponible. De igual modo se prevé en este último precepto que,

si hubieran transcurrido seis meses desde la reserva de espectro sin que la Administración competente hubiese efectivamente ordenado su afectación al servicio de comunicación audiovisual, cualquier interesado podrá proponer la convocatoria del concurso y, del mismo modo, que si hubieran llegado a pasar doce meses desde la reserva sin que hubiese llegado a convocarse el concurso y sin que ningún interesado lo hubiera propuesto, la reserva decaerá y quedará excluida de la planificación radioeléctrica.

De acuerdo con el Art. 28, la licencia será objeto de renovación automática, por plazos sucesivos de quince años, siempre que, además de otras condiciones, *“no existan obstáculos técnicos sobrevenidos e insalvables en relación con el espectro de las licencias afectadas”* (Ap. 2. b) o que el mismo se encontrase agotado (Ap. 3. a).

Además, se introduce por el Art. 29 la posibilidad, previa autorización de la autoridad audiovisual competente, de celebrar negocio jurídico sobre la licencia concedida (p.e., arrendamiento), lo que comporta que el mismo se extienda a la frecuencia espectral asociada a la licencia. En este sentido, se matiza que, cuando la licencia comporte la adjudicación de un multiplex completo o de dos o más canales, no se podrá arrendar más del 50 por 100 de la capacidad de la licencia; debiendo, por otra parte, el arrendamiento respetar las previsiones del Art. 24.3 en cuanto a la posibilidad de explotar canales con contenidos total o parcialmente de pago cuando la ocupación de espectro radioeléctrico sea inferior o igual al 50 % del conjunto del espectro asignado.

En el Art. 38 se impone una adecuada planificación del espectro radioeléctrico en las zonas transfronterizas limítrofes con cada país de la Unión Europea para posibilitar la emisión y recepción en ellas de los programas emitidos por ondas hertzianas en el ámbito del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza y para canalizar el derecho a la diversidad cultural y lingüística a escala europea.

Finalmente, la Disposición Adicional primera de la LGCA ordena la efectiva constitución de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones en el momento de la aprobación de su Estatuto conforme al régimen establecido en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, y le atribuye la función de control del espacio radioeléctrico y de su protección activa ante la ocupación o el uso efectivo ilegal del mismo de acuerdo con los requisitos y conforme al procedimiento que se determinarán reglamentariamente.

(ii) La valoración por la CNC de la implementación de las Directivas de mejora de legislación

En toda esta materia, fue importante el Anteproyecto de Ley por la que se modificaba la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones para transponer al ordenamiento jurídico español el nuevo marco europeo regulador de las comunicaciones electrónicas, compuesto fundamentalmente por las Directivas de mejora de legislación, recuérdese: **(i)** por un lado, por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modificaban la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre cooperación en materia de protección de los consumidores; y **(ii)** por otro, por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modificaban la Directiva 2002/21/CE

relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE de 7 de marzo de 2002 relativa las redes de comunicaciones electrónicas; el Reglamento (CE) n° 1211/2009, por el que se establecía la oficina y el organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas (ORECE) y la Decisión de 16 de diciembre de 2009, que modificaba la Decisión 2002/622/CE por la que se creaba el grupo de política del espectro radioeléctrico.

Sobre dicho Anteproyecto, que terminó dando lugar al Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, que transponía directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptaban medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (RCL\2012\435-BOE 31 marzo 2012, núm. 78, [pág. 26876]), y sus implicaciones desde el punto de vista del Derecho de la competencia, recayó el informe de la CNC (IPN 52/11) adoptado en la reunión de su Consejo de 23 de febrero de 2011.

En primer lugar, el Anteproyecto, en lo que se refería a la gestión del dominio público radioeléctrico, intentaba reforzar el uso eficiente del espectro en sus distintas facetas (planificación, gestión, control y régimen sancionador) garantizando el juego de la competencia por la vía del principio de neutralidad tecnológica y de la liberalización del mercado secundario del espectro.

Sobre la base de lo anterior la CNC sostuvo que, en el Art. 43, que trataba de la “*Administración del dominio público radioeléctrico*”, debían mencionarse expresamente la garantía y promoción de unas adecuadas condiciones de competencia efectiva, como principios de base de dicha normativa reguladora, dentro de la enumeración de los objetivos de interés general relacionados con la administración del dominio público radioeléctrico, y también en el Art. 44, que establecía los principios del desarrollo reglamentario de esta regulación. Estas peticiones no llegaron, sin embargo, a ser atendidas en el texto definitivo de la LGT.

Partiendo de que, en el acceso al dominio público radioeléctrico, existía una situación de asimetría entre los operadores que habían venido contando con dicho espectro merced a su tradicional implantación monopolística en la provisión de servicios anteriormente considerados como públicos y los nuevos entrantes, el fomento de la competencia debía estimular y facilitar el acceso al mercado de nuevos operadores, adoptando las medidas necesarias a tal fin. En este sentido, una de estas últimas medidas podría consistir en establecer normas para impedir que la voluntad de hacer efectivamente accesible el espectro a todos los operadores se viera limitada por la posibilidad incondicionada de revender el espectro adquirido en las licitaciones a los operadores que tradicionalmente habían tenido un acceso privilegiado a este recurso. La cuestión se saldó, en el Art. 45 de la LGT, mediante una simple remisión a la regulación por Real Decreto de todo lo concerniente a la transferencia de los títulos.

De otra parte, la evitación de falseamientos de la competencia, como consecuencia de la aplicación del principio de neutralidad tecnológica, que explicitaba con carácter general el apartado 8 del art. 43, debía estar incluida en la regulación del régimen transitorio de la situación, entonces vigente, hasta una de plena competencia en el acceso al uso privativo del espectro, en términos similares a los previstos en la legislación europea traspuesta.

La propia Directiva 2009/140/CE era consciente de esta importancia, al manifestar en su considerando 40: *“La introducción de la neutralidad con respecto a la tecnología y al servicio y del comercio de los derechos de uso del espectro existentes puede exigir normas transitorias, incluidas medidas encaminadas a velar por una competencia leal, pues el nuevo sistema podría permitir a algunos usuarios del espectro empezar a competir con otros que hubieran adquirido sus derechos de uso del espectro con arreglo a unas condiciones más exigentes. A la inversa, cuando se hayan otorgado derechos al amparo de una excepción de las normas generales o según criterios que no sean objetivos, transparentes, proporcionados y no discriminatorios con miras a alcanzar un objetivo de interés general, la situación de los titulares de tales derechos no debe mejorarse de forma injustificada en detrimento de sus nuevos competidores más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés general de que se trate u otro objetivo de interés general relacionado con el mismo”*. Concretando dicha declaración de intenciones, el art. 1.11 de dicha Directiva establece: *“Durante un período de cinco años que comenzará el 25 de mayo de 2011, los Estados miembros podrán autorizar a los titulares de derechos de uso de radiofrecuencias que fueron otorgados con anterioridad a esa fecha y cuya validez no sea inferior a cinco años después de esa fecha, a que presenten a la autoridad nacional competente una solicitud de nueva evaluación de las restricciones de sus derechos [...]”; “Al aplicar este artículo, los Estados miembros tomarán las medidas apropiadas para fomentar la competencia leal”*.

Toda esta materia fue objeto de regulación en España a través del Art. 47 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y de su desarrollo reglamentario mediante Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital. A estas normas y a la valoración por la CNC del Anteproyecto del Real Decreto dedicaremos el epígrafe que sigue.

Por otro lado, se observaba por la CNC que, en el apartado cuarto del Art. 43, al regular las modalidades de títulos habilitantes de derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico, el plazo máximo de duración establecido era de 20 años renovables. A este respecto, se estimaba que el plazo máximo podía resultar en principio excesivo, atendiendo a la necesidad de amortizar los activos relacionados con las redes de comunicaciones electrónicas que hacían uso del espectro y la provisión de servicios a partir de dicho acceso. Existía un riesgo considerable de que dicho plazo máximo se convirtiera de hecho en el utilizado con carácter general, ya que la Ley no establecía ningún criterio de modulación a este respecto. Estas observaciones de la CNC tampoco fueron atendidas en el texto definitivo de la LGT.

De la misma manera, la mínima garantía de la competencia exigible en estos procesos debía conducir a que la licencia no fuera automáticamente renovable. Éste también era un riesgo que dejaba abierta la literalidad de este apartado 4, toda vez que se permitía la renovación *“en función de las disponibilidades y previsiones de la planificación de dicho dominio público”*, un criterio no económico y en todo caso excesivamente abierto y discrecional. En consecuencia, era conveniente explicitar que no cabía la renovación automática de estas licencias, debiendo someterse los entonces tenedores que vieran vencida la vigencia de su licencia a un nuevo procedimiento de licitación. Tampoco estas observaciones de la CNC se tuvieron en cuenta para la redacción definitiva del apartado 4 del Art. 43 de la LGT.

Terminando con el Art. 43, en el apartado sexto de dicho precepto, se precisaban las limitaciones a las tecnologías empleadas en el uso del dominio público radioeléctrico que en todo caso serían proporcionadas y no discriminatorias. En el mismo se aducían una serie de

causas justificativas, entre las que se encontraban, las de evitar interferencias, proteger la salud, la calidad técnica o la garantía de un uso compartido y eficiente y “garantizar el logro de un objetivo de interés general”. La formulación de esta última precisión la consideraba la CNC demasiado amplia, entendiendo conveniente que se explicitasen cuáles eran los objetivos de interés general que podían justificar esta limitación ya enumerándolos ya, al menos, sujetando su definición a las exigencias del derecho comunitario. Al igual que en los casos anteriores, estas observaciones de la CNC no se tuvieron en cuenta para la definitiva redacción de la LGT.

El apartado 4 del Art. 45 sobre “*Títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico*” disponía que el MITyC podría modificar estos títulos y que, cuando los títulos hubiesen sido otorgados por el procedimiento de licitación, se requerirían informes del Consejo de consumidores y usuarios, de las asociaciones más representativas y de la CMT. Dada la importancia de la garantía y promoción de la competencia en el acceso al espectro, se consideraba fundamental que el MITyC también recabase expresamente, en dicho trámite, la opinión de la CNC, como autoridad encargada de velar por las condiciones de competencia en los mercados. Estas peticiones de la CNC no fueron tenidas en cuenta en la definitiva redacción del Art. 45 de la LGT.

Finalmente, se introducía un Art. 45 bis, sobre “*Títulos habilitantes otorgados mediante un procedimiento de licitación*”. Este nuevo artículo establecía la posibilidad, cuando fuera preciso para garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico o cuando la demanda superase la oferta, de que el MITyC limitase el número de concesiones demaniales para determinados segmentos del espectro radioeléctrico. En estos casos, se tramitaría un procedimiento de licitación para el acceso al espectro. Las normas aplicables a la licitación, convocatoria y pliegos de bases, se establecerían reglamentariamente, teniendo en cuenta lo establecido en la legislación patrimonial y de contratos del Sector Público. A este respecto, y teniendo en cuenta el evidente impacto procompetitivo de estas medidas, se consideraba que, a las razones de uso eficaz del espectro y de eventual exceso de la demanda sobre la oferta, debería añadirse la de promoción de una competencia efectiva. Si bien este artículo 45 bis, como tal, no llegó a introducirse en el texto definitivo de la LGT, sus previsiones se incorporaron al apartado 2 del Art. 44, y, entre ellas, se incluía, esta vez sí, la observación de la CNC.

Igualmente, se consideraba por la CNC que, dada la importancia de que estas licitaciones se desarrollasen de la manera más procompetitiva posible, sería conveniente acotar las posibilidades que ofrecía en principio la normativa de contratación del Sector Público en materia de procedimientos de licitación, de manera que se obligase expresamente en el Art. 45 bis del Anteproyecto a la utilización del procedimiento abierto, que era el que más garantías de igualdad, concurrencia y no discriminación ofrecía. De la misma manera, y dada la extrema importancia del acceso competitivo al espectro para el desarrollo de los servicios concernidos, se consideraba procedente por la CNC plantear la posibilidad de que la Ley recogiera que los pliegos reguladores de las licitaciones fueran remitidos a la CNC para su informe y análisis, con carácter previo a su oficialización. Estas objeciones de la CNC no se tuvieron en cuenta para la redacción del texto definitivo del apartado segundo del Art. 44 que era, como decimos, el que se correspondía con el Art. 45 bis en la versión de Anteproyecto.

Por último, el apartado tercero del art. 45 bis determinaba que podrían establecerse excepciones al principio de concurrencia cuando resultase necesario para lograr un objetivo de interés general establecido de acuerdo con el Derecho Comunitario. Se consideraba por la

CNC que tales excepciones al principio de concurrencia, en su caso, deberían determinarse con total precisión en la propia Ley, para evitar una excesiva discrecionalidad administrativa en su aplicación o en el desarrollo reglamentario de dichos supuestos, sobre todo teniendo en cuenta que dicho desarrollo debe realizarse mediante Orden del MITyC. Estas peticiones de la CNC no se atendieron en el texto definitivo de la LGT.

(iii) La reasignación del espectro en España y su valoración por la CNC

Como se comentó en el anterior epígrafe, las medidas previstas en las Directivas de mejora de legislación para evitar el falseamiento de la competencia que pudiera derivar de la implantación del principio de neutralidad tecnológica y de servicios, tuvieron desarrollo legal en España a través del Art. 47 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55), que lleva la rúbrica de *“Utilización de las nuevas tecnologías en la banda de frecuencias de 900 MHz y 1.800 MHz”*, y que decía así:

“1. Las bandas de frecuencias de 880-915 MHz y 925-960 MHz (banda de 900 MHz) y de 1.710-1.785 MHz y 1.805 MHz-1.880 MHz (banda de 1.800 MHz) se ponen a disposición de los sistemas GSM y los sistemas UMTS así como de otros sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2009/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 87/372/CEE del Consejo relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad, y en la Decisión de la Comisión de 16 de octubre de 2009 relativa a la armonización de las bandas de frecuencias de 900MHz y 1.800MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios paneuropeos de comunicaciones electrónicas en la Comunidad.

2. El Gobierno, mediante Real Decreto, determinará el procedimiento y las condiciones que deberán cumplirse para que dichas bandas de frecuencias puedan utilizarse por sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM. En particular, el citado Real Decreto podrá modificar o reconsiderar los derechos de uso privativo del espectro para garantizar que el uso de la banda de 900 MHz por otras tecnologías distintas de la GSM para la prestación de servicios paneuropeos avanzados no da lugar a situaciones de distorsión de la competencia en los mercados afectados, manteniendo en todo caso el equilibrio económico financiero de los títulos habilitantes.

3. Los derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico en la banda de frecuencias de 900 MHz y 1.800 MHz que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, puedan revertir al Estado, se asignarán conforme a lo dispuesto en el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas”.

Ese desarrollo reglamentario tuvo lugar mediante Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital (BOE 2 abril 2011, núm. 79, pág. 34295). Los problemas de competencia que el Proyecto de esta norma (PRD) planteaba fueron examinados por la CNC en su informe de 16 de febrero de 2011 (IPN 51/11). Se sometieron a la CNC dos versiones del Proyecto: una primera era la que había sido sometida a un previo trámite de información pública, y otra segunda era la ya específicamente referida al trámite de informe de la CNC. El grueso de las consideraciones de la CNC fue referido a la primera versión, mientras que las modificaciones

que implicaba la segunda las trató la misma CNC por medio de una Adenda a su informe principal.

En esencia, el PRD instrumentaba el proceso de neutralidad tecnológica tanto para la banda de 900 MHz como para la de 1.800 MHz, abriendo ambas bandas no sólo a la tecnología GSM, sino también al resto de tecnologías terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas, entre las que destacaban el sistema UMTS. Se trataba así de implementar las previsiones de la Directiva 2009/114/CE y de la Decisión 766/2009 que la complementaba (v. epígrafe anterior).

El punto de partida era el de que la introducción de dicho principio de neutralidad tecnológica, sin ir acompañada de medidas adicionales, podía dar lugar a situaciones de falseamiento de la competencia, en los casos de operadores móviles que ya tenían asignadas frecuencias, ya que el valor del espectro que tenían asignado los operadores se incrementaba, al no hallarse su uso tan restringido. Por ello, la Directiva 2009/140/CE y la Decisión de 2009 que la complementaba habilitaban a los Estados miembros para que, cuando resultase proporcionado y objetivamente justificado, pudieran modificar o reconsiderar los derechos de uso del espectro para evitar falseamientos de la competencia y adoptar una serie de medidas para mantener el equilibrio económico-financiero de las concesiones anteriormente otorgadas.

El planteamiento del PRD era el de ordenar la devolución de ciertas franjas de espectro por parte de algunos de los operadores que las disfrutaban en virtud de concesión, los cuales retenían otras de las frecuencias de su concesión. Tras lo anterior se buscaba adoptar ciertas medidas encaminadas a garantizar el equilibrio económico financiero de sus concesiones.

La CNC valoraba positivamente la necesidad de implementar el principio de neutralidad tecnológica, pero también pensaba que el PRD no garantizaba suficientemente que su implementación no fuera a suponer una distorsión del juego de la competencia. En particular la ANC echaba de menos datos económicos (análisis de la demanda prevista para servicios de voz y de acceso a banda ancha en movilidad, el análisis comparativo de los costes en inversiones necesarios para el despliegue de redes en las diferentes bandas de frecuencia, la estimación de las fechas en que estarían disponibles comercialmente los equipos y tecnologías de las redes de nueva generación móvil, el análisis del actual despliegue y cobertura de las redes de los OMR, etc.) que permitieran calibrar el valor económico del espectro que debía revertir al Estado, el incremento del valor que experimentaba el espectro que el operador retenía como consecuencia de las bondades de la neutralidad tecnológica y, en general, el ya mencionado equilibrio económico financiero de las concesiones ya otorgadas y la ausencia de falseamiento del juego de la competencia.

Había que partir de que, entre todas las tecnologías consideradas para la interfaz de aire de UMTS, ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*) había elegido en enero de 1998 la nueva tecnología WCDMA (*Wideband Code Division Multiple Access*), en operación FDD (*Frequency Division Duplex*) espectro pareado, aunque también se había tenido en cuenta la TD/CDMA en operación TDD (*Time Division Duplex*) espectro no-pareado para uso en recintos cerrados, lo que constituía la solución llamada UTRA. WCDMA era una técnica de acceso múltiple por división de código que empleaba canales de radio con un ancho de banda de 5 MHz. Hecha la anterior aclaración técnica, había también que precisar que el tratamiento de las diversas bandas no era el mismo:

- ❖ **Banda de frecuencias de 880-915 MHz y 925-960 MHz (banda de 900 MHz).** En esta banda de 900:

- ***Calendario de reversión y de nuevas licitaciones.*** En la banda de 900 MHz, revertían al Estado bloques de frecuencias de *Telefónica Móviles de España, S.A.U.*, *Vodafone España, S.A.U.* y *France Telecom España, S.A.* El detalle de esta devolución era el que resultaba del siguiente cuadro de la CNC:

OPERADOR	ESPECTRO ACTUAL (MHz)	2011	2015	VIGENCIA CONCESIONES MODIFICADAS
TME (Movistar)	16	13,8	5	2020
VFE (Vodafone)	12	11	10	2020
FTE (Orange)	6	5 (mínimo)	5 (mínimo)	2020
ESPECTRO SOBRANTE	0,8	0,8		
ESPECTRO DEVUELTO		5	9,8	
LICITACIONES		1 (5MHz) ⁽¹⁾	2 (5 y 4,8 MHz)	

Fuente: elaboración CNC con base en el art. 3 PRD.

(1) TME y VFE no podrían concurrir a esta licitación.

- La banda se reorganizaría en bloques de 5 MHz pareados (FDD). El art. 3.7 del PRD establecía que para asignar el espectro revertido existiría una única licitación en 2011, por un bloque de 5 MHz, a la que no podrían concurrir ni *Telefónica* ni *Vodafone*. En 2015, existirán dos nuevas licitaciones, una por 5 MHz y otra por 4,8 MHz, a las que ya podrían concurrir todos los operadores.

- La CNC ya había dicho que esas licitaciones deberían garantizar una suficiente capacidad de competir a los operadores móviles virtuales (OMVs), conceder prioridad a los operadores móviles con red propia (OMRs) que no dispusieran de espectro en la banda en cuestión (la de 900 en este caso) y otorgar preferencia a los nuevos entrantes en los procedimientos de licitación.

- La CNC entendió que la solución recogida en el PRD no permitía alcanzar tales objetivos. En efecto, en la licitación de 2011 se emplazaba a los potenciales interesados a luchar por una única concesión por el espectro inmediatamente disponible (de mucho mayor valor económico y estratégico para la reasignación de las frecuencias GSM/UMTS y el despliegue de nuevas redes LTE o *Long Term Evolution*). A su vez, se permitía la neutralidad tecnológica de una gran parte del espectro de los tenedores actuales (13,8 MHz pareados de TME, 11 MHz de VFE y 5 de FTE). Esto suponía que, en el peor de los casos, seguirían contando con alrededor del 80 % del espectro del que disponían antes de aplicarse la neutralidad tecnológica.

- Por ello la CNC consideraba preferible la siguiente solución para dar mejor cumplimiento y para asegurar la más inmediata disponibilidad de espectro:

- **Establecer un límite máximo de 10 MHz por operador en la banda de 900 MHz**, manteniendo el objetivo de reordenar dicha banda en bloques de 5 MHz. Así, en 2011, cada operador tendría que devolver el excedente de esos 10 MHz, que estarían disponibles para licitación de forma inmediata. Esto afectaría de manera inminente a TME y VFE, que tendrían que devolver la cantidad excedente (6 y 2 MHz respectivamente), mientras que FTE, por su parte, tendría que revertir 1 MHz en 2011, al igual que en la propuesta del art. 3.3 del PRD.

- El espectro retenido se podría disfrutar íntegramente hasta el fin de la vigencia de la actual concesión demanial (en principio en 2020, salvo en el caso de *TME*, una de cuyas concesiones finalizaría en 2020 y la otra en 2015).
 - Licitación con disponibilidad inmediata del espectro revertido (en 2 bloques de 5 MHz). Ni *TME* ni *VFE*, en virtud del límite propuesto anteriormente, podrán concurrir a dicha licitación, y *FTE* no podría acceder a los dos bloques señalados, salvo que el procedimiento de licitación de alguno de los bloques quedara desierto, en cuyo caso se podría celebrar un nuevo procedimiento sin la limitación señalada. En todo caso las licitaciones debían ajustarse a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación para evitar especulaciones.
- Es decir que el cuadro propuesto por la CNC podría ser:

OPERADOR	ESPECTRO ACTUAL (MHz)	2011	2015	VIGENCIA CONCESIONES MODIFICADAS
TME (Movistar)	16	10	5	2020
VFE (Vodafone)	12	10	10	2020
FTE (Orange)	6	5 (mínimo)	5 (mínimo)	2020
ESPECTRO SOBRANTE	0,8	0,8	5 ⁽²⁾	
ESPECTRO DEVUELTO		9		
LICITACIONES		2 (5MHz y 4,8 MHz) ⁽¹⁾	1 (5 MHz)	

Fuente: elaboración propia con base en el informe CNC.

(1) TME y VFE no podían concurrir a estas licitaciones en ningún caso. FTE no podría acceder a los dos bloques señalados, salvo que el procedimiento de licitación de alguno de los bloques quedara desierto, en cuyo caso se podría celebrar un nuevo procedimiento sin la limitación señalada. La CNC hablaba de dos licitaciones de 5, pero parece que serían una de 5 y otra de 4,8 MHz.

(2) Por la finalización de una de las dos concesiones de TME.

- **Equilibrio económico-financiero de la concesión.** Para mantener el equilibrio económico de la concesión derivada de la reversión de espectro por los operadores para la reasignación o *refarming* (*vid supra*) en el PRD se jugaba con varios factores.
- Uno primero era el de la posibilidad de prorrogar las concesiones de los tres operadores hasta la fecha tope de 31/12/2030.
 - El segundo derivaba de las obligaciones impuestas sólo a *TME* y *VFE* consistentes en inversiones adicionales en infraestructuras de telecomunicaciones para facilitar la implantación de la neutralidad tecnológica en zonas rurales en la banda de 900.
 - El tercero consistía en que, en función de cuál fuera el plazo de prórroga utilizado por el operador, entre la fecha inicial prevista de finalización de su concesión y la de terminación de la prórroga empleada antes de la fecha tope de 2030, podía llegar a estar justificada una compensación económica al Estado.
- Para la CNC este modo de mantener el equilibrio económico de la concesión era muy criticable:
- Faltaban elementos para valorar el beneficio económico que para el operador suponía la aplicación del principio de neutralidad hasta la fecha de finalización de la concesión o de su posible prórroga y también para valorar el valor de las frecuencias devueltas al Estado (ver más arriba).
 - En el caso del valor del espectro cedido, para su cálculo, había intentado acudir a ciertos parámetros más o menos objetivos. Se proponía tener en cuenta el

precio de las subastas de 800 MHz y de 900 MHz en 2015, así como la revalorización anual del precio de mercado del espectro. Pero lo anterior no daba un criterio para las licitaciones de 2011, que eran anteriores.

- Bien podía suceder que el valor del espectro devuelto por el operador, más el valor de las inversiones que tuviera que hacer en la banda de 900, más el de la compensación económica al Estado por el grado de disfrute de la prórroga, diera una cifra inferior a la ventaja obtenida por la inmediata aplicación de la neutralidad tecnológica.
 - Debía considerarse que la aplicación de tal principio permitía al operador prestar en la banda de 900 servicios mejorados (UMTS y LTE [*Long Term Evolution*; el siguiente paso en la evolución hacia las Redes de Cuarta Generación o 4G]) que sus competidores, con frecuencias en otras bandas, no podrían prestar de modo inmediato. Por ejemplo, en la banda de 800 (dividendo digital consecuencia del apagón analógico en difusión terrestre; *vid supra*), no habría disponibilidad para esta clase de servicios hasta 2015. Es decir, que el operador tendría al menos 4 años para captar la demanda en esta clase de servicios.
 - Partiendo de la anterior situación, entendía la CNC que todos esos elementos distorsionaban la estimación del cálculo económico-financiero de la concesión. Por ello, la CNC consideraba que debía eliminarse la obligación de realizar inversiones en la banda (obligación que no se preveía ni guardaba relación con los objetivos de la Directiva) y la posibilidad de ampliación de la licencia hasta 2030. Asimismo, las compensaciones económicas al Estado debían mantenerse para el caso de que los beneficios derivados de la neutralidad tecnológica excedieran del valor del espectro revertido.
- **Fraccionamiento de los pagos.** Además, para eliminar posibles dificultades de acceso en este sentido por parte de nuevos entrantes, con una capacidad económica y de apalancamiento financiero muy distinta a la de algunos de los OMRs, podría valorarse que los pagos derivados de la puja que se estableciera en el seno de la subasta o concurso no hubieran de ser realizados de una sola vez al obtener la concesión, sino periódicamente a lo largo de la vida de la misma, de manera proporcional o incluso progresiva (resultando menos onerosos al principio de la concesión e intensificando la carga en las anualidades posteriores), de manera que los vencedores de las licitaciones pudieran acompañar esos pagos con su plan de recuperación de las inversiones que necesitasen acometer, reduciéndose así el riesgo de que la retribución al Estado derivada del acceso al espectro operase como un elemento que dificultase la competencia produciendo efectos asimétricos.
- Ante esta observación de la CNC, se previó en la segunda versión del PRD (ver más arriba) que, en la subasta que se llevase a cabo para el espectro disponible a partir de 2015 en la banda de 900 MHz, el pago del precio por parte del adjudicatario se fraccionase en dos: el 50 % en el momento de la formalización de la concesión y el 50 % antes de junio de 2012.
 - La CNC entendía que un fraccionamiento de los pagos resultaba lógico en atención a las cantidades que presumiblemente se desembolsarían, si bien insistía en que una mayor progresividad en tal desembolso, es decir, menos al principio y más al final, podría contribuir a eliminar el riesgo de que el precio a pagar supusiera una barrera a la entrada de esos otros operadores con menores inversiones realizadas en infraestructuras de red y con menor capacidad de apalancamiento financiero. Adicionalmente, podía ser conveniente extender ese fraccionamiento de los pagos al

resto de concursos y subastas que se preveían en el PRD, en los que se pudieran dar los mismos problemas.

- La segunda versión del PRD preveía que, para la banda de 900 MHz, la subasta para el espectro disponible a partir de 2015 se convocase a los tres meses de la aprobación del Real Decreto. Partiendo de que el planteamiento consistía en establecer una diferencia temporal en relación con el momento del acceso al espectro que revertiría al Estado en esta banda (una parte para 2011 y otra para 2015), lo cual de por sí podía reducir el interés en la subasta para 2015, la convocatoria de esta última subasta con tanta anticipación en relación con el momento de disfrute del espectro licitado podía desincentivar aún más la entrada de los operadores potencialmente interesados que no contasen con espectro en 2011, puesto que les suponía un desembolso por una porción de espectro de la que no iban a poder disfrutar hasta 2015. Este efecto podía ser muy elevado si se tenía en cuenta que el montante que previsiblemente habría que pagar en junio 2012 (la mitad del precio de la puja) sería considerable.

- **Obligaciones de servicio mayorista a los OMRs.** De acuerdo con la Directiva 2009/114/CE, las medidas destinadas a cambiar el contenido económico de las concesiones existentes debían ir encaminadas a evitar el falseamiento de la competencia en el mercado. Entre estas medidas se encontraba, por ejemplo, la obligación de prestar servicio mayorista a OMRs que no dispusieran de espectro suficiente. Así se imponía el art. 3.5 del PRD a los operadores móviles con red propia (OMRs), que contasen con una cantidad de espectro mayor a 10 MHz pareados en la banda de 900 MHz, la obligación de ofrecer un servicio mayorista a los operadores de comunicaciones móviles con red propia que no pudieran aplicar la neutralidad tecnológica en esta banda por carecer de frecuencias suficientes, debiendo ser las condiciones de provisión de este servicio mayorista las libremente pactadas por las partes. La obligación se revisaría en mayo de 2015 por la CMT, quien también resolvería los conflictos que surgieran entre operadores como consecuencia de la fijación de las condiciones de provisión.

En este sentido, la CNC consideraba lo siguiente:

- Esta obligación debería aplicarse no sólo en beneficio de los OMR sin espectro suficiente, sino que también los OMVs deberían beneficiarse de la medida. Esto se justificaba en que las barreras de entrada a la provisión de servicios móviles UMTS y LTE como consecuencia de la falta de acceso a espectro serían, como mínimo, tan elevadas para los segundos como para los primeros.
 - La obligación comentada debía imponerse a todas las bandas sujetas a *refarming*, tanto las que estaban por debajo de 1GHz (900 MHz), como por encima (1800 MHz), para facilitar la entrada de los OMV.
 - La negociación libre de las condiciones del servicio podía ser complicada, teniendo en cuenta que los tenedores de espectro podían utilizar su posición para dificultar el acceso de otros operadores al mercado. La mera supervisión de la CMT podía no ser suficiente para evitar este problema, por lo que debería valorarse si no resultaría más eficaz el establecer regulación *ex ante* al respecto.
 - Los criterios con arreglo a los cuales la CMT revisaría esta obligación en mayo de 2015 deberían especificarse y someterse a informe de la CNC, dado su potencial de afección de la competencia en los mercados.
- Ante estas observaciones de la CNC, en la segunda versión del PRD la obligación de prestar servicios mayoristas mediante sistemas UMTS o de nueva generación, impuesta a todos los operadores que dispusieran al menos de 10 MHz en la banda de

900 MHz y utilizasen estas tecnologías en dicha banda, se extendía a todo tipo de operadores que no pudieran utilizar estas tecnologías por falta de espectro, con independencia de si disponían de red propia o no. Este cambio se valoraba positivamente por la CNC, si bien entendía que podría ser necesario extender esta obligación de prestar servicios mayoristas a la banda de 1.800 MHz, en la que también se aplicaba la neutralidad tecnológica.

❖ **Banda de frecuencias de 1.710-1.785 MHz y 1.805 MHz-1.880 MHz (banda de 1.800 MHz).** En esta banda de 1.800:

- ***Requisito de la solicitud de los operadores para la implantación de la neutralidad tecnológica.*** Según el PRD, en su versión inicial, mientras que en la banda de 900 MHz la neutralidad tecnológica, y en consecuencia el *refarming*, se establecían de manera automática, sin necesidad de que los operadores titulares de espectro tuvieran que pronunciarse favorablemente, en la banda de 1800 MHz ello dependía de la voluntad de los operadores titulares, que tenían que solicitar la neutralidad al MITyC y, en consecuencia, devolver una parte del espectro del que disfrutasen,
 - Esta diferencia de trato entre bandas la consideraba la CNC inconsistente respecto a lo señalado tanto por la Decisión de la Comisión Europea de 16 de octubre 2009, como por el art. 48.1 de la Ley de Economía Sostenible (LES), que no realizaban distinciones en este sentido. En particular, dicho precepto de la LES determinaba que tanto la banda de 900 como la de 1.800 MHz “*se ponen a disposición de los sistemas GSM y UMTS así como de otros sistemas capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM*”.
 - En línea con tal dicción, se estimaba más favorecedor de la competencia el que la instrumentación de la neutralidad, en cualquier banda de frecuencias, no dependiera de la voluntad de los operadores tenedores actuales de espectro, que podrían utilizar tal posibilidad para poner en práctica comportamientos estratégicos destinados a dificultar el acceso al mismo por parte de terceros operadores, en función de la disponibilidad de espectro en otras bandas con la que contasen aquéllos. Se consideraba, en consecuencia, que la posibilidad que el PRD brindaba en este sentido para la banda de 1800 MHz debía eliminarse.
 - A la vista de estas observaciones de la CNC, la aplicación de la neutralidad tecnológica en la banda de 1.800 MHz pasaba a ser automática, sin depender de la voluntad de los operadores.
- ***Separación de las licitaciones por bloques de frecuencias.*** Bajo el planteamiento inicial del PRD, en el que la aplicación de la neutralidad quedaba condicionada a la solicitud del operador, los operadores que deseasen dicha neutralidad tecnológica debían ceder 5 MHz pareados.
 - Mientras que en la banda 900 MHz se determinaba el tamaño de cada licitación (dos bloques de 5 MHz pareados y uno de 4,8 MHz pareados), en la banda de 1.800 MHz no se establecía cuál debía ser el tamaño de las licitaciones. En este sentido, podría darse el caso de que se estableciese una sola licitación para todo el espectro eventualmente disponible (hasta 15MHz).
 - De manera análoga a lo que ocurría en la banda de 900 MHz, y en línea con la observación anterior de no sujetar la neutralidad ni la reordenación del espectro a la voluntad de los operadores que en ese momento dispusieran de él, **se debía establecer para las nuevas licitaciones previstas en la banda de 1800MHz que**

éstas se realizasen en bloques separados de 5 MHz, para evitar el acaparamiento por parte de un único operador.

- En vista de estas observaciones de la CNC, en la segunda versión del PRD, se disponía que para el espectro devuelto (15 MHz) se celebrarían tres licitaciones por 5 MHz cada una. Este cambio se valoró positivamente por la CNC.

- A la licitación no podrían presentarse los operadores que ya disfrutasen de espectro en esta banda.

➤ ***Equilibrio económico-financiero de la concesión.*** De aplicarse la neutralidad tecnológica, se preveía que la concesión de los operadores por el espectro retenido podría ampliarse, en compensación por la cesión de parte de su espectro, hasta el 31 de diciembre de 2030 (fecha cierta).

- Mientras que en la banda de 900 MHz se preveía una obligación adicional de inversión en redes móviles para determinados operadores (*TME* y *VFE*), en la banda de 1800 MHz no existía tal obligación.

- De la misma manera, en esta última banda el plazo de ampliación de las concesiones demaniales modificadas se fijaba hasta finales de 2030, mientras que en la banda de 900 MHz tal plazo se establecía como máximo. En consecuencia, tampoco se preveían para la banda de 1800 MHz compensaciones adicionales en favor del Estado para restablecer el equilibrio económico de la concesión; lo que en la banda de 900 se hacía depender del no agotamiento del plazo de la ampliación.

- La CNC no compartía tal planteamiento, y consideraba que debería homologarse el tratamiento en ambas bandas, haciendo desaparecer la obligación de inversiones adicionales en 900 MHz y la posibilidad de ampliación de concesiones más allá de su vigencia actual. Asimismo, la obligación de compensación adicional al Estado debería extenderse a ambas bandas, con arreglo a una metodología y criterios uniformes y previamente establecidos, para asegurar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de las concesiones afectadas.

❖ **Banda de 800 MHzs:** Esta era la banda que quedaba libre y propiamente se relacionaba con al apagón analógico en difusión televisiva. En ella:

➤ Se contemplaban seis licitaciones públicas para la concesión de bloques de frecuencia de 5 MHz pareados cada una, cuya disponibilidad debía producirse como muy tarde a finales del año 2014.

➤ Los operadores que resultasen adjudicatarios y dispusieran de 10 MHz pareados debían cumplir conjuntamente con la obligación de proporcionar acceso de alta velocidad para al menos el 90 % de los ciudadanos de las poblaciones de menos de 5.000 habitantes.

❖ **Banda de 2.600 MHzs:** En esta banda, como en la anterior, se licitaba el espectro disponible:

➤ Se contemplaban 12 licitaciones de concesiones demaniales de ámbito estatal (4 de 10 MHz pareados, 3 de 5 MHz pareados, y 5 de 10 MHz no pareados - o TDD) y de ámbito infraestatal (concesiones de 10 MHz y de 5 MHz para Galicia, Asturias, País Vasco, Extremadura y resto de España).

- La CNC propuso que el ámbito geográfico de las licitaciones que se tenía previsto celebrar a nivel inferior al estatal fuera el de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas. Esta fue la solución adoptada en la segunda versión que le fue presentada.

❖ **Medidas comunes a diversas bandas:** Entre ellas:

- ***Spectrum caps.*** El PRD imponía topes máximos (*spectrum caps*) de acaparamiento de espectro por parte de los distintos operadores: **(i)** 20 MHz pareados para el conjunto de las bandas 800 y 900 MHz; y **(ii)** 55 MHz pareados de ámbito estatal para el conjunto de las bandas de 1.800, 2.100 y 2.600 MHz.
 - En este sentido, la CNC observó que el PRD debía hablar de acaparamiento de la disponibilidad de frecuencias, y no del uso de las mismas, para evitar interpretaciones no deseables, en el sentido de que el límite se pudiera referir a frecuencias efectivamente usadas y no a aquéllas de las que se disponía y estaban ociosas.
 - El límite global en las bandas por encima de 1 GHz se debía rebajar, como mínimo, a 50 MHz pareados. De esta manera, dado que los OMR actuales ya contaban con 40MHz pareados por encima de 1 GHz, se evitaría el acaparamiento de todas las frecuencias que iban a salir a licitación en la banda de 2.600 MHz por parte de los operadores que actualmente contaban con espectro por encima de 1 GHz.
 - En estas bandas por encima de 1 GHz, se debería igualmente incluir un límite adicional en relación con las frecuencias no pareadas (TDD) de 10 MHz por operador para evitar un acaparamiento de las mismas por parte de los mismos operadores (existían un total de 50 MHz disponibles). Si bien el valor técnico-económico actual de dichas frecuencias no era sustancial, a medida que se incrementase el peso de las tecnologías orientadas a servicios de datos y, en particular, de acceso a Internet, dicho valor podría ser mucho mayor, puesto que las frecuencias no pareadas resultaban particularmente eficientes para tales servicios, que presentaban además una importante asimetría en el tráfico.
 - En las bandas por debajo de 1 GHz, si se recogía la propuesta de reordenación de la banda de 900 MHz arriba expuesta, no consideraba la CNC necesario modificar el límite propuesto en el art. 7.1 del PRD de 20 MHz.
 - En la segunda versión del PRD el *spectrum cap* para las bandas superiores a 1 GHz se fijaba en 115 MHz máximo, para cualquier ámbito territorial, comprendiendo tanto espectro pareado (FDD) como no pareado (TDD). Se consideraba que el nuevo límite era más exigente para los operadores que en ese momento contaban con mayor cantidad de espectro por encima de 1 GHz, si bien no tanto como el límite propuesto en el informe de la CNC (50 MHz pareados y 10 no pareados). La CNC se reafirmó en estos últimos límites propuestos por ella, entendiendo que el de los 115 MHz no era lo bastante ambicioso como para evitar riesgos de acaparamiento excesivo por parte de determinados operadores.
 - Con independencia de que, tal y como establecía el art. 7.3 del PRD, en la modificación de dichos límites debiera participar el regulador sectorial con un informe de carácter previo, cualquier modificación de dichos límites debería someterse a informe de la CNC.
 - Por otra parte, a diferencia de la primera versión, ya no se contemplaba la posibilidad de revisar los límites tanto al alza como a la baja, sino sólo al alza,

resultando preferible, en opinión de la CNC, que dicha opción se contemplase en ambos sentidos.

- **Transmisión de títulos habilitantes.** Se ampliaban las bandas de frecuencia en las que se podía efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, si bien se establecía una prohibición de dicha transferencia hasta transcurridos dos años desde el acceso a las frecuencias.
- **Uso eficiente del espectro.** Se establecía la obligación de uso eficaz y eficiente del espectro radioeléctrico por parte de los tenedores, y la reversión del mismo en caso contrario, lo cual se valoraba positivamente por la CNC, si bien consideraba conveniente precisar aún más dicha obligación, en el sentido de que las sucesivas licitaciones establecieran los criterios específicos para considerar que el espectro no estaba siendo utilizado de manera eficiente y eficaz, así como el procedimiento de reversión de dicho espectro.

(iii) Nivel reglamentario: el Reglamento sobre el Uso del dominio público radioeléctrico y el Cuadro nacional de atribución de frecuencias

En el plano reglamentario, la norma esencial con vistas a completar las previsiones de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones en materia de espectro fue, inicialmente, el Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000 (BOE 24 marzo 2000, núm. 72, pág. 12397) y cuya vigencia se mantenía con las adaptaciones introducidas por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprobaba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE 29 abril 2005, núm. 102, pág. 14545).

Para permitir la utilización coordinada y eficaz del espectro radioeléctrico en relación con los distintos servicios de radiocomunicación definidos en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, la norma ordenaba – Art. 5 - la aprobación del Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF) por el hoy Ministerio de Industria, turismo y comercio (MITYC), a propuesta de la Secretaría de estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), definiendo la atribución de bandas, subbandas, canales y circuitos radioeléctricos correspondientes y las demás características que pudieran ser necesarias. El CNAF se inscribía dentro de la categoría más general de los planes de utilización del espectro cuya aprobación correspondía MITYC también a propuesta de la SETSI (Art. 4).

Con el Reglamento de Uso del dominio público radioeléctrico de 2000 aún vigente fue aprobado el CNAF por Orden ITC/3391/2007, de 15 de noviembre, que vino a derogar el aprobado por Orden del MITYC 1998/2005, de 22 de junio (BOE nº 153, 28-Jun-2005). Entre sus previsiones se contaban: la reserva de parte del espectro para servicios determinados; la fijación de preferencias por razón del fin social del servicio a prestar; la delimitación de las partes del espectro dedicadas a los diferentes usos; la determinación de las partes del espectro de frecuencias radioeléctricas que el Estado se reservaba para uso propio o cesión en uso a otras Administraciones; o la previsión respecto de la utilización en el futuro de las distintas bandas de frecuencias.

El Reglamento sobre Uso del espectro disponía que los beneficiarios de las asignaciones de espectro radioeléctrico debían cumplir, además de las condiciones que les impusiera el título habilitante para el uso del dominio público, las que les viniesen establecidas por el título habilitante para la prestación del servicio (Vg., servicio portador del de radiodifusión televisiva por ondas; *Vid Supra*) o para la gestión de la red (Vg., red pública de telefonía fija) de que se tratase (Art. 17). Por otro lado, y a efectos de su publicidad frente a los terceros, la identidad de los beneficiarios de una asignación de frecuencias y las características de ésta aparecerían inscritas en un Registro nacional de frecuencias llevado en la SETSI (Art. 6).

El reglamento desarrollaba también un concepto importante, a saber, el de uso eficiente del espectro. De él se ocupaba en su Art. 11, al aclarar que se trataba de una condición permanente durante toda la vigencia del título habilitante, por lo que la Administración podría, en cualquier momento comprendido dentro de ese periodo, y para propiciar unos niveles mínimos de eficiencia, modificar la cantidad o las características técnicas de la asignación, previa la tramitación del oportuno expediente y dentro de los límites fijado por el propio Reglamento. Las mismas razones llevaban al Art. 16 a disponer que el CNAF podría modificar el carácter de uso común o especial en determinadas bandas, subbandas o frecuencias y establecer su adscripción para uso privativo.

De los recursos órbita-espectro se ocupaba el Art. 40, al declarar que su utilización en el ámbito de la soberanía española estaría sometida al Derecho internacional. Sería la Administración de las Telecomunicaciones – sobre los órganos que la integraban podía verse el Art. 46 de la LGT – la encargada de promover, de oficio o a instancia de parte, los procedimientos previstos en la normativa internacional para la obtención de los recursos de las distintas órbitas, entre ellas la geoestacionaria (órbita sincrónica con la rotación de la tierra a 35.900 Kms por encima del Ecuador terrestre en la que se sitúan los satélites de comunicaciones que son percibidos como un punto fijo con respecto a la tierra; basta un número de tres para dar cobertura a toda la tierra). Cuando se hiciera de oficio, los recursos obtenidos podrían ser explotados en régimen de gestión directa o indirecta y, en este último caso, la Agencia Estatal de Radiocomunicación (AER) propondría al MITYC la convocatoria del oportuno concurso público; y se repercutirían al adjudicatario todos los gastos derivados del procedimiento al tiempo de otorgársele el correspondiente título habilitante.

Finalmente, era de destacar el contenido del Art. 42, conforme al cual la utilización del dominio público radioeléctrico para la instalación y explotación de redes de transporte de señales de los servicios de radiodifusión sonora y de TV – las cuales conforman un mercado independiente a estudiar en otro apartado de la tesis – exigiría la correspondiente concesión a otorgar por la Administración del Estado.

El contenido del Reglamento de 2000 ha sido asumido y desbordado por el del Real Decreto 863/2008 por el que se Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3-11-2003, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico (BOE 7 junio 2008, núm. 138, pág. 26305).

Al proyecto de este Reglamento de 2008 se refirió el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Francisco Ros, en los siguientes términos (Discurso de clausura del XXI Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo; “Comienza el futuro”): *“Por primera vez en España se regulará tanto el denominado mercado secundario del espectro radioeléctrico (transferencia del derecho de uso del espectro de unas empresas a otras), como la*

aplicación, a los títulos habilitantes para el uso del espectro radioeléctrico, de los principios de neutralidad tecnológica (que en una banda se pueda utilizar diferentes tecnologías) y de neutralidad de servicios (que una banda se pueda utilizar para la prestación de diferentes tipos de servicios). Según la CE, la facturación en 2006 de las empresas europeas de telecomunicaciones que dependen del uso del espectro radioeléctrico se estima en unos 250.000 millones de euros. La relevancia económica de este ámbito resulta, por tanto, evidente”.

Junto a aspectos ampliamente regulados en la normativa preexistente al mismo (uso eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico, fomento de la neutralidad tecnológica, etc.), el nuevo Reglamento de uso del espectro aborda cuestiones más novedosas, como serían la transferencia de títulos habilitantes y la cesión a terceros de determinados derechos de uso del dominio público radioeléctrico o la contribución a un desarrollo normativo en el ámbito de la Unión Europea que facilite la introducción de sistemas de comunicaciones globales.

Respecto del régimen de transferencia de títulos y de la cesión de los derechos de uso del espectro, el Título V contiene disposiciones detalladas, con reglas importantes como la del Art. 41.3, a cuyo tenor no se podrán transferir los títulos habilitantes ni ceder los derechos de uso del dominio público radioeléctrico en los que se acredite que supondría una restricción de la competencia en el mercado; debiendo solicitarse previamente informe a la CMT sobre este particular.

Mantiene la misma sistemática de su homónimo de 2000 en cuanto a la planificación del dominio público radioeléctrico, planificación conformada por los llamados Planes de utilización del dominio público radioeléctrico, en los que vendrían a delimitarse las bandas y canales atribuidos a cada uno de los servicios, y que comprenderían el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, los planes técnicos nacionales de radiodifusión sonora y de televisión y los aprobados por otras normas de igual o superior rango (V. Arts. 4 a 6).

Se mantiene, en su Art. 7, el Registro Nacional de Frecuencias en términos similares a los del Art. 6 del Reglamento de 2000 (*Vid supra*). Y a él se añade un Registro público de concesionarios, gestionado por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones y accesible por Internet, al que se incorporarán los datos más importantes de las concesiones administrativas en vigor para el uso privativo del dominio público radioeléctrico.

A la necesidad, ya prevista en el Reglamento de 2000, de que el uso del dominio público radioeléctrico sea eficiente (entendiendo por tal el que proporciona un menor consumo de recursos espectrales garantizando los mismos objetivos de cobertura y calidad del servicio), se añade la de que ese mismo uso sea eficaz, lo que tendrá lugar si las asignaciones realizadas permiten un uso progresivo, efectivo y continuado en las zonas geográficas a que se refiere la reserva. Ambas condiciones, como sucedía con la primera bajo el Reglamento de 2000, debían mantenerse durante toda la vigencia de del título habilitante (Art. 10).

El Reglamento vigente desarrolla también las previsiones de la LGT en cuanto a los diversos usos del dominio público radioeléctrico, al procedimiento de obtención de los correspondientes títulos habilitantes (concesión, autorización, afectación, etc.; ver más arriba) y al régimen jurídico de los mismos. En cuanto al plazo, en el Art. 24 se prevé que *“los títulos habilitantes se otorgarán por un período de tiempo inicial que finalizará el 31 de diciembre del año natural en que cumpla su quinto de vigencia, renovable por períodos sucesivos de cinco años previa solicitud de su titular”* (Ap. 1). Sin embargo, se matiza que

“los plazos de vigencia de los títulos habilitantes para el servicio de radiodifusión sonora y televisión se regirán por su normativa específica” (Ap. 5), que, como sabemos, viene a ser la LGCA.

De los recursos órbita-espectro se ocupan los Arts. 30 y siguientes del Reglamento de Uso del dominio público radioeléctrico de 2008 de manera más detallada que el ya derogado de 2000. Estos, a los efectos del Reglamento, son *“aquellos necesarios para soportar una infraestructura satelital de radiocomunicaciones constituida por cada una de las posiciones de la órbita geoestacionaria o bien un conjunto de órbitas no geoestacionarias susceptibles de albergar un sistema de satélites, las zonas de servicio y las frecuencias espaciales precoordiadas”*. Sobre esta regulación abundaremos al ocuparnos del entorno normativo del mercado de la capacidad satelital.

Estando vigente el nuevo Reglamento de Uso del dominio público radioeléctrico, ha sido aprobado el nuevo cuadro nacional de atribución de frecuencias mediante Orden ITC/332/2010, de 12 febrero, cuyo sentido es coincidente con el del derogado por él de 2007. Últimamente, mediante Orden ITC/658/2011, de 18 de marzo, ha venido a modificarse la Orden ITC/332/2010, de 12-2-2010, que aprueba el cuadro nacional de atribución de frecuencias (RCL\2011\562). El sentido de la modificación ha sido el de adaptar el CNAF a determinadas disposiciones europeas, principalmente sobre servicios de comunicaciones móviles por satélite, por imperativo del Art. 5 de la LGT.

iii) Barreras económicas en el mercado de la difusión televisiva

(1) Consideraciones previas

Con carácter previo, reiteraremos que, aun cuando el mercado de la difusión o de los telespectadores englobe tanto el segmento de la difusión en abierto, como el de la encriptada o de pago, el dato de que este último reciba de las autoridades de la competencia un tratamiento como mercado independiente, justificará que, en esta sede, nos ocupemos tan sólo de las barreras económicas relacionadas con la TV en abierto.

Tras esta primera matización, una segunda: partiendo de que el mercado geográfico de referencia, en la TV en abierto, puede ser local, regional o, como mucho, nacional, nos ceñiremos a la situación del mercado español, dada la imposibilidad práctica y por razones de extensión de profundizar en la situación de otros países, por más que la misma resulte, en mayor o menor medida, de la exposición realizada al respecto de la situación en Europa (Parte I, Capítulo I, Apartado 2 de la tesis), y aún de ciertos pronunciamientos ya estudiados de la DG IV (*Vid Supra*).

Si partimos de la definición de barreras económicas, apuntada más arriba, en el sentido de inversiones necesarias para acceder al mercado, llegaríamos a la conclusión de que la importancia de dichas barreras dentro del segmento de la TV en abierto – ondas hertzianas (satélite, cable y ADSL se vinculan más a la TV de pago por lo que se estudiarán más adelante) – se han puesto de especial relieve en la implantación del modo de difusión digital (sobre barreras de entrada para la implantación de la TDT, V. *“La Televisión Digital Terrenal ...”*, Op. cit.; Págs. 44 y Ss.: *“II. Modelo de introducción de la TDT en España. 1. Aspectos técnicos 2. Aspectos legales. 3. Aspectos económicos”*).

De otra parte, el planteamiento de la TDT en la actualidad parece, al menos principalmente, vinculado a la difusión en abierto. Sin embargo, no cabe soslayar la efectiva aparición de plataformas de pago en digital terrestre; de hecho, fue este el planteamiento de negocio de la malograda *Quiero TV* y el que ya ha acometido *Mediapro* con su *Gol Televisión*, a cuya materialización ayudará, sin duda, el hecho de ser la de la TV digital terrestre de pago una opción normativamente prevista (ver más arriba las referencias a la LGCA).

También a este respecto, “*La Televisión Digital Terrenal ...*”, Op. cit. Nota al pie n.º 836; Págs. 68 y Ss.: “3. Aspectos económicos. 3.2. Mercado de la TDT de ámbito estatal. - Nuevos operadores de TDT de pago”: “*Aparentemente, el papel de impulsor de esta nueva técnica de difusión de señales de TV por ondas terrestres correspondía a una nueva operadora de televisión de pago, Quiero TV, a la que se encomendó la gestión de 14 programas. Posteriormente, se encomendó la gestión de 2 programas de ámbito estatal en abierto a dos nuevas operadoras. En ese planteamiento, la TDT venía a incrementar la competencia en el mercado de la difusión televisiva, especialmente en el mercado de la TV de pago, distorsionando poco el de la televisión en abierto. En la práctica, la situación de los nuevos operadores era muy complicada. La nueva operadora de TDT de pago entró a competir en un mercado “descremado” (según datos del Informe Anual 2000 de la CMT, en 1999 un 18,63% de los hogares españoles ya estaban abonados a alguna plataforma de TV de pago), en el que además tenía como rivales a operadores ya establecidos, que contaban con contratos de retransmisión exclusiva de contenidos Premium y con una importante base de abonados*”.

Lo anterior parece claro si se piensa en que es la TDT la que ha sido implantada, en tanto que la televisión analógica terrestre ha sido ya abandonada por mandato del legislador nacional y europeo. De lo anterior deriva que ningún operador pretenda ya, porque el ordenamiento no se lo permite, funcionar en analógico y que no tenga sentido plantearse la existencia de barreras de entrada específicas para esta modalidad de difusión. En febrero de 2010, el *share* de la TDT alcanzó el 59,7 % de la audiencia total de televisión y el 83,6 % de los hogares españoles estaban ya conectados a la TDT. La cobertura digital de los canales públicos era ya del 98,49 por ciento, mientras que la cobertura de TDT de los canales privados alcanzaba el 97,77 por ciento de la población residente en España (Fuente: *Kantar Media*).

(2) Inversión en infraestructuras

Las barreras económicas derivadas de la inversión en esta clase de infraestructuras participan de algún componente de barreras tecnológicas, en la medida en que exigen también el acceso a la tecnología necesaria. No obstante el dato de que el acceso a la misma no resulte especialmente difícil, dado el estado actual de los ordenamientos nacional y europeo, nos inclina a primar el factor de barrera económica.

La inversión necesaria para la generalización de la TDT ha pasado por tres aspectos básicos, a saber: **(a)** la existencia de *cobertura* (cifrada en una fase inicial del despliegue en un 80 % de la población española); **(b)** la *adaptación de las antenas* colectivas de TV, realizadas en origen para la TV analógica, para permitir el tratamiento de la señal digital y su distribución hasta la toma situada en el interior de cada vivienda; y **(c)** la *incorporación de un receptor digital externo* (descodificador) al parque actual de televisores, o bien, la sustitución de estos por televisores digitales integrados:

- a. **Necesidad de cobertura.** La TDT se basa en la misma red de repetidores sobre la que se ha venido basando la TV analógica o convencional. Ésta, en lo que a la TV privada se refiere, se vino a basar en un principio en la red de RTVE, lo que supuso una importantísima atenuación de barreras de entrada de carácter económico relacionadas con la inversión en infraestructuras. Y así, el Real Decreto 1362/1988, de 11 de noviembre, por el que vino a aprobarse el Plan técnico nacional de Televisión privada, fijó las condiciones de carácter técnico necesarias para la prestación del servicio de TV privada por las distintas entidades concesionarias. Del mismo formarían parte afirmaciones como las que siguen: *“con objeto de minimizar las inversiones necesarias en las instalaciones receptoras, así como en la nueva infraestructura de las estaciones transmisoras, los emplazamientos de los centros emisores y reemisores de la red de difusión de la televisión privada coincidirán con emplazamientos utilizados por la red de la televisión pública (RTVE), siempre que ello sea técnicamente posible. Asimismo, la red terrenal de transportes de programas para la televisión privada se basará en la red de transporte del Ente Público RTVE, aprovechando en lo posible la infraestructura existente”*.

A febrero de 2005, aún cuando la cobertura geográfica o territorial apenas si llegaba a un tercio del territorio nacional, al encontrarse los repetidores que emitían en digital localizados en los principales núcleos urbanos, la señal de TDT alcanzaba un 80 % de la población (Datos de la *Federación de Instaladores de Telecomunicaciones, Fenitel*). Esta cifra era de un 80,45 % en diciembre de 2006 y del 85 % en julio de 2007. Pese a estos datos, en noviembre de 2006 sólo el 14,4% de los hogares españoles recibían la TDT, y en diciembre de ese mismo año la cuota de pantalla de la TDT sólo alcanzó el 4 %. La mayoría de las zonas rurales carecían de cobertura, y se hacía necesaria una inversión en nuevos repetidores, ya que la señal digital, aunque no sufría interferencias, tenía un alcance más corto. La previsión era la de que para 2010 la cobertura fuera similar a la de la TV analógica, previsión que ha llegado a cumplirse tras el apagón analógico de abril de 2010.

En este sentido, en el Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, por el que se regula la asignación de los múltiples de la Televisión Digital Terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, se establecen los porcentajes de cobertura de población que deben alcanzar las entidades habilitadas en los múltiples digitales planificados en las fases mencionadas 1 y 2 (ver más arriba). En todo caso, y de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, los canales digitales de televisión que emitan en abierto la Corporación de Radio y Televisión Española y las sociedades concesionarias del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito estatal podrán ser recibidos mediante sistemas de difusión por satélite en aquellas zonas en las que no exista cobertura del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal.

- b. **Adaptación de las antenas colectivas.** Cabría también hacer algunas consideraciones. Desde aproximadamente 2002, las antenas instaladas en los edificios españoles podían recibir, además de la señal analógica (portadora de los canales de TV habituales), la señal digital (con más cadenas; más programación; calidades de sonido – multicanal y envolvente - e imagen – las imperfecciones de la señal analógica son Vg. más perceptibles en los modernos televisores de plasma con una mayor definición-

similares a las de un DVD; y funciones de interactividad – por ejemplo, guías de programación - superiores a las ofrecidas por la TV vía satélite).

Asociaciones del sector, como *ASIMELEC*, que era una organización que aglutinaba a empresas de electrónica y que había estado presente en la Comisión para la transición al Formato Digital (organismo creado por el Gobierno, que desde el 22 de febrero de 2.005 funcionaba elaborando mapas de cobertura y objetivos de actuación a corto plazo), subrayaban que los precios de adaptación de las antenas no llegaban a erigirse en barreras de entrada, razón por la que no llegaban a ser necesarias subvenciones de la Administración (en otros países como, por ejemplo, Italia esas subvenciones sí existían). Eran datos de Red.es (organismo adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), correspondientes al primer trimestre de 2005, los de que, aproximadamente, el 45 % de los 14 millones de hogares necesitaban modificar sus instalaciones para poder recibir la señal.

La adaptación de las antenas colectivas no resultaba necesaria en edificios construidos después de 1998, año en que comenzó a estar vigente la obligación legal de instalar los amplificadores y el equipo necesario para la captación de la señal digital, ni tampoco en las antenas instaladas en viviendas unifamiliares, donde la señal llegaba con potencia suficiente al televisor, ni, por fin, en los edificios que hubieran ya realizado adaptaciones para la recepción de la señal de *Quiero TV*.

- c. **Necesidad de incorporar un descodificador al aparato de TV.** Para acceder a la señal de TDT se necesitaba un receptor adecuado. Éste podía ser de dos tipos: (i) *Receptor externo o Set-Top Box (STB)*, el cual se conectaba a un televisor analógico convencional; o (ii) *Televisor Digital Integrado*, que incorporaba el receptor digital dentro del chasis del televisor y permitía, por tanto, recibir la TDT, además de la TV analógica convencional.

Las mismas asociaciones insistían en la ventaja que suponía el dato de que no fuera necesario renovar el parque de televisores existentes por los digitales integrados – unos 27 millones –, por el hecho de bastar con la incorporación de un descodificador al aparato convencional de TV. Dentro de estos habría dos modalidades: la primera, que permitía el acceso a contenidos (unos 70 €), y la segunda, que también permitía acceder a servicios interactivos (con un coste entre 150 y 200 €), que exigía la vía de retorno a través de conexión de datos a la RTPC mediante Modem). Promediando, los costes medios – costes de transferencia - por hogar para cambiar a la TV digital (sintonizador, cambios de antena y algún otro extra) cabía cifrarlos a febrero de 2.005 en unos 300 €.

Inicialmente, las dos concesionarias de TDT que emitían exclusivamente en tecnología digital eran *Neo TV* y *Veo TV*. La existencia de todas las barreras de entrada relacionadas con la inversión en las infraestructuras necesarias (adaptación de las antenas colectivas de los edificios, existencia de un parque suficiente de descodificadores digitales integrados o no en los televisores y de unos niveles adecuados de cobertura) motivó que la señal no llegara a recibirse por una parte significativa de la población. Por ésta, entre otras razones, ambas cadenas aprovecharon la apertura del canal analógico de *Sogecable*, que pasó a ser *Cuatro*, para solicitar que se les permitiera emitir en analógico hasta la definitiva implantación de la tecnología digital. Esta solicitud no fue atendida por la Administración, que se basó, para la denegación, en la escasez de frecuencias: en el caso de *Cuatro*, se decía, no resultaba necesaria una mayor atribución de frecuencias, pues *Sogecable*, a diferencia de *Neo TV* y *Veo*

TV, era ya titular de un canal analógico, y de lo que se trataba era, nada más, que de permitir el paso de la emisión encriptada a la emisión en abierto.

(3) Inversión en contenidos

Otra barrera importante de contenido económico sería la relacionada con la adquisición de contenidos atractivos que emitir a través de la TDT. Esta particular barrera de entrada se manifiesta con una intensidad especial en el ámbito de la TV de pago, a expensas de obtener contenidos que le aporten un valor diferenciador con respecto a la TV en abierto. Por tanto, es lógico que profundicemos sobre ella al estudiar ese mercado de la TV de pago.

El Secretario de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, Francisco Ros, en su comparecencia ante el Senado en marzo de 2005 informaba: *“existen estudios de mercado que indican que nuestro país está en condiciones de aceptar operadores adicionales”*. El Grupo de Análisis y Prospectiva de las Telecomunicaciones (GAPTEL), adscrito a Red.es, concluía en su informe sobre la TV digital que el mercado publicitario dejaba espacio para al menos un canal analógico más. El coordinador de dicha asociación, Jorge Pérez, señalaba: *“la asignación de más frecuencias analógicas no retrasará el desarrollo de la TV Digital que depende de otros factores”*. Conforme a ese estudio, el desarrollo de la TDT dependería de una nueva oferta atractiva y diferenciada de contenidos audiovisuales y tendría una ventana de oportunidad que cabría estimar en unos seis años, de forma que, transcurrido ese periodo, otras posibilidades tecnológicas con una mayor oferta de interactividad e integración de servicios le harían perder su atractivo. Conforme al citado informe, la eliminación de la publicidad de *La 2* y su reducción en *La Primera* de RTVE servirían para abrir un nicho en el mercado de la publicidad televisada de unos 134 millones de euros en 2006, que serían 417 en 2009, lo que sumado al volumen de demanda insatisfecha, dejaban hueco para un nuevo operador.

En el ámbito de la TDT, la existencia de unos contenidos atractivos ha venido revistiendo, hasta su total implantación, una mayor importancia que en el modo de difusión analógico, al ser dichos contenidos los llamados a incentivar a los televidentes a costear de su bolsillo la infraestructura necesaria para recibir la señal digital a que nos acabamos de referir en el anterior epígrafe. De otra parte, dentro de la TDT, la importancia de dichos contenidos, en el sentido tradicional, será compartida por los servicios/contenidos interactivos a medida que estos, con el desarrollo tecnológico, avancen.

En España, se llegó a calificar la situación en que se encontraba inmersa la TDT como círculo vicioso. En un primer momento, la ausencia de descodificadores en el mercado impedía la recepción de la señal de TDT que, como ya dijimos, venía siendo emitida desde 2002. De lo anterior derivaba una situación de falta de audiencia y, por ende, de ingresos por publicidad. Esta última situación conducía a una falta de interés de los organismos de radiodifusión por invertir en una programación interesante y diferenciada, y a que se limitaran a repetir en sus emisiones digitales la parrilla de la programación analógica. Finalmente, el resultado de todo lo anterior era la falta de interés de los telespectadores por la adquisición del descodificador pues, con él, no tendrían acceso a una programación diferente de la que ya disfrutaban en modo analógico y de los fabricantes por producir en masa los equipos, al no tener garantizado el retorno de la inversión.

Este círculo vicioso intentó romperse mediante la inserción de contenidos atractivos en la parrilla de programación de la TDT. Fue el caso de la compra de los derechos del Mundial de

fútbol de Alemania por *La Sexta* a *Telefónica* por una cantidad próxima a los 100 millones de euros. El Art. 4 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, establecía para los de interés general que los operadores y programadores cuyas emisiones no cubrieran la totalidad del territorio del Estado podían adquirir derechos exclusivos sobre los mismos, pero con la carga de cederlos al resto de operadores en régimen de pública concurrencia a fin de lograr esa cobertura. Pese a las quejas de otros operadores como *Antena 3* y *Telecinco*, *La Sexta*, cuyas emisiones no alcanzaban ese nivel de cobertura, terminó cediendo a *Sogecable* los derechos correspondientes a los partidos del Mundial calificados de interés general.

Antena 3 planteó una denuncia contra *Sogecable S.A.* y *Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta S.A.*, por prácticas contrarias a los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, consistentes en: repartirse el mercado de los derechos de explotación del Mundial por televisión abierta y de pago; y abusar *Sogecable* de su posición de dominio en el mercado de la televisión de pago, al ser la única entidad en España que operaba simultáneamente en ese mercado (a través de *Digital+*) y en el de televisión en abierto (a través de *Cuatro*). El SDC, mediante decisión de 22 de noviembre de 2006, archivó la denuncia y, frente a la decisión de archivo *Antena 3 de Televisión S.A.* interpuso recurso el 11 de diciembre del 2006. El Tribunal compartió con el SDC la idea de que “una vez vendidos por *Telefónica de Contenidos S.A.* a *La Sexta* los derechos de retransmisión del Campeonato Mundial de Fútbol 2006 no es de exigir una ulterior división en paquetes, ni acogerse a limitación alguna, dimanante de la carta-oferta inicial, por cuanto las ulteriores negociaciones han novado aquella inicial postura convencional”. En todo caso, ya se había contemplado una división por paquetes de los derechos, que podría ser considerada como suficiente “al distinguir entre partidos de interés general y partidos de no interés general” [Expte. r 707/06, *Antena 3/Sogecable/La Sexta* (2706/06 del Servicio), Resolución de 27 de julio de 2007].

También *Telecinco* denunció ante el SDC la existencia de infracción de los Arts. 1 y 6 LDC por determinadas decisiones individuales y acuerdos colectivos “con la finalidad de adquirir y explotar los derechos de emisión televisiva en el territorio español de la XVII Copa Mundial de Fútbol de la FIFA” (el Mundial), celebrada en Alemania en el año 2006. También aquí el TDC desestimó el recurso frente al acuerdo de archivo del SDC de 1 de diciembre de 2006. El TDC reprodujo los argumentos del caso de *Antena 3*.

A mayor abundamiento, el TDC identificó un mercado mayorista y ascendente “de los derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos”, que en este caso concreto era el de los “derechos de retransmisión en España del Mundial de Fútbol de Alemania 2006”. En ese mercado ascendente de contenidos el monopolista era *Telefónica* que, en régimen de concurrencia, lo vendió al operador de TV en abierto, *La Sexta*. En este sentido, se habían respetado las preocupaciones de la Comisión Europea en cuanto que los operadores activos en el mercado descendente de la difusión no hubieran de pagar precios anticompetitivos, por lo elevado, ante esa falta de concurrencia. Más allá de eso, el acuerdo de *La Sexta* con *Sogecable* (acuerdo vertical de suministro de contenidos) para emitir partidos no catalogados de interés general, a través de la televisión de pago, no era anticompetitivo. *La Sexta* sólo podía emitir en tiempo real un único partido, por lo que ceder esos derechos a un operador de mercado de televisión de pago tendría como objeto incrementar el valor de los mismos sin alterar su propia cuota de mercado ni la de sus competidores directos en televisión en abierto. En este caso, un número determinado de telespectadores -los de pago- pudo elegir entre un abanico mayor de encuentros de fútbol, sin menoscabo de los telespectadores de televisión en

abierto que, lógicamente, solamente podrían acceder a ellos si *La Sexta* los programaba en diferido, constando que lo hizo cuando a su programación convino [Expte. r 709/06, *Telecinco/Sogecable/La Sexta* (2717/06 del Servicio), Resolución de 30 de julio de 2007].

En general, problemática como la anterior la abordaremos al ocuparnos de los mercados de los contenidos deportivos, en sus múltiples variantes: para difusión, para TV de pago, para TV en abierto; en general o sólo con valor *Premium*; sobre partidos de Liga, de Copa, de Liga de Campeones, etc.; *vid infra*.

Los intentos de la Administración para romper el círculo vicioso así descrito fueron en el sentido de fomentar la inversión en programación atractiva y en servicios interactivos que dieran a la TDT un valor de opción frente a la analógica. En este sentido, se barajó en su momento la opción de ofrecer – a modo de “zanahoria”, se decía – el estímulo de la atribución de las frecuencias abandonadas por *Quiero TV* tras su quiebra. Desde este punto de vista, los operadores de TV habían insistido en el papel dinamizador a desempeñar por *RTVE* a la hora de facilitar el acceso a contenidos de interés, y supuestos sus extensos archivos.

Se quiso fijar la atención en el modelo inglés como modelo de éxito en la implantación de la TDT. En RU, de las cenizas de *ITV digital*, el homólogo de *Quiero TV*, nació *Freeview*, una nueva plataforma gratuita de TDT que comenzó con sus emisiones en octubre de 2002. En mayo de 2003, *Freeview* contaba con 1,4 millones de televidentes (las previsiones eran de 1,5 millones a fines de 2003 y cinco millones en 2007) y había conseguido comercializar unos 600.000 decodificadores, con un ritmo de crecimiento de 30.000 al mes. Con un coste de unos 150 €, el modelo de decodificador *Zapper* ofrecía acceso a los contenidos de la plataforma. En esta nueva plataforma habrían tenido un papel importante la TV pública (*BBC*) y el operador histórico de telecomunicaciones (*BT*) para la oferta de servicios interactivos.

Freeview ofrecía una treintena de canales de TV gratuitos (entre ellos, los convencionales, noticias 24 horas, informativos, deportivos, viajes, documentales, programas infantiles y musicales), doce programas de radio digital y servicios interactivos. La plataforma pretendía abrir un nuevo mercado basado en un entretenimiento más centrado en la interactividad que en los contenidos *Premium* deportivos o cinematográficos.

iv) Barreras tecnológicas en el mercado de la difusión televisiva

(1) Su atenuación: los principios de interoperabilidad y neutralidad tecnológica

Tal y como se desprende de lo dicho hasta aquí, las barreras de entrada de una mayor significación en el ámbito que hemos venido definiendo – dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores, el de la TV en abierto (nacional, regional o local), dentro de éste el de la TV terrestre y, por último, dentro de ésta la basada en tecnología digital – son, por este orden, las normativas relacionadas con la necesidad de título habilitante/concesión y la disponibilidad de espectro y las económicas derivadas del despliegue de infraestructuras y adquisición de contenidos.

Las barreras de entrada de carácter tecnológico, en el sentido de conocimientos técnicos necesarios para la prestación del servicio televisivo, van cediendo, progresivamente, en

importancia al calor de principios emanados de la normativa europea, en el entorno de liberalización que viene presidiendo los segmentos de la transmisión y de las comunicaciones electrónicas³¹; dentro de los que cobrarían un papel destacado los de interoperabilidad y neutralidad tecnológica.

El concepto de neutralidad tecnológica encuentra su antítesis en el de dependencia tecnológica. Sobre este particular resulta interesante: Santana Pérez, A.; *“La venta a pérdida como ilícito concurrencial”*; Tesis doctoral defendida en La Universidad de La Laguna; Págs. 114 y Ss.: 3.5. *“Dependencia tecnológica en productos y servicios interoperables”*. El autor acude a la cita de diversos ejemplos de la jurisprudencia norteamericana y argumenta:

“Situación que se da cuando existe una relación de dependencia tecnológica entre empresas, ya sea directa o indirecta. En estos supuestos, por lo general las empresas generadoras de los estándares detentan una posición de dominio. Una situación perfectamente lícita y justo premio al esfuerzo que implica la actividad concurrencial en el mercado. Sin embargo, en determinados supuestos estas mismas empresas pueden abusar de los derechos que tienen sobre dichos estándares, por ejemplo, modificando los parámetros tecnológicos de interoperabilidad

[...]

Esta débil posición podría obligar a las empresas dependientes tecnológicamente a seguir unos determinados estándares de compatibilidad legalmente protegidos y a aceptar condiciones comerciales o contractuales no equitativas. Estas situaciones se producen cuando la empresa dominante realiza los cambios con finalidad predatoria, por lo que el Derecho de la competencia no puede justificar o amparar dichos abusos. Se trata de supuestos en los que la modificación del estándar no trae causa de la necesidad de incorporación de un avance tecnológico o una mejora que redunde en beneficio del producto, del servicio o del consumidor. Sino en la intención, extraordinariamente calculada, de expulsar o disciplinar a su competidor. En la mayoría de los casos, la simple amenaza de una empresa con posición de dominio es suficiente para plegar a sus competidores dependientes de su tecnología, a los designios de una determinada estrategia empresarial

[...]

³¹ Pueden verse: **(i)** Comunicación de la Comisión relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de tercera generación COM(2003) 410 final; **(ii)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico), COM(2003) 541 final; **(iii)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 30 de julio de 2004 sobre la interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva [COM (2004) 541 final - no publicada en el Diario Oficial]; **(iv)** Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de mayo de 2005 sobre la aceleración de la transición de la radiodifusión analógica a la digital [COM (2005) 204 final - no publicada en el Diario Oficial]; **(v)** Comunicación de la Comisión al Consejo de 2 de febrero de 2006 sobre la revisión de la interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva con arreglo a la Comunicación COM(2004) 541 de 30 de julio de 2004 [COM (2006) 37 - no publicada en el Diario Oficial]; **(vi)** Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *“El desarrollo del mercado de la televisión digital en la Unión Europea . Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión”*.

Finalmente, cabría entender que la dependencia tecnológica del estándar de compatibilidad o de interoperabilidad por la empresa dominante exige de esta un comportamiento exquisito en sus relaciones y actos, incluyendo los cambios de estándares. La modificación de los mismos sin dar posibilidad al resto de los concurrentes de asimilar el cambio implicaría calificarla de predatoria, y en su caso, de abuso de posición dominante. Lo relevante será realizar el juicio de lealtad conforme a la cláusula general del artículo 5 de la LCD a la modificación del estándar. Si este se realiza con finalidad predatoria y supera la racionalidad que debe imperar entonces el Derecho antitrust y en su caso la disciplina de la competencia desleal deben aplicarse con todo su rigor. Una aplicación que resulta difícil de demostrar precisamente porque el agresor realiza su comportamiento desde una aparente legitimidad en el ejercicio de sus derechos.

[...]

Sin embargo, no se escapa que la conducta innovadora basada en los propios méritos debe ser objeto de protección, pero no así, cuando dicha conducta rebasa la frontera de lo lícito para convertirse en un abuso. Esto es lo que ocurre cuando se produce un cambio en los estándares con finalidad predatoria. La falta de competencia real y efectiva y el abuso de posición dominante dan lugar a un incremento de los precios del nuevo estándar que acaban pagando los consumidores. Ha de tenerse presente que la legislación antitrust española y la disciplina de la competencia desleal tienen por objeto la protección de los intereses de todos los que concurren en el mercado y no sólo de los empresarios”.

Recientemente, la importancia del concepto de interoperabilidad, como medio de tornar en neutralidad tecnológica la dependencia tecnológica a que este autor se refiere, ha llegado a ponerse muy de manifiesto en el caso *Microsoft*: Asunto T-201/04; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 — *Microsoft/Comisión*. Se trataba de un abuso de posición dominante en virtud del cual *Microsoft* se negaba a suministrar la información relativa a la interoperabilidad y a autorizar la utilización de su *software* por parte de sus competidores. El Tribunal (véanse los apartados 192, 206, 225, 227, 228, 230, 234, 236 a 238, 241, 259, 374 y 375), reconoció la libertad de la Comisión para definir el concepto de “interoperabilidad” entre programas informáticos como la capacidad de éstos para intercambiar información y utilizarla mutuamente, a fin de permitir que cada uno de esos programas informáticos funcionase de todas las maneras previstas (o, en términos coloquiales, la capacidad de esos programas para hablar entre sí).

Para esa definición, la Comisión no quedaba vinculada por la Directiva 91/250 sobre la protección jurídica de programas de ordenador y podía realizarla en los términos que a su juicio fueran necesarios a la luz del Art. 82 para permitir a los competidores su permanencia en el mercado haciéndolo competitivo. No se trataba de que las aplicaciones informáticas de esos competidores llegaran a funcionar de una manera exactamente igual que las de la empresa dominante *Microsoft* ni tampoco de que aquéllas llegaran a “clonar” a estas últimas o a sus características, pero sí de que unas y otras pudieran interactuar.

Estos dos principios de la neutralidad tecnológica y de la interoperabilidad constituyen la espina dorsal del proceso de convergencia tecnológica. Éste deja sentir sus efectos en todos los niveles: en el de las redes, para que cualquiera de ellas (cable, ADSL, ondas hertzianas o satélite) sirvan para la transmisión de cualquier clase de señal o de contenido; en el de los servicios – entendidos como las actividades necesarias para la conducción de la señal o contenido por las redes –, para dotarlos de uniformidad hasta el punto de ser los mismos los necesarios para la transmisión de cualquier contenido o señal; en el de los contenidos, para hacerlos multimedia o, lo que es lo mismo, aptos para ser transmitidos a través de cualquier

red; y, por fin, en el de los equipos terminales, para que un único dispositivo termine siendo apto para la recepción de cualquier clase de contenido y a través de cualquier red (diluyendo las diferencias entre PC, televisor y teléfono).

(2) Entorno multiplataforma: los proyectos DVB y MHP

En términos generales, todos serían acuerdos de estandarización adoptados en el seno de organismos normalizados. Los acuerdos de estandarización son acuerdos adoptados en el seno de organismos nacionales o europeos de normalización, de grupos de empresas o de foros o consorcios creados *ad hoc* que buscan el establecimiento de requisitos técnicos o cualitativos que deban satisfacer los productos o procesos y métodos de producción actuales y futuros.

El listado de los organismos de normalización europeos y nacionales se encuentra, respectivamente, en los anexos I y II de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 204 de 21.7.1998, p. 37). En toda esta materia pueden también consultarse las Directrices Generales para la Cooperación entre CEN (Comité Europeo de Normalización), CENELEC (Comité Europeo de Normalización Electrotécnica) y ETSI con la Comisión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio — 28 de marzo de 2003 (Diario Oficial n° C 091 de 16/04/2003 p. 0007 – 0011).

Tales acuerdos admite la Comisión, en sus Directrices sobre restricciones horizontales, que puedan llegar a afectar a los siguientes mercados (mercados afectados): **(i)** el mercado de los productos a que van referidos los estándares (en nuestro caso, el mercado de los servicios de difusión televisiva y el accesorio de los servicios técnicos para TV; *vid infra*); **(ii)** el mercado de los servicios de establecimiento estándares (el mercado de los servicios de fijación de estándares para los servicios de difusión televisiva y para los servicios técnicos asociados); y **(iii)** el mercado separado de ensayo y certificación (el mercado de la práctica de pruebas de conformidad con el estándar adoptado para los servicios de difusión televisiva o para los servicios técnicos asociados y el de expedición de marcas indicativas de conformidad con ese estándar).

Aunque tales acuerdos de estandarización son acuerdos de cooperación horizontal que, bajo ciertas circunstancias, pueden llegar a producir efectos anticompetitivos, lo anterior no se dará en el caso que nos ocupa, fundamentalmente, por la propia naturaleza del acuerdo adoptado, al tratarse de acuerdos de los que, en criterio de la Comisión, nunca producen efectos anticompetitivos, a saber, acuerdos adoptados en el seno de organismos nacionales o europeos de normalización para garantizar la compatibilidad de los productos o servicios, que permiten el acceso de todos los agentes al establecimiento de los estándares y que no imponen ninguna obligación de cumplimiento del estándar acordado. Lo anterior determinaría que, ni tan siquiera, resultara necesaria una evaluación de la concurrencia de posibles eficiencias al amparo del Art. 101.3 TCE.

La Comisión Europea ha venido insistiendo en diversas resoluciones en la importancia del despliegue de una plataforma abierta para la prestación de los servicios de TV digital. La importancia de este despliegue radica no sólo en el desarrollo del modo de difusión televisiva digital, sino también en la posibilidad de acceder, a través de esa plataforma abierta de TV digital, a los servicios de la Sociedad de la Información (SI). La existencia de una plataforma abierta, sobre la base de un interfaz adaptado a los criterios europeos de normalización,

facilita el acceso de los consumidores a los servicios televisivos y de la SI y las posibilidades de elección del usuario, que podrá acceder a los servicios y contenidos de los terceros con los que el operador de la plataforma abierta celebre contratos. P.e., en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos - BOE 23 junio 2007, núm. 150, [pág. 27150]; rect. BOE 3 julio 2007, núm. 158, [pág. 28600] - ya se vislumbra la posibilidad de que ese acceso llegue a verificarse a través de la plataforma de TDT (V. también a este respecto “*La Televisión Digital Terrenal ...*”; Op. Cit. Nota al pie n.º 836; “*Ep. 4. Aspectos sociales. Introducción de nuevos servicios de la Sociedad de la Información*”, Págs. 77 y Ss.).

Un Interfaz de programa de aplicación (API) se puede comparar con un sistema operativo informático: define cómo manejar y visualizar las aplicaciones informáticas. El API decide qué guía electrónica de programación se puede instalar en decodificadores y televisiones digitales. Los APIs y las EPGs también plantean importantes cuestiones en relación con el acceso a la infraestructura de red (ADSL, satélite, ondas o cable) y los servicios asociados (diferentes de los estrictamente televisivos) que proporcionan este acceso. El desarrollo técnico puede conducir a una situación en la que los usuarios puedan escoger entre una gama de EPGs lo que, a medio o largo plazo, podrá justificar una revisión de las normas sobre conformidad de los APIs a fin de que estos permitan esa elección.

En un primer momento, dada la ausencia de criterios europeos de normalización y al tratarse de un mercado embrionario, el interfaz de programas de aplicación impuesto en los decodificadores era el del operador integrado – normalmente, de TV de pago por satélite – que prestaba el servicio de TV. Lo anterior suponía una restricción a la facultad de elección del consumidor, pues el operador de TV no estaba obligado a facilitar el acceso a su tecnología respecto de terceros y el cambio de operador podía también suponer la necesidad de adquirir un nuevo decodificador.

Frente a estas dificultades el *Digital Video Broadcasting Project* (DVB) se marcó el objetivo de desarrollar una API abierta sobre la que basar una *Multimedia Home Platform* (MHP) o plataforma doméstica multimedia avalada por el organismo europeo de normalización (Instituto Europeo de normas de Telecomunicación; ETSI). El *Digital Video Broadcasting Project* es un consorcio liderado por la industria de más de 300 entidades de radiodifusión, fabricantes, operadores de redes, desarrolladores de *software*, organismos reguladores y otros, de más de 35 países, comprometidos con el diseño de normas mundiales para la prestación mundial de servicios de datos y de televisión digital.

La televisión digital permite al telespectador interactuar directamente con el organismo de radiodifusión por medio de un canal de retorno. El decodificador MHP dispone de capacidades para esta interactividad (que exige la existencia en el receptor de las aplicaciones interactivas API) y de una señal de retorno que haga interoperable esta interactividad.

El ejemplo italiano fue significativo y mostró cómo la flexibilidad y un consenso entre los agentes del mercado hacían posible una interoperabilidad efectiva. La norma MHP consiguió imponerse en el mercado transalpino. Este éxito se debió a las ayudas concedidas por los poderes públicos a los compradores de decodificadores interactivos con el fin de ajustar la demanda a la oferta disponible; a la intensa competencia en el mercado de los decodificadores MPH en Italia, que hizo que su precio descendiera a menos de 100 euros; y al acuerdo voluntario de los organismos de radiodifusión italianos para utilizar la norma MHP.

En los países nórdicos (Suecia, Finlandia, Dinamarca y Noruega) la norma MPH aún no se había impuesto, a pesar del amplio consenso existente entre los organismos de radiodifusión. La inexistencia de ayudas nacionales tenía por consecuencia el mantenimiento de un precio elevado que frenaba la penetración en el mercado. En Alemania, sin embargo, se anunciaba un apoyo para la norma MHP, a pesar de que la coordinación entre las partes interesadas era más débil que en Italia. En Bélgica, y más concretamente en la región flamenca, se habían creado ya asociaciones de los organismos de radiodifusión y los proveedores de contenidos con el operador de cable.

Así las cosas, de los 47 millones de receptores utilizados en Europa, 26 millones estaban equipados con un API patentado y sólo 4 millones podían utilizar la norma MHP. Las perspectivas de este proyecto eran más optimistas para los servicios TDT, entonces con unas tasas de penetración, prácticamente, nulas. Además, y al vincularse estos servicios gratuitos a la TV terrestre, que precisaba del uso del espectro, bien demanial y limitado, las facultades de las administraciones de los diferentes estados eran más amplias en cuanto a los requisitos técnicos que debían cumplir los equipos receptores para el más racional aprovechamiento de un recurso escaso (del que la interactividad exigía un mayor aprovechamiento).

Sin embargo, la Comisión abrió una investigación respecto de las subvenciones concedidas a los compradores de descodificadores digitales por Italia en 2004 y 2005 por más de 200 millones de euros (150 € por abonado en la *legge n° 350 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato/legge finanziaria 2004*, reducidos a 70 € en la *legge n° 311 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato/legge finanziaria 2005*). Este régimen de ayudas fue denunciado ante la Comisión por *Centro Europa 7 Srl* y por *Sky Italia Srl*.

Dichas subvenciones se concedían a los compradores de descodificadores que recibían los programas en digital terrestre, con los servicios interactivos, mas no a los que recibían estos últimos vía satélite. La Comisión entendía que, aún siendo necesario fomentar la transición a la TV digital y la interoperabilidad, ello no podía llevar al falseamiento innecesario de la competencia entre las plataformas terrestre, por cable y vía satélite. En este caso, las subvenciones no eran neutras desde un punto de vista tecnológico, ya que no se ofrecían a los descodificadores que utilizaban la radiodifusión vía satélite, y por esta razón era posible que entrañaran un falseamiento en el mercado de la TV de pago (V. Informe de la Comisión - Informe sobre la política de competencia 2005; SEC/2006/0761 final).

La Comisión adoptó la Decisión 2007/374/CE, relativa a la ayuda estatal C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004) ejecutada por la República Italiana para la adquisición de descodificadores digitales (DO L 147, p. 1) considerando ilegales estas ayudas.

Para dar soporte a su criterio al respecto, y acreditar así, conforme al artículo 87 CE, apartado 1, que la medida controvertida amenazaba falsear la competencia al conferir una ventaja selectiva, la Comisión estimó en el considerando 106 de la Decisión que existía un cierto grado de sustituibilidad entre la oferta de televisión digital terrestre de pago y la de televisión de pago disponible por vía satélite. En esas condiciones, concluyó que cuando “*la plataforma digital terrestre haya lanzado y afirmado con éxito en el mercado los servicios de televisión de pago –gracias, también, a las subvenciones concedidas a los descodificadores–, estará en condiciones de competir con servicios análogos suministrados en plataformas alternativas*”. Además, en el considerando 109 de la Decisión, recordó que la propia *Autorità*

garante della concorrenza e del mercato había considerado que las emisoras que utilizaban diferentes tipos de plataformas podían considerarse competidores potenciales en el mercado italiano de la televisión de pago.

En el considerando 108 de la Decisión impugnada, la Comisión insistió muy en particular en que la medida controvertida se concedió en una fase crítica, es decir, en un momento en que muchos espectadores de televisión analógica terrestre debían afrontar la transición a la televisión digital, y podían optar por un aparato receptor de transmisiones terrestres o por un aparato receptor de transmisiones por satélite.

Esta decisión de la comisión fue confirmada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 2010 (Caso *Mediaset SpA* contra Comisión Europea). El Tribunal confirmó la ilegalidad de las ayudas. Para ser compatible con el mercado común en el sentido del artículo 87 CE, apartado 3, letra c), una ayuda debía perseguir un objetivo de interés común y ser necesaria y proporcionada a tal finalidad. El objetivo de interés común supuestamente perseguido por la medida controvertida era subsanar una disfunción del mercado relacionada, en particular, con el problema de coordinación entre los operadores, que originaba un obstáculo al desarrollo de la radiodifusión digital terrestre. Sin embargo, la medida no era necesaria para corregir ese problema de coordinación entre los operadores del mercado, pues tal problema ya se había subsanado gracias a la existencia de una fecha obligatoria para el paso a la tecnología digital. En cualquier caso, dada la importancia de la posición de la televisión terrestre en Italia, el riesgo de que no se alcanzara una masa crítica de consumidores como consecuencia de un problema de coordinación entre operadores no era tan grande como para que los operadores comerciales no pudieran hacerle frente.

El régimen de ayudas impugnado no estaba en vigor en Italia desde 2005. Mediante la Decisión C(2006) 6630 final, de 24 de enero de 2007, la Comisión declaró compatibles con el mercado común las ayudas concedidas por la República Italiana en virtud de *la legge n° 266 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)* (Ley n° 266 de disposiciones para la elaboración del presupuesto anual y plurianual del Estado) de 23 de diciembre de 2005, para la adquisición en 2006 de descodificadores digitales con interfaz de programa de aplicación abierta. A diferencia de la Decisión anterior, las subvenciones de que se trataba en la Decisión relativa a 2006 se consideraron “tecnológicamente neutras”, dado que éstas podían concederse a los descodificadores del conjunto de las plataformas digitales (terrestre, por cable y vía satélite), siempre que fueran interactivos e interoperables, es decir que se tratara de descodificadores “abiertos”, en contraposición a los descodificadores denominados “exclusivos”.

Sobre la incompatibilidad con las disposiciones del Tratado de ciertas ayudas concedidas por el Gobierno Alemán para la introducción de la Televisión Digital Terrenal, por no acomodarse a las exigencias de la neutralidad tecnológica, puede también verse: 2006/513/CE; Decisión de la Comisión, de 9 de noviembre de 2005, relativa a la ayuda estatal concedida por la República Federal de Alemania a favor de la introducción de la televisión digital terrenal (DVB-T).

También el 29 de septiembre de 2010 la Comisión anunció que iba a abrir una investigación en profundidad para examinar el sistema de financiación público aplicado por el Ejecutivo español para la implantación de la televisión digital terrestre (TDT). Lo anterior venía motivado por las dudas de la Comisión respecto a la compatibilidad del régimen español con

la normativa europea en materia de ayudas estatales. Bruselas consideraba que las ayudas del Gobierno a la TDT podrían violar el principio de neutralidad tecnológica, al favorecer la implantación de la televisión digital a través del sistema terrestre sin tener en cuenta otras alternativas como el satélite, *“que también podría haber sido apropiadas para cubrir el territorio”*. La investigación contra el Gobierno central tenía su origen en la denuncia que presentó, en noviembre de 2008, *Astra*. El operador de satélites entendía que el Ejecutivo favoreció la plataforma terrestre y, por ende, a su rival *Abertis*, a la hora de extender la señal de la televisión digital para tratar de dar una cobertura del 100% en todo el país.

(3) Concreción normativa de los principios de interoperabilidad y neutralidad tecnológica

Las referencias en las normas europeas y nacionales a estos principios son constantes; podrían, no obstante destacarse algunas previsiones normativas.

En el mismo Preámbulo de la Directiva Marco se habla del deber de los Estados miembros de velar por que las ANRs impongan una regulación tecnológicamente neutra, sin perjuicio de excepciones justificadas, como sería la de mejorar la eficiencia del espectro en el caso de los servicios de TV digital.

Del contenido de la Directiva Marco se desprende también el deber de fomentar, en el nivel de los consumidores, la interoperabilidad de los servicios de TV digital interactiva y de los equipos avanzados de TV digital con fines como los siguientes: preservar el libre flujo de información; garantizar el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad cultural; asegurar la recepción por el consumidor de todos los servicios de TV digital interactiva; permitir la incorporación de los avances tecnológicos futuros; o fomentar el desarrollo la competencia en los mercados de la TV digital. A estos fines responde el deber impuesto a los operadores de plataformas de TV digital interactiva de usar un interfaz de programas de aplicación (API) abierto y adecuado a los criterios del organismo europeo de normalización, con lo que ello supone a la hora de garantizar la existencia de interoperabilidad (V. núm. 31 del Preámbulo y Art. 18 de la Directiva).

Complementando las previsiones de la Directiva Marco, la Directiva sobre Servicio universal, en su Art. 24, impone a los Estados el deber de garantizar la interoperabilidad de ciertos equipos de consumo para TV digital (Vg., aparatos de TV analógicos y digitales) y la Directiva de Acceso, en su Art. 6, obliga a esos mismos Estados a velar porque se apliquen, en relación con el acceso condicional a los servicios de TV digital, ciertas condiciones (Vg., el deber de los operadores de servicios de acceso condicional que también faciliten el acceso a servicios de TV digital de ofrecer a los organismos de radiodifusión, bajo condiciones equitativas y no discriminatorias, servicios técnicos que permitan que la señal de dichos organismos de radiodifusión sea recibida por los telespectadores que cuenten con el descodificador del operador de servicio condicional).

También en nuestro país, la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 944/2005 citado más arriba es claro a la hora de disponer que los equipos terminales de TDT deberán disponer de interfaces abiertos, compatibles y que permitan la interoperabilidad.

h) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores desde la óptica del derecho de la competencia

i) Sobre la relación del mercado de los telespectadores con otros mercados

El mercado de la audiencia, de los telespectadores o de la difusión televisiva es un mercado claramente inserto dentro del segmento que hemos denominado de la difusión o de la comunicación audiovisual lineal.

El mismo estaría dotado de identidad y sustantividad propias. Sus más estrechos vínculos los presentaría con los siguientes mercados: **(a)** el de la publicidad televisada (dentro del segmento de igual denominación); **(b)** algunos de los inscritos dentro del segmento de los contenidos; **(c)** el de los servicios de TV digital interactiva (inscrito de modo simultáneo, como veremos, en el segmento de las comunicaciones electrónicas y en el de los servicios de la Sociedad de la Información); **(d)** algunos de los incluidos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas; y **(e)** los mercados de la transmisión de señales de TV (inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas). Así:

- a. **Relaciones con el mercado de la publicidad televisada.** Estas relaciones son de tal naturaleza que puede afirmarse que es el de la publicidad televisada el verdadero mercado. En este sentido, los pronunciamientos de las autoridades de la competencia ponen en duda la existencia de un mercado de la difusión televisiva como tal. En cualquier caso, desde un punto de vista metodológico, lo más clarificador parece ser darle ese tratamiento de mercado, sobre todo para diferenciarlo del de la TV de pago y con independencia de que entre ambas, como observó el TDC en el asunto *Canal Satélite Digital*, exista una fuerte presión competitiva. Así, puede entenderse que, aún cuando no quepa hablar de sustituibilidad de la oferta entre cadenas en abierto y de pago, sí puede afirmarse que unas y otras pueden llegar a ser entre sí competidoras potenciales, tal y como se ha puesto de relieve con la apertura de *Canal +* analógico. Sobre lo anterior, matizar que, pese a que dentro del llamado mercado de la difusión televisiva tendrían cabida tanto los servicios de TV de pago, como los de TV en abierto, nos ceñimos a estos últimos, dado que el de la TV de pago, que sí sería claramente un mercado independiente sería, por esta razón, merecedor de un estudio aparte.
- b. **Relaciones con los mercados inscritos dentro del segmento ascendente de los contenidos.** Como observación previa, destacar que la dispersión de la oferta televisiva, que seguirá a la digitalización de la TV en abierto, propiciará, para compensar la dificultad de concentrar audiencias en una determinada cadena, concentraciones en el segmento de los contenidos. Aquí se haría necesario distinguir:
 - i. **Contenidos Premium.** La regla general es la de que no se presenten esas relaciones con los cinematográficos o deportivos, que tienen un valor *Premium* y que son los que confieren a la TV de pago un valor de opción que es, precisamente, lo que

justifica el cobro de cuotas a los abonados. Ahora bien, lo anterior no deja de ser una pauta, y la verdad es que cadenas en abierto (comerciales o de servicio público) y de pago compiten en muchas ocasiones por la adquisición de contenidos con unos altos índices de seguimiento, especialmente, el fútbol. Con relación a este último, los privilegios de que venían gozando las cadenas de servicio público inscritas dentro de la *Unión Europea de Radiodifusión* han ido remitiendo en beneficio de las comerciales, tanto en abierto como de pago.

Por otro lado, el que un operador en abierto llegue a consolidarse como adquiriente de contenidos *Premium* deportivos puede ser la llave que le permita acceder al mercado de la TV de pago (en nuestro país ese podría ser el caso de La Sexta). El presidente de *Mediapro* auguraba el 22 de agosto de 2008, en una rueda de prensa en Prada (Francia), una gran crisis en el sector televisivo de mantenerse un sistema de Televisión Digital Terrestre (TDT) con cuarenta canales que no fueran de pago; más aún partiendo de la caída de los ingresos por publicidad. Jaume Roures entendía como una necesidad la implantación de una TDT de pago.

Y, en efecto, en abril de 2009 la prensa económica se hacía eco del lanzamiento por *La Sexta* del canal de pago, *Gol Televisión*, que se preveía estuviera operativo para el arranque de la temporada 2009-10. Según la propia cadena, las emisiones del nuevo canal de pago no afectarían en absoluto a la emisión en abierto “*que mantendrá su línea de programación actual en abierto durante las 24 horas del día, con la inclusión de grandes eventos deportivos como la Fórmula 1, la liga de fútbol esta temporada y el Eurobasket de Polonia 2009*”. Se trataba de utilizar el mismo camino empleado por *Sogecable* para cambiar su emisión de *Canal +* por la de *Cuatro*, pero en sentido inverso, pues de lo que se trataba era de pasar a emitir en modalidad de pago desde la previa emisión en abierto.

- ii. ***Obras audiovisuales para TV.*** El mercado de las obras audiovisuales para TV sin valor *Premium* presenta vínculos tanto con la TV en abierto como de pago.
 - iii. ***Edición y comercialización de canales temáticos.*** Este mercado de contenidos aparece especialmente relacionado con el de la TV de pago por razones técnicas, a saber: se trata de una opción que nace al calor de la digitalización y del multiplexado, posible, actualmente, en plataformas de pago por cable y satélite que ofrecen un mayor ancho de banda que la terrestre. En cuanto a esta última, habrá que esperar a ver lo que da de sí la TDT, tras haber sido definitivamente implantada.
- c. ***Relaciones con el mercado de los servicios de TV digital interactiva.*** Por lo que hace a la relación del mercado de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores con el de los servicios de TV digital interactiva (los cuales veremos participan de la doble naturaleza de servicios de comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información), hacer también las siguientes observaciones. Dentro de los servicios de TV digital interactiva cabría comprender dos bloques, a saber, el relacionado con el suministro de contenidos audiovisuales (video a la carta) y el relativo a la prestación de una serie de servicios más o menos heterogéneos (telebanca, telecompra, participación en concursos, lectura de contadores de suministros, etc.):
- i) ***Servicios interactivos audiovisuales.*** En cuanto a este primer bloque, se trataría de servicios que caerían fuera del ámbito de la TV en abierto por su propia naturaleza,

pues se prestan a petición individual del usuario y no existen las emisiones punto-multipunto que caracterizan la difusión en abierto.

- ii) ***Servicios interactivos no audiovisuales.*** Respecto a estos segundos, veremos, sobre todo al referirnos al caso *BiB*, que se trata de servicios cuya infraestructura física y lógica ha venido coincidiendo con la de las plataformas de TV de pago (en el caso de *BiB* se trataba de una plataforma de satélite). Por otra parte, y a diferencia del suministro de contenidos audiovisuales, que exige un ancho de banda mayor que el que ofrecerá la plataforma terrestre, incluso digitalizada, es probable que esta última plataforma sí resulte apta para la prestación de cierta clase de servicios interactivos de los de este segundo bloque. En particular, como vimos, se refiere la Disposición adicional quinta del Real Decreto 944/2005, de aprobación del vigente Plan técnico nacional de la TDT, a la reserva de cierto porcentaje de capacidad de transmisión del múltiple digital para la prestación de los que llama “*servicios adicionales distintos del de difusión de televisión, como los de transmisión de ficheros de datos y aplicaciones, actualizaciones de software para equipos*”, porcentaje que podrá ser revisado “*en función del desarrollo de los servicios interactivos y de los asociados a la televisión digital terrestre*”. Lo anterior se inscribe dentro de una tendencia a la dilución de los servicios de difusión televisiva dentro del segmento más amplio de los servicios de la Sociedad de la Información; de hecho, como vimos, uno de los objetivos significados del Plan de Acción eEurope 2005 era el de una pronta transición hacia la TV digital. Advertir también que el ancho de banda ofrecido por la TDT, inferior al de otras plataformas como son cable y satélite, limitará las posibilidades de realizar emisiones en alta definición.

Sin embargo, en alguna resolución de las autoridades de la competencia tienden a diluirse las diferencias entre ambas clases de servicios interactivos, audiovisuales y no. Por ejemplo, en el Informe N-297 del Servicio de Defensa de la Competencia relativo al asunto *Thomson/Canal +Technologies* de 5 de diciembre de 2002, el Servicio definió la TV interactiva como un tipo avanzado de TV de pago en el que el suscriptor tiene la opción de interactuar con el proveedor de contenidos a través de un dispositivo conectado a un descodificador. Para el mismo Servicio un servicio de TV interactiva solía presentar las siguientes características: **(i)** la posibilidad de interactuar con el programa eligiendo, por ejemplo, el enfoque favorito de la cámara o tomando parte en un concurso relativo a la programación que el televidente visualiza en la pantalla; **(ii)** la posibilidad de recibir a través del descodificador servicios no televisivos, tales como servicios de banca on-line, de participar en sofisticados videojuegos, o internet de “jardín vallado” (acceso a través de IT a un número limitado de sitios *web* previamente seleccionados), correo electrónico, etc.; **(iii)** la existencia de un servicio operativo de gestión que permita al suscriptor seleccionar y recibir los servicios elegidos y al operador registrar y cobrar por los servicios prestados.

Tal vez más elaborado que el anterior del Servicio de Defensa de la Competencia sea el planteamiento de la CMT (“*Consulta Pública sobre el uso compartido de descodificadores*”, de junio de 2001, Pág. 4 y Ss., accesible a través de la *web* de la propia CMT), conforme al cual la categorización más usual de los servicios de televisión digital es la que se realiza de acuerdo con el sistema de interactividad sobre el que se soporten. Esas categorías o perfiles describen, además, una serie de configuraciones mínimas que proporcionan capacidades diferentes al equipo descodificador:

1. **Servicios de televisión avanzados (*Enhanced Broadcasting*)**. Suponen la distribución de aplicaciones junto con la programación audiovisual tradicional que permiten un modelo de interactividad que se desarrolla en el receptor del usuario, o interactividad local, sin requerir, por tanto, un canal de retorno con el proveedor de servicios.
2. **Servicios interactivos (*Interactive Broadcasting*)**. Suponen la provisión de servicios, asociados o no a la programación tradicional, que requieren un canal de retorno para la comunicación con el proveedor de servicios.
3. **Acceso a Internet (*Internet Access*)**. Se aplica a la provisión de servicios Internet a través de la plataforma de televisión digital, aunque este perfil no supone un concepto de interactividad diferente al referido en la categoría anterior. Dentro de esta categoría hay varias posibilidades: **(i) Acceso en modo carrusel**, en el cual se difunde una cantidad limitada de páginas web a los usuarios; **(ii) Acceso en modo 'walled garden'**, por el cual el usuario accede a una serie de servidores mantenidos por el operador de la plataforma o el proveedor de servicios; **(iii) Acceso Internet puro**, que supone la conexión sin fronteras a Internet del usuario mediante su aparato descodificador.

Con relación a la provisión de servicios de la Sociedad de la Información sobre plataforma de TV, tiene interés la autorización por la Comisión de la creación por *Vodafone*, *Vivendi* y *Canal +* del portal de *Internet Vizzavi* el 20 de julio de 2000 (JV.48), mediante la creación de una empresa en participación. *Vizzavi* mantendría un portal de Internet al que se podría acceder a través de diversas plataformas: teléfono móvil, ordenador personal o televisor. La investigación de la Comisión concluyó que la empresa en participación habría planteado problemas de competencia en los mercados nacionales emergentes de portales de Internet por televisión y los mercados nacionales y paneuropeos emergentes de portales de Internet para telefonía móvil. El origen de estos problemas era el control ejercido por las partes sobre las redes de móviles de *Vodafone* y la infraestructura de descodificadores de *Canal +*. La autorización fue posible después de que las empresas presentaran compromisos consistentes en garantizar que los portales de Internet competidores tendrían igualdad de acceso a todas esas infraestructuras. A tal fin se ofrecían medidas para que el cliente pudiera cambiar el portal que por defecto le ofrecía el descodificador o el terminal móvil. Como consecuencia, podría el cliente elegir su proveedor de contenidos independientemente de su proveedor de acceso.

Como observan los autores (*GAPTEL*: Pérez, J., y otros, "*Contenidos digitales. Nuevos modelos de distribución on line*", en *Red.es*, Junio de 2006; Págs. 62 y 63), asistimos hoy a un importante debate en torno al modelo de negocio que deba terminar por implantarse, si el de TV a la carta impulsado por el operador de telecomunicaciones o el impulsado por proveedores de servicios de Internet mediante acceso a contenido en formato descarga o *streaming* desde portales específicos. Tras de este debate latén cuestiones tan importantes como la de la rentabilidad de las inversiones anunciadas por incumbentes de telecomunicaciones (*Telefónica en España*) para acercar la fibra al hogar, pues esa rentabilidad pasa por la generalización del primer modelo.

A este debate se ha incorporado recientemente como nuevo elemento el del interés de ciertos agentes por distribuir sus contenidos a través de redes P2P o *Peer to Peer* legales y que, aún con un menor ancho de banda que las de fibra, permiten una distribución de contenidos utilizando toda la red y una entrega rápida de, especialmente, los más populares que son los más replicados en la red P2P. En esta línea se encuentran los recientes acuerdos entre *Warner BROS* y *Bit Torrent* (uno de los principales servicios de descarga P2P) para distribuir las películas de la primera.

Sin embargo, y como se deduce de lo anterior, el mercado de los servicios de TV digital interactiva se relaciona más con el mercado de la TV de pago que con el de la TV en abierto, precisamente, porque las posibilidades técnicas de interactividad que ofrece la plataforma terrestre en la que se basa la TV en abierto son mucho más limitadas que las que ofrecen las plataformas en las que se basa la TV de pago, especialmente el cable y el ADSL.

- d. **Relaciones con mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas**. Podrían ser estos el de las guías electrónicas de programación y el de los servicios técnicos relacionados con estas últimas, con los descodificadores y con la interfaz del programa de aplicación:
 - i. ***Guías electrónicas de programación***. En cuanto a este mercado, veremos que la información contenida en las guías de programación de papel daba lugar a un mercado accesorio a los de la difusión televisiva en el caso *Magill*. Ahora bien, las innovaciones asociadas a la digitalización han permitido que las guías impresas vayan siendo progresivamente sustituidas por las guías electrónicas de programación también con respecto a la difusión televisiva en abierto sobre ondas hertzianas.
 - ii. ***Servicios técnicos***. Y en cuanto al mercado de los servicios técnicos mencionados, lo cierto es que la digitalización ha hecho extensivos estos últimos servicios, que tradicionalmente se vinculaban a la TV de pago, también a la TV en abierto, al hacer necesaria la utilización de descodificadores, de interfaces del programa de aplicación y de guías electrónicas de programación. En general, el estudio de todos estos recursos lo realizaremos al hilo del mercado de la TV de pago.
- e. **Relaciones con los mercados relacionados con la transmisión de señal de TV (segmento de las comunicaciones electrónicas)**. Las relaciones del mercado de la difusión televisiva (en abierto) serían sobre todo en nuestro país con el mercado de la transmisión y transporte de la señal sobre ondas hertzianas.

ii) Sobre la evolución del mercado de los telespectadores en Europa

Como dice Llorens-Maluquer (*Op. Cit.*), la liberalización, concepto amplio que alude a la supresión por el Estado de las barreras legales o económicas al libre intercambio de bienes o servicios, puede alcanzarse mediante el juego de otros tres más restringidos: **(i)** la desregulación, que implica la eliminación o reducción de las leyes que disciplinan un sector; **(ii)** la privatización, que consiste en vender o subastar una empresa o concesión pública a empresas privadas propiciando la entrada de operadores privados en negocios hasta ese

momento gestionados por el Estado; **(iii)** la desmonopolización, que es la derogación de los derechos exclusivos que pudieran venir disfrutando empresas públicas o privadas.

Sin embargo el sentido del juego de esos factores no siempre es el que, a simple vista, podría parecer, y así cabrá que la liberalización exija más la proliferación de leyes que su eliminación, a fin de asegurar que la sola dinámica de las fuerzas del mercado no afectará a la libre circulación de bienes y servicios (se habla de liberalización re-regulada por algunos autores: Humphreys, P. J., *“Mass media and media policy in Western Europe”*, Manchester 1996, Manchester University Press; Jordana S., Sancho D., *“Políticas de telecomunicaciones en España”*, Madrid, 1999, Tecnos). De lo anterior encontramos abundantes ejemplos en el campo de la TV: obligación de emitir obras europeas e independientes, obligaciones de transporte de canales, prohibiciones de emisión en cadena, obligación de operadores dominantes de facilitar a los competidores acceso a sus recursos esenciales, etc. Del mismo modo, se sostiene que la privatización puede no implicar liberalización cuando lo único que ocurre es que al monopolio público sucede a otro privado y, así, se dice que en España se ha privatizado mucho, pero se ha liberalizado poco. La Ley de TV privada supuso en nuestro país una privatización a medias (la difusión seguía siendo servicio público, aunque gestionado por particulares), una re-regulación, más que una desregulación, y una oligopolización, más que una desmonopolización.

En Europa, la presencia del principio de servicio público dentro de la difusión televisiva en abierto ha experimentado un retroceso severo. Si llevamos esta idea a nuestro ordenamiento, encontraremos que el principio de la Ley 10/1988 de TV privada de que cadenas en abierto de servicio público eran tanto las de titularidad pública, como privada (Vg. *Antena 3*) ha sido superada en la Ley General Audiovisual, de modo que sólo las cadenas públicas son de servicio público y, en cuanto tales, sólo ellas tienen encomendadas las funciones tradicionalmente asociadas al mismo (Vg. preservar el pluralismo). No obstante, ha de advertirse que la reforma de 2012 de la LGCA a que se hizo mención ha supuesto una importante matización de lo anterior, al menos, en lo que al servicio público de comunicación audiovisual de ámbito autonómico se refiere, pues el mismo podrá ser prestado no sólo por la Comunidad Autónoma de que se trate, sino también por privados.

Con esta última salvedad, las cadenas comerciales en abierto de titularidad privada, no tendrán ya por qué desarrollar esa función de servicio público, sin perjuicio de que deban respetar límites asociados a la moral y al orden público (Vg. la no emisión de contenidos xenófobos o dañinos para la infancia). Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, lo anterior supone un estímulo de la competencia potencial y, hasta cierto punto, aligerar las barreras normativas de entrada asociadas a la exigencia de título habilitante, desde el momento en que no es ya necesaria para emitir en abierto concesión por razón de servicio público (véase la Ley General Audiovisual), aunque sí pueda serlo por razón de dominio público (espectro).

Simultáneas a este repliegue del concepto de servicio público dentro del campo de la difusión televisiva en abierto serán la expansión del juego de la libre competencia dentro de ese ámbito ya liberalizado y la asunción de un mayor protagonismo del Derecho *Antitrust*, entre otras cosas, para evitar la aparición de monopolios informativos privados, tan perniciosos como los públicos para cualquier Estado democrático (STC 27/1994). Además, partiendo de que el reducto del servicio público televisivo será la TV de titularidad pública, permanece como asignatura pendiente la de definir los contornos de esa noción de servicio público (*Vid Supra* las remisiones a Muñoz Saldaña).

Otros tratadistas, además de la citada, se hacen también eco de esta problemática (Aguado, G.: *“Retos de la televisión en Europa: Viabilidad...”*; Op. Cit. *“La Televisión pública en el mercado europeo”*: Págs. 9 y Ss.): *“Pero, en el contexto europeo, no existe un único concepto de servicio público audiovisual. En los criterios recogidos en el Tratado de Amsterdam en el «Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros», se reconoce que «el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de difusión» El problema es definir el concepto de servicio público y consensuar políticamente un modelo de radiotelevisión pública que realmente lleve a cabo esta misión. Habría que definir qué programas ofrecen un servicio público”*.

Esta no es cuestión baladí, pues de ella pueden derivar consecuencias prácticas tan importantes como la de si determinada asignación presupuestaria o subvención a una cadena pública es lícita por vincularse a la actividad de servicio público o si, por el contrario, al ser extraña a esta última, falsea la competencia (véase la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 2001 citada en su lugar y la última de 2009). La anterior sigue siendo una cuestión pendiente, que no cabe considerar atendida con las definiciones excesivamente abiertas que de la noción de servicio público da la Ley General de Comunicación Audiovisual.

En Europa, el mercado de la difusión televisiva en abierto (comercial y de servicio público) ha corrido durante los últimos años la misma suerte que el de la publicidad televisada, lo que no podría ser de otra manera, si consideramos lo dicho más arriba en cuanto a que este último es el verdadero mercado. En este sentido, cabe observar cómo, tras la importante recesión experimentada en el bienio 2001-2002, en el que el incremento del número de cadenas propuestas al público no vino acompañado de un aumento del tiempo pasado por los europeos frente al televisor (aunque las estadísticas no fueran concluyentes, sin duda, por el incremento del tiempo dedicado a navegar por IT; y al margen de un cierto retraimiento económico general asociado a los acontecimientos del 11 de septiembre), TV en abierto y publicidad televisada recobraron su empuje a partir de 2004, pero sólo hasta 2007, año en que comenzó a dejarse sentir la fortísima crisis global que supuso una drástica contracción del mercado de la publicidad televisada.

iii) Sobre la identificación del mercado de los telespectadores como mercado de referencia de producto y geográfico

Para esta definición del mercado de producto, como es sabido, el punto de partida viene a ser la Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 [Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia [DO C 372 de 9.12.1997, p. 5/13]], a cuyo tenor (núm. 7), el mercado de producto relevante comprenderá *“la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*.

Los criterios de la Comunicación de la Comisión en punto a la definición del mercado de producto pertinente coinciden también en lo sustancial con los que deben ser incluidos a tenor del “formulario ordinario de notificación de concentraciones económicas” incorporado como Anexo II por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el

Reglamento de Defensa de la Competencia. Sobre esta coincidencia general, se añade en la sección 5.^a (apartado 5.3.1): *“Para la definición de los mercados de producto hay que tener en cuenta la posible existencia de productos y servicios sustitutivos a los que las partes de la operación ofrecen, los cuales pueden actuar como restricción competitiva a su comportamiento. Esta restricción competitiva puede provenir de la existencia en el mercado de otros productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables (sustituibilidad por el lado de la demanda) o de la existencia de otros oferentes dispuestos a dedicar con inmediatez sus recursos a la oferta de dichos productos y servicios (sustituibilidad por el lado de la oferta)”*.

Fuera del ámbito del control de concentraciones, también en materia de procedimientos sancionadores por prácticas restrictivas de la competencia (colusión o abuso de posición dominante), cuando los mismos se inician por denuncia, el Art. 25.2.c) del mismo Reglamento de Defensa de la Competencia exige como contenido de dicha denuncia la identificación del mercado relevante y, por ende, la definición del mercado de producto pertinente.

La individualización del mercado relevante, tanto de producto como geográfico, es por todo ello esencial en el análisis de las operaciones de concentración empresarial y de las prácticas restrictivas con relevancia desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, al ser el punto partiendo del cual podrá medirse el impacto de dichas operaciones o prácticas en términos de obstaculización o no de la competencia efectiva.

Las razones de lo anterior son obvias y se hallan, constantemente, presentes en los diversos textos doctrinales. Por todos, puede verse a Juan Briones/Jaime Folguera/Andres Font/Edurne Navarro (*“El Control de Concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CEE 1310/97”*. Marcial Pons 1999 (pág. 116): *“Obviamente, una definición de mercado en la que no se tienen en cuenta todos los productos sustitutivos o en la que se considera una dimensión geográfica demasiado estrecha, llevará a una apreciación incorrecta del impacto de la concentración porque: i) o bien se llega a cuotas de mercado elevadas y a ignorar la fuerza competitiva de otras empresas (en este caso se obstaculizarán concentraciones que pudieran presentar un alto componente procompetitivo en un mercado real más amplio; ii) o bien se ignoran efectos horizontales entre las partes, que sí resultarían competidoras en un mercado real más amplio (en este último caso se autorizarían concentraciones sin examinar en profundidad una posible posición dominante en un mercado amplio)”*.

En lo que se refiere a la definición del mercado de producto pertinente, la idea esencial es la de la dificultad de aplicar a la difusión en abierto los criterios de la sustituibilidad de la demanda y de la oferta, dada la ausencia de relación comercial y de precios que incrementar; lo que, por otro lado, refuerza la idea de que el verdadero mercado es el de la publicidad televisada. Estas mismas dificultades, y por las mismas razones, se plantearían a la hora de aplicar criterios de elasticidad propia y elasticidad cruzada de la demanda.

Acaso, a las anteriores razones, cabría añadir la de encontrarnos ante un mercado de servicios, los de difusión televisiva o comunicación audiovisual lineal, más que de productos. P.e., el TDC, en *Carrefour/Promodés* (Informe C 52/00 de 4 de mayo de 2000), decidió prescindir del criterio de la sustituibilidad de la demanda. En concreto, decidió el TDC no primar este criterio porque el mismo estaba más centrado en la definición de mercados de

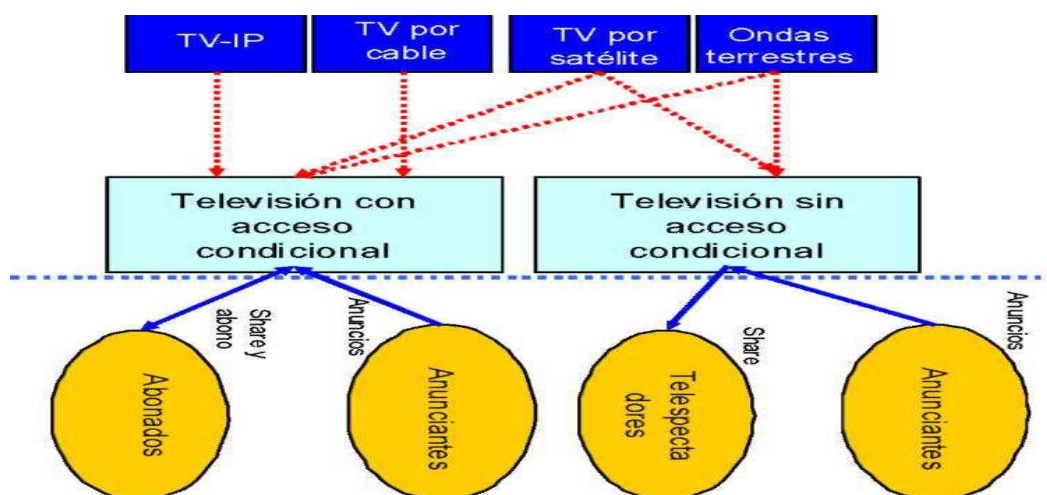
producto que de servicios, se concentraba en el factor de los precios y prescindía de otros parámetros relevantes y, en fin porque la prueba del IRSNTP no consideraba otras estrategias competitivas que podían ofrecer un mejor acercamiento a las cuestiones de definición del mercado.

En este sentido, como observa Martínez del Peral Cagigal I. (“*La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas*”. GJ 1993. D-20, Pág. 53), la ausencia de datos estadísticos completos sobre la reacción de los consumidores ante un IRSNTP es lo que ha conducido a la Comisión a determinar en muchas ocasiones el haz de productos que integran un mismo mercado más sobre la base de criterios cualitativos, como las características de los productos, uso previsto, etc., que cuantitativos (estadísticas sobre desvíos de la demanda ante incrementos de precios). Lo anterior no ha sido ajeno a las críticas de la doctrina (Damián Neven, Robin Nuttall y Paul Seabright: “*Merger in daylight: The economics and politics of merger control in Europe*”; *Centre for Economic and Policy Research*; Londres, Junio 1993, pp. 96-101; Romano Subiotto y Mario Siragusa: “*El control europeo de las operaciones de concentración de empresas*”; *Gaceta Jurídica de la CE*; Marzo 1992, pág. 49).

Para la autora recién citada, las *características físicas* y el uso previsto deben ser el punto de partida en la definición del mercado de producto pertinente. En este sentido se refiere al asunto *Tetra Pak/Alfa-Laval* (decisión de 22 de julio de 1991, asunto IV/M068), donde la Comisión entendió que las máquinas de envasado aséptico a base de plástico y vidrio no eran sustitutivas de las máquinas de envasado aséptico que empleaban cartón (p.e., por las diferencias de sabor entre los líquidos envasados por unas y otras). En el caso de servicios resultará más complicado hablar de características “físicas”: en su Decisión sobre concentración de Líneas Aéreas [*Delta/Pan Am* (13-IX-1991), *Air France/Sabena* (5-X-1992), *British Airways/TAT* (27-XI-1992), *British Airways/Dan Air* (17-II-1993)] la Comisión entendió como elemento de sustituibilidad y, por ende, del mercado relevante, la capacidad de hacer llegar al pasajero a su destino final en un tiempo equivalente, con independencia de los trayectos.

Aplicando al mercado de la difusión estos otros factores habitualmente utilizados por las autoridades de la competencia para la identificación del mercado de producto, el del uso previsto no permitiría diferenciar entre TV de pago y TV en abierto, al ser, en ambos casos, servicios dirigidos a satisfacer las necesidades de ocio de los telespectadores. Si permitiría, en cambio, esa diferenciación el de las características de los servicios, sobre todo por la inclusión dentro de los servicios de pago de contenidos *Premium* deportivos o cinematográficos.

Y, respecto de los sistemas de distribución, pese a que, normativamente, está ya prevista la posibilidad de la TDT de pago, aún hoy puede sostenerse que la plataforma terrestre se vincula, principalmente, a la TV en abierto, mientras que las de cable, ADSL y satélite se relacionan, sobre todo, con la TV de pago. La situación queda bien reflejada en el siguiente esquema de la CMT (resolución de mayo de 2009):



Por otra parte, para la Comisión, la existencia de unos obstáculos reglamentarios o barreras normativas de entrada muy fuertes y definidas, pese a que, como vimos, se trata de una cuestión inicialmente vinculada más a la evaluación del juego de la competencia en el mercado definido (competencia potencial) que a la delimitación de éste, puede contribuir a la definición del mercado de producto pertinente.

En este sentido, basándonos en la situación existente en nuestro país, el planteamiento ha sido el de vincular la TV en abierto a las ondas hertzianas y la TV de pago a las plataformas de cable (ADSL incluido) y satélite. Partiendo de lo anterior, se observa que las barreras normativas de entrada asociadas a la exigencia de título habilitante siguen siendo hoy mucho más acentuadas en España con relación a la TV en abierto que a la de pago. En efecto, en tanto que la configuración de la TV en abierto sobre ondas terrestres es hoy la de un servicio de interés general sujeto a licencia, veremos que la TV de pago, aún siendo también un servicio de interés general, sólo exige una comunicación fehaciente a la autoridad audiovisual competente previa al inicio de la actividad. La situación anterior a la LGCA era la de que, para la prestación de servicios televisivos en abierto a través de las ondas hertzianas, era necesaria concesión por razón de servicio público, mientras que, para la prestación de servicios de TV de pago a través del resto de plataformas, bastaba con una simple autorización.

Este factor de la diferente naturaleza de las barreras de entrada, sólo que derivándolo hacia todo lo concerniente a la estructura de la oferta, fue citado, p.e., por el TDC como uno de los criterios para diferenciar los mercados de la TV en abierto, suministrada por organismos de radiodifusión con concesión administrativa para la prestación del servicio público televisivo y, de la TV de pago suministrada por difusores titulares de títulos habilitantes con una menor carga de intervención administrativa en el caso de *Canal Satélite Digital* (*Vid Infra*).

En cuanto a la delimitación del mercado geográfico de referencia, conforme a la misma Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997, el mercado geográfico de referencia vendrá a estar constituido por “aquella zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que

puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

Los planteamientos de la Comunicación de la Comisión a este respecto quedan también confirmados por las definiciones de mercado de producto y geográfico que se manejan en la Sección 6 del Anexo I (“Formulario relativo a la notificación de operaciones de concentración”) del Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004 por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30.4.2004, p. 1) y en el Art. 9.7 del propio Reglamento 139/2004. Este último precepto matiza en relación con la evaluación del mercado geográfico de referencia que *“esta evaluación debe tener en cuenta, en particular, la naturaleza y las características de los productos y servicios de que se trate, la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables en las cuotas de mercado de las empresas o en los precios”.*

Dentro del ordenamiento jurídico español, aún cuando en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, no se establecen parámetros de definición del mercado geográfico de referencia, sí lo hace el citado Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008. En concreto, la Sección 5.ª del formulario de notificación es la que se dedica a la definición del mercado y, dentro de ella, su apartado 5.3.2, tras incorporar una afirmación genérica coincidente con la de la Comunicación de la Comisión, dispone: *“Entre los factores que intervienen a la hora de determinar el mercado geográfico cabe citar la naturaleza y las características de los productos y servicios en cuestión, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores, la existencia de diferencias apreciables en las cuotas de mercado de las empresas en zonas geográficas próximas y la existencia de importantes diferencias de precios u otros factores pertinentes”.*

En general, las autoridades españolas de la competencia se ajustan bastante a los criterios de la Comisión en punto a la delimitación del mercado geográfico y así, p.e.: **(i)** en *Nestlé/Conelsa and Cofralim* (Informe C 15/94 de enero de 2005) se limitó el TDC a remitirse a los criterios que la Comisión había sentado en sus decisiones relativas a los asuntos *Nestlé/Italgel* (IV/M.362; decisión de 15 de septiembre de 1993) y *Unilever France/Ortiz Miko* (IV/M.422; decisión de 15 de marzo de 1994), definiendo como nacional el mercado de los helados; **(ii)** en *Interflora* el TDC ajustó también su decisión (Decisión 438/98, de 29 de julio de 1999) a la práctica europea a la hora de delimitar el mercado geográfico de referencia.

Hechas estas consideraciones, las mismas dificultades expuestas más arriba en la definición del mercado de la TV en abierto para aplicar la prueba del monopolio hipotético pueden ser salvadas acudiendo a ciertos elementos de prueba, citados en la Comunicación de la Comisión sobre ese particular de la definición de mercados y relacionados con aspectos lingüísticos y culturales que permiten inferir su dimensión no superior a la nacional. En efecto, se refiere la Comisión al elemento de prueba conformado por las “características básicas de la demanda”. Los perfiles de la demanda del producto en cuestión pueden, en casos, ser ya bastantes para precisar el mercado geográfico de referencia cuando se basa en factores como, Vg., las preferencias nacionales, el idioma, la cultura, el estilo de vida o la necesaria presencia local del producto en cuestión.

En cuanto a la existencia de cadenas en abierto de ámbito inferior al nacional, autonómico (Ley 46/1983, ya derogada por la LGCA) o local (Ley 41/1995, también derogada), las mismas no dejarían de pertenecer a un mismo mercado de dimensión nacional, para lo que podrían aplicarse criterios de sustitución en cadena: p.e. una cadena autonómica A no competiría directamente con otra también autonómica B, pero al competir ambas con otra cadena C de ámbito nacional cabría sentar que todas forman parte de un único mercado.

En su Informe N-03023 relativo al asunto *Kort Geding/Antena 3TV* de 13 de junio de 2003 sentó el Servicio de Defensa de la Competencia que el mercado de la TV en abierto debía limitarse a fronteras nacionales porque **(i)** su marco legal viene establecido por la legislación nacional, **(ii)** las preferencias de los consumidores son las mismas en todo el territorio nacional y **(iii)** en España, el español es usado y entendido en todo el territorio nacional. Sin embargo, añadió el Servicio que en casos específicos puede parecer que lleguen a existir otros mercados más reducidos, esencialmente de nivel autonómico, debido a la existencia de diferentes lenguas y, probablemente, de preferencias particulares o específicas de los consumidores. Sin embargo, entendió el Servicio que, en cada Comunidad Autónoma, la TV en abierto era facilitada por un único canal autonómico y varias cadenas de ámbito nacional aplicándose parecidas condiciones de competencia. La homogeneidad de las preferencias de los consumidores no sugería la existencia de un mercado más reducido que el nacional.

De otro lado, aún cuando en la Comunicación citada se aluda a que el proceso de integración comunitario puede, en ocasiones, dar lugar a un mercado geográfico de dimensión europea, no parece que sea este el caso de la TV en abierto, en el que, pese a la Directiva de TV sin fronteras (hoy de Servicios de Comunicación audiovisual) y al desarrollo de cadenas que son recibidas en Estados vecinos al de la sede del difusor, la existencia de esas diferencias lingüísticas y culturales dificultan la aparición de mercados supranacionales.

En este sentido, cabe observar como la Directiva del Parlamento y del Consejo 2006/123/CE, de 12 diciembre, sobre Libre prestación de servicios en el mercado interior [LCEur\2006\3520; DOL 27 diciembre 2006, núm. 376, (pág. 36, Núm. Págs. 33)] excluye de su ámbito de aplicación (ver número 24 del Preámbulo y Art. 2) “*los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión*”. Y, en idéntico sentido, la Exposición de Motivos y el Art. 2 de la Ley 17/2009, de 23 noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio [(RCL\2009\2256; BOE 24 noviembre 2009, núm. 283, pág. 99570)].

iv) Sobre el entorno normativo del mercado de los telespectadores

Con relación al entorno normativo dentro del cual se desenvuelve el mercado de la difusión televisiva en abierto, pasamos a enunciar las que podrían ser las principales conclusiones, distinguiendo en función de que nos encontremos ante el ordenamiento jurídico comunitario o ante el nacional español.

Dentro del europeo, lo más destacable es la existencia de una norma, la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual (antes, de Televisión sin fronteras), en su versión de 2010 (ver más arriba), de una importancia indudable con relación al juego de la competencia dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores desde el mismo momento en que su objetivo primordial es el de suprimir las trabas a la libre circulación de los servicios de difusión televisiva dentro del mercado común. Este objetivo llevado a su máxima expresión

tendría que conducir a un replanteamiento de la dimensión nacional del mercado geográfico de referencia correspondiente a los servicios de TV en abierto para hacerlo continental europeo. La Directiva es, por otra parte, una norma de mínimos que permite a los estados miembros la adopción de condiciones más estrictas que las previstas en su articulado.

Por otro lado, el sentido de la modificación de la antigua Directiva de Televisión sin fronteras, ha sido el de ampliar su ámbito de aplicación para dar cabida a los llamados “servicios de medios audiovisuales no lineales”, los cuales se relacionan más bien con el mercado de la TV de pago. Lo anterior no sólo por razones técnicas - tales servicios se basan en una interactividad que a día de hoy no ofrece la plataforma terrestre -, sino también por el dato de tratarse de servicios en los que el usuario decide el momento en que se transmite un contenido específico sobre la base de una oferta de contenido seleccionada por el prestador de servicios de medios, planteamiento que reconduce más bien a los servicios de pago.

En lo que concierne al entorno normativo nacional dentro del cual se inscribe el mercado de la difusión televisiva en abierto, lo más destacable podría ser lo que pasamos a exponer. En primer lugar, su adaptación a las exigencias de la vieja Directiva de TV sin fronteras fue operada por la Ley 25/1994, de 12 de julio. Tras la entrada en vigor de la Ley General de Comunicación audiovisual de 2010 se ha llevado a efecto esa misma adaptación de nuestro ordenamiento al nuevo contenido de la nueva Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual (la nueva Ley ha supuesto también la derogación formal de la Ley 25/1994).

En segundo lugar, del bloque normativo conformado por la Ley 10/1988 de la TV privada y por la Ley 17/2006 de la TV de titularidad pública podían deducirse las siguientes conclusiones: **(a)** que se mantenía la configuración legal de la TV en abierto sobre plataforma terrestre (*free to air Tv*) como servicio público, con independencia de que el organismo de radiodifusión que los prestase fuera público (Corporación o Ente público *RTVE*) o privado (p.e. *Telecinco*); y **(b)** que, sin dejar de ser cierto lo anterior, comenzaba a abrirse paso la idea implícita en el protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam de que no toda actividad desarrollada por *Corporación RTVE* era TV de servicio público, sino sólo la que cumpliese ciertas exigencias (Vg., la promoción de valores constitucionales), y que sólo para esta última estaban justificadas las ayudas públicas. Estas últimas referencias de la Ley 17/2006 se han visto, sin duda, completadas por las del Art. 9 de la Ley 8/2009 de Financiación de la Corporación RTVE, en el cual se enumeran una serie de Obligaciones adicionales de servicio público (ver más arriba).

En tercer y último lugar, de la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual, lo más destacable sería no sólo la atenuación del grado de intervención administrativa ejercida sobre la TV en abierto sobre ondas terrestres, para los que se sustituye la exigencia de concesión por la de una simple licencia, sino además que TV de servicio público será sólo la que desarrollen los entes públicos estatales, autonómicos y locales o, dicho de otra manera, que no cabrá la gestión indirecta del servicio público televisivo por entes privados. A este respecto, hay que seguir remarcando la excepción, que se viene mencionando, operada a través de la Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos. La pretensión de la LGCA es la de postularse como auténtico Código Audiovisual, absorbiendo y sistematizando el contenido de una legislación audiovisual dispersa o desfasada que pasa a ser derogada (tal ha sido también el caso de la Ley 10/1988).

Además, en los previos de la LGCA, ya puso de manifiesto la CNC ciertas observaciones sobre ciertos puntos candentes del Proyecto. Por una parte, frente a la pretensión del mismo Proyecto de Ley de imponer a los operadores de comunicaciones electrónicas un deber generalizado de *carrier*, es decir, de transportar a través de sus redes los contenidos audiovisuales, y de acceso, en el sentido de permitir el acceso a sus redes por parte de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual que quisieran actuar simultáneamente como operadores de comunicaciones electrónicas, la CNC (ver más arriba) apuntó que con carácter *ex ante* lo anterior sólo podría tener lugar en casos muy significados y que, fuera de ellos, tal imposición sólo podría realizarse *a posteriori*, en el marco de los procedimientos de que debían conocer las autoridades de la competencia. En general, toda esta cuestión se salvó y saldó en el texto definitivo de la LGCA con una remisión a la normativa de comunicaciones electrónicas.

En cuanto a los códigos de autorregulación pactados entre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, la CNC advirtió de que, como los mismos podían llegar a entrañar colusión, las facultades del CEMA en su aprobación debían entenderse sin perjuicio de las que hubieran de corresponder a las autoridades de la competencia. Finalmente, hubo también de insistir la CNC, y en esto sus observaciones fueron atendidas en el texto definitivo de la LGCA, en que el control y autorización de concentraciones de prestadores de servicios de comunicación audiovisual eran de su exclusiva competencia sin perjuicio de las facultades del CEMA para informar al respecto.

Respecto al control de la función de servicio público y la supervisión de que los contenidos que se fueran integrando en la misma no llegaran a suponer falseamiento de la competencia, en el texto definitivo de la LGCA se mantienen en manos del CEMA; ello, a pesar de las reticencias puestas de manifiesto por la CNC, que insistía en su informe en que las facultades de la autoridad audiovisual no cabría que se extendieran a vigilar el juego de la competencia en los mercados, siendo esta una prerrogativa de las autoridades de la competencia nacionales y comunitarias.

Dejando atrás estas valoraciones de la CNC, en la nueva LGCA podría revestir un especial interés la definición del servicio público de comunicación audiovisual contenida en su Art. 40 (ver más arriba), la cual se vincula al fomento de principios y valores constitucionales, del pluralismo ideológico, de la diversidad cultural y lingüística de España, de las artes y de la cultura. E, igualmente, serían importantes las previsiones sobre el desarrollo y control de este servicio público incluidas en el Art. 41, recordemos, que los objetivos generales de la función de servicio público serán establecidos normativamente por las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y los órganos de gobierno de las Corporaciones Locales por un periodo de nueve años, en tanto que su desarrollo, la identificación de los contenidos concretos de servicio público y la fijación de los porcentajes de programación asignados a los mismos se llevarán a cabo para plazos inferiores por la autoridades audiovisuales competentes.

Además, se introducen en la LGCA mecanismos para garantizar que los recursos públicos no puedan ser destinados a sostener actividades ni contenidos ajenos al cumplimiento de la función de servicio público. Así, la definición de los objetivos generales de la función de servicio público irá acompañada de la fijación de las reglas para la determinación del coste neto del servicio público, de modo que la financiación pública que exceda del coste neto o bien deberá reintegrarse o bien imputarse a ejercicios posteriores. A los anteriores efectos, se impone el mantenimiento de cuentas separadas para las actividades de servicio público y se

ordena también la progresiva separación estructural para dichas actividades. Finalmente, otras restricciones importantes son las que derivan de la prohibición de toda forma de publicidad en la televisión pública de titularidad estatal.

La conclusión esencial sería pues la ya apuntada en algún otro lugar de que la noción de servicio público se encuentra en retroceso dentro del mercado español de la TV en abierto sobre ondas hertzianas por un doble motivo: **(a)** porque TV de servicio público tiende a ser sólo la protagonizada por los entes públicos de difusión (no ya por los privados; sin perjuicio de la excepción de alcance autonómico introducida por la reforma de la LGCA de 2012); y **(b)** porque no toda actividad televisada desarrollada por esos entes públicos podrá llevar la etiqueta de servicio público, sino tan sólo la que se ajuste a ciertos parámetros (promoción de la cultura, del pluralismo, etc.). Con relación a este último extremo, venía pidiendo la doctrina (Vg. Muñoz Saldaña; *Vid Supra*) que terminasen de definirse esos parámetros y está por ver si la sistemática que se acaba de referir de la LGCA llega a estar a la altura de las circunstancias.

El informe preparado por el Catedrático de Periodismo Luis Núñez Ladeveze a instancias de la *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)* sobre el grado de cumplimiento de la función de servicio público por las dos cadenas de TVE (Madrid, 23 de junio de 2008) revelaba que el 42,6 % de los contenidos de la programación de la primera cadena de TVE (*La 1*) y el 31,6 % de *La 2*, no se correspondían con su carácter de servicio público. No podían perderse de vista, no obstante, los intereses comerciales de quienes encargaban dicho informe.

Partiendo de las dificultades de lo anterior, otro planteamiento más posibilista podría haber sido el de definir qué es lo que “no” debe ser considerado servicio público, es decir, y por ejemplo, presumir como de servicio público toda la programación de RTVE con exclusión de ciertos contenidos que habría que ir tasando (Vg., *reality shows* o los denominados “programas del corazón”) o, al menos, completar la identificación en positivo de los mandatos marco con esa otra identificación en negativo, hasta llegar a un punto en el que ambos caminos se cruzasen o encontrasen. Esta opción, aún ahora, bien podría actuar como complementaria de la prevista legalmente.

v) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de los telespectadores (televisión en abierto)

El análisis estructural del mercado español de la TV en abierto se plantea, sobre todo, con respecto a los casos de concentración de empresas que pudieran llegar a producirse dentro del mismo.

A diferencia de lo que sucede en los casos de prácticas restrictivas (colusión o abuso de posición dominante), en los que las autoridades de la competencia deben analizar un mercado en el que dichas restricciones han dejado ya sentir sus efectos - se enfrentan al caso con “perspectiva”-, en los de concentración de empresas, esas mismas autoridades deben examinar un mercado en el que dicha concentración, para la que las partes de la misma piden autorización, no ha llegado aún a materializarse; la forma de afrontar el caso es la “prospectiva”. Lo anterior determina que en estos casos de concentración pueda diferenciarse entre un escenario que podríamos denominar pre-concentración, más centrado en la estructura del mercado, y otro que también podríamos llamar post-concentración, más referido a la evaluación del juego de la competencia en ese mismo mercado.

En parecido sentido, afirma la Comisión (considerando 20 de sus Directrices sobre concentraciones no horizontales; *V. Infra*): “Para evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia, la Comisión compara las condiciones competitivas que se derivarían de la concentración notificada con las condiciones que prevalecerían de no producirse la concentración. En la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la concentración constituyen la referencia comparativa pertinente para evaluar los efectos de una concentración”. Siendo así que, en aquellos casos en que la concentración ya ejecutada no hubiera sido notificada a las autoridades de la competencia, éstas “procederían a evaluarla habida cuenta de las condiciones de competencia que habrían imperado de no ejecutarse la concentración” (V. nota al pie N.º 15 de las mismas Directrices).

Con ser la anterior la regla general, admite también la Comisión (*Ídem* Considerando 20 de las Directrices y nota al pie n.º 16): “Sin embargo, en determinadas circunstancias, la Comisión puede tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado. A la hora de considerar cuál es la mejor comparación, la Comisión puede tener en cuenta, en particular, las posibles entradas de empresas en el mercado, o las salidas, en el supuesto de que no se produjera la concentración. La Comisión puede tener en cuenta la futura evolución del mercado que es fruto de los cambios inminentes en la normativa” [...] “Esto puede ser particularmente apropiado cuando se espera que la competencia efectiva aparezca en el futuro a consecuencia de la apertura del mercado. Véase por ejemplo el asunto COMP/M.3696 — E.ON/MOL (2005), apartados 457 a 463”.

Y, efectivamente, en determinadas circunstancias, dichas autoridades han llegado a tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado (Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 98/526/CE en el asunto IV/M.950 - *Hoffmann La Roche/Boehringer Mannheim*, DO L 234 de 21.8.1998, p. 14, considerando 13; así como los asuntos IV/M.1846 - *Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham*, puntos 70-72; y COMP/M.2547 - *Bayer/Aventis Crop Science*, punto 324 y ss.). Entre esas determinadas circunstancias destaca la previsión de salida o de entrada de empresas en el mercado pertinente (Véase, p. ej., el asunto T-102/96, *Gencor/Comisión*, Rec. [1999] II-753, apartados 247-263).

Con el análisis de la estructura del mercado español de la TV en abierto, normalmente, de lo que se tratará es de determinar cuál es su estructura y dimensión actuales, fijando las cuotas correspondientes a cada uno de los operadores que actúan en el mismo.

A los efectos de facilitar el análisis del mercado por parte de las autoridades de la competencia, en la Sección 7 del formulario recogido en el Anexo I del Reglamento 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento 139/2004 del Consejo sobre control de concentraciones (“Reglamento de Aplicación”) se impone a las partes notificantes el deber de consignar los siguientes datos referidos al horizonte de los tres años anteriores a la notificación: **(a)** la dimensión global del mercado de producto afectado partiendo del volumen y el valor de las ventas; **(b)** el valor y el volumen de las ventas de cada una de las partes de la concentración con expresión de la cuota de mercado correspondiente a cada una de ellas; **(c)** estos mismos datos pero referidos a aquellos de sus competidores que controlen un 5 % o más de cada mercado geográfico considerado.

En la Sección 8 de ese mismo formulario, bajo la rúbrica de “*Condiciones generales de los mercados afectados*”, se exige a las partes de la concentración describir la estructura de la oferta en los mercados afectados (Vg.: redes de prestación de los servicios y sistemas de distribución, capacidad de producción de las partes a lo largo de los últimos tres años o previsión de lanzar algún producto novedoso) y de la demanda [Vg.: cinco principales clientes independientes de las partes, fase del mercado (nacimiento, expansión, madurez o declive) y tasa de crecimiento de la demanda, concentración o fragmentación de la clientela, descripción del cliente tipo, acuerdos de distribución en exclusiva o porcentaje de demanda procedente del sector público].

Si acudimos al ordenamiento jurídico español, el Capítulo III del Título IV de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, es el que se ocupa del Procedimiento de control de concentraciones económicas. Sus previsiones a este respecto se desarrollan en el Capítulo III del Título II del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. En el Anexo II del Reglamento se incorpora el formulario ordinario de notificación de concentraciones económicas y es en la sección 6.ª donde se prevé la incorporación de información sobre dimensión del mercado, cuotas disfrutadas por las partes y competidores, estructura de la oferta y de la demanda, etc., similar a la que acabamos de referir en relación con el ordenamiento comunitario.

El criterio del volumen de ventas (número de unidades vendidas de cierto producto) puede ser sustituido por el del valor de dichas ventas (cantidad de dinero obtenida en las mismas) cuando éstas se realizan bajo cierta marca y no “a granel”; lo que supone, en definitiva, ponderar el valor de la marca a la hora de determinar la cuota de mercado correspondiente a quien se vale de la misma en el mercado.

En lo que concierne al análisis del “mercado” de la TV en abierto, lo usual en las resoluciones de las autoridades de la competencia es fijar las cuotas de mercado de los diferentes operadores atendiendo a sus niveles de audiencia (*share*). Otra opción pudiera ser la de centrar la atención en el valor de sus ventas en el mercado de la publicidad televisada, es decir, en las cantidades de dinero obtenidas de los anunciantes como contraprestación por la inserción de sus anuncios dentro de la parrilla de programación; lo que supondría ya instalarnos dentro del mercado de la publicidad televisada. En cualquier caso, no parece que el criterio del volumen de las ventas (número de unidades vendidas; *Vid Supra*), expresada, Vg., en minutos de publicidad vendidos, revista una especial utilidad, entre otros motivos, por el peso de la marca (para un anunciante, p.e., no será lo mismo anunciarse en *Antena 3* que en *Telecinco*).

En lo demás, esa fijación de cuotas será lo que permita definir si el mercado de la TV en abierto es un mercado concentrado o no (IHH) y, en el primer caso, si presenta los caracteres de monopolio, duopolio u oligopolio. El IHH expresa el grado de concentración en el mercado, otorgando proporcionalmente un mayor peso a las empresas cuyas cuotas de mercado son más elevadas, y resulta de sumar los cuadrados de esas mismas cuotas de mercado correspondientes a las distintas empresas presentes en el mismo.

Un IHH de 10.000 expresa el monopolio puro y uno de 0 un mercado atomizado a escala infinita. Respecto a lo primero, realmente, los economistas entienden que el monopolio perfecto es sólo una entelequia, pues siempre existirá algún tipo de producto sustitutivo más o menos próximo al de referencia, y, si no existe, se inventará, cuando los incentivos para hacerlo sean lo suficientemente altos (Casas Pardo: “*Curso de economía*”. Madrid, 1981,

pág. 524, 525 y 526; Lipsey Richard, G.; Christal, Alec K.: “*Introducción a la economía positiva*”, Barcelona: Vicens Vives, cuarta edición, 1990, págs. 415; etc.). Respecto a la segunda opción, se considera que hay competencia perfecta cuando en un mercado la demanda y la oferta están atomizadas, los productos son homogéneos, no hay barreras a la entrada o salida, y existe plena transparencia (Jacquemin: “*Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa*”, Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980, pág. 12).

Si concretamos las anteriores reflexiones de carácter más o menos general, tomando como ejemplo la situación del mercado español de la TV en abierto entre 2003 y 2006, tendríamos lo siguiente. La dimensión global del mercado por valor de ingresos de las cadenas de TV en abierto vino a situarse en ese año 2003 en 3.711 millones de euros de los que 2.049 correspondieron a publicidad y 1.455 a subvenciones (Fuente CMT). El principal sistema de distribución de la TV en abierto en nuestro país sería, como se viene repitiendo, la plataforma de ondas terrestres.

Los datos de audiencia (cuotas de mercado), según *Infoadex*, correspondientes a tres años después (2006) fueron los siguientes: *TVE* (un 23,1 %), *Tele 5* (un 21,2 %), *Antena 3* (un 19,4 %), Cadenas Autonómicas (un 15,4 %), *Cuatro* (un 6,4 %) y *La Sexta* (un 1,8 %). Estas cuotas de mercado arrojarían un IHH de 1.640 aproximadamente, lo que permitiría calificarlo como moderadamente concentrado con arreglo a los parámetros manejados por la Comisión en sus Directrices sobre Concentraciones horizontales.

Se trataba de un mercado con tendencia natural al oligopolio (pocos oferentes), siendo la razón fundamental de lo anterior la existencia de fuertes barreras normativas y económicas de entrada asociadas a la necesidad de contar con títulos habilitantes para la difusión televisiva. La racionalización del espectro asociada a la digitalización y la entrada de nuevos operadores (*Cuatro* y *La Sexta*) tendrían que contribuir a paliar esa situación, así como la supresión en la LGCA de la exigencia de concesión de servicio público y la imposición de una simple licencia (aunque la necesidad de concesión persista por razón de dominio público espectral). Así, por ejemplo, el estudio elaborado por *Deloitte* y presentado por la *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)* el 6 de noviembre de 2007, informaba de una reducción de la rentabilidad de las televisiones privadas, en abierto o de pago, en 2006. El Ebitda de las televisiones en abierto cayó en 2006 un 9,1 % respecto de 2005; en el caso de las de pago, se recortó un 12,3 %.

Se trataba de un mercado donde la existencia de ese corto número de competidores podía facilitar la colusión. Además cabría catalogarlo como un mercado maduro. En cuanto a la estructura de la demanda, si por tal tenemos al conjunto de televidentes repartidos por todo el territorio nacional, sería fragmentada y dispersa.

Además sería un mercado en el que el papel de firma díscola (*maverick firm*) estaba llamada a desempeñarlo, sobre todo, *La Sexta*, necesitada de ganar cuota de mercado frente al resto de operadores mucho más acomodados, en el caso de *Cuatro*, más por su vinculación estructural a la cadena de TV de pago *Digital Plus*, que por disfrutar de una elevada cuota dentro del mercado de la TV en abierto.

Este de la firma díscola es un concepto desarrollado por las US *Horizontal Merger Guidelines* de 1992, sección 2.12. Según la doctrina antitrust norteamericana, la desaparición de este tipo de competidores incrementa notablemente el riesgo de colusión en los

oligopolios. P.e., en *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* (decisión 2.10.1991, asunto IV/M.053), *De Havilland* tenía previsto desarrollar un avión de 60 plazas llamado a competir directamente con los de *Aérospatiale-Alenia*. La desaparición del mercado del competidor como operador independiente habría liberado a esta última de la presión del operador con una mayor capacidad para disciplinar su comportamiento en el mercado (V. Briones, J. y otros; “*El control de concentraciones...*”; Op. Cit.; Pág. 170).

Siguiendo con el análisis del mercado español de la TV en abierto, ateniéndonos a los datos sobre cuotas de mercado reflejados más arriba, no cabría apreciar en el mismo posiciones dominantes individuales, toda vez que, para la Comisión, dicha posición dominante individual sólo cabe plantearse a partir de cuotas del 25 %. Con ser cierto lo anterior, cabría, no obstante, teorizar con la posible existencia de posiciones dominantes colectivas, cuando dos o más cadenas en abierto actuarán del mismo modo que si tuvieran una posición dominante individual, sin mediar entre las mismas una competencia efectiva y aún cuando no pudiera llegar a probarse la existencia de vinculación entre ellas. Al margen de esto, claramente, varias de dichas cadenas (Vg. *Tele 5* o *Antena 3*) disfrutarían de poder de mercado individual, teniendo en cuenta que éste no tiene que ser tan intenso como para llegar a traducirse en posición dominante.

v) Sobre la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de los telespectadores (televisión en abierto)

(1) Ante concentraciones de empresas

Bajo éste epígrafe y los siguientes, haremos una evaluación de la posibilidad de que en el mercado español de la TV en abierto lleguen a plantearse concentraciones, horizontales o no horizontales (verticales o conglomerales) de empresas o prácticas restrictivas de la competencia (colusión o abuso de posición dominante). Ciertamente, lo anterior exige el esfuerzo de formular hipótesis de trabajo al margen de los casos concretos a los que nos hemos ido refiriendo, y sobre los que volveremos:

Empezando por la concentración horizontal, la misma llegaría a darse en el caso de que dos, o más, operadores españoles de TV en abierto llegarán a protagonizar una fusión para dar lugar a una nueva entidad integrada o también cuando varias empresas crearan una empresa en participación de carácter concentrativo para actuar en el mercado español de la TV en abierto [sobre política de la Comisión en materia de empresas en participación: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 3; Págs. 65 y Ss; sobre los conceptos de fusión económica, adquisición de control y empresa común como operación de concentración puede verse Bello Martín-Crespo, P.; “*Concentración de empresas de dimensión comunitaria*”; Pamplona, 1997; Aranzadi; Caps. III (“*La Fusión Económica*”), IV (“*La Adquisición de Control*”) y V (“*La Empresa Común como Operación de Concentración*”), Págs. 181 y Ss; sobre estos mismos conceptos, Calvo Caravaca A. L.; Goñi Urriza N.: “*El control de las concentraciones de dimensión europea*”; Madrid, 1999; Universidad Carlos III-BOE, Cap. IV, Págs. 203 y Ss.).

La principal importancia del análisis estático o estructural del mercado radica en el dato de ser el escenario sobre el que habrá que proyectar mentalmente la operación de concentración notificada a fin de poder evaluar los efectos de ésta sobre el juego de la competencia y el

riesgo de que, de dicha operación, puedan derivarse restricciones a ese mismo juego de la competencia. Esto último más bien corresponde a lo que hemos llamado escenario post-concentración, y que resulta necesario definir aplicando una visión prospectiva. Para estas tareas el punto de partida debe ser el de que los beneficios de una competencia efectiva para los consumidores y clientes crecen en proporción inversa al poder de mercado de los proveedores y se traducen en la existencia de una amplia e innovadora oferta de productos de calidad a precios razonables. *Sensu contrario*: la ausencia de competencia efectiva supondrá una congelación o reducción de la oferta, una rebaja de la calidad o una subida de los precios. Por simplificar, se suele hablar de la subida de precios como factor en el que se resumen todos los anteriores.

En parecido sentido, véase el considerando 10 de las Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [DO C 265 de 18.10.2008, p. 6/25 (2008/C 265/07)]: *“Una competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación. A través del control de las concentraciones, la Comisión impide las concentraciones que podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. En este contexto, por «incremento del poder de mercado» se entiende la capacidad de una o varias empresas de, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia”*.

La normativa europea sobre concentraciones, sobre todo el Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento de Concentraciones; DO L 24 de 29.1.2004, p. 1/22), se dirige a impedir aquellas concentraciones que puedan suponer una significativa obstaculización de la competencia, en particular, mediante la creación o refuerzo de una posición dominante que pueda degenerar en un abuso de la misma. De esta manera, y conforme a doctrina autorizada, la figura de la concentración tiende a vincularse a la institución del abuso de posición dominante.

En el ámbito del derecho de español, estas mismas previsiones se encontraban en el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrollaba la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas (BOE 18.1.2002). Este Real Decreto siguió en vigor hasta la aprobación de un nuevo texto reglamentario que lo sustituyera, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4.7.2007). Este último texto ha sido el aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, de aprobación del nuevo Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE 27 febrero 2008, núm. 50, pág. 11575). Éste se ajusta aún más, si cabe, que su predecesor al citado Reglamento europeo de Concentraciones.

No implica lo anterior que abuso de posición dominante y concentración sean concepto plenamente asimilables. Las relaciones entre ambos las resume bien la doctrina (Martínez Pérez Cagigal; Op. Cit.; Págs. 49 y Ss.): *“Si bien ambas disposiciones – reglamento de concentraciones y Art. 86 - comparten los mismos principios básicos, sus objetivos y metodología son en cierta medida diferentes. El Artículo 86 prohíbe el abuso de una posición dominante, un comportamiento resultante de una situación estructural que se ha llevado a cabo durante un período de tiempo en el pasado y que quizás continúa en el*

momento presente. Por consiguiente, el análisis habrá de seguir necesariamente tres pasos: la definición del mercado relevante (desde la doble perspectiva del producto y área geográfica), la valoración de la posición en el mercado de la empresa a la que se presume autora de una conducta abusiva y, únicamente si de este examen resulta que es dominante, el análisis de la supuesta conducta abusiva. En contraste con lo anterior el Reglamento de concentraciones exige valorar si una operación que todavía no se ha puesto en práctica traerá consigo la creación o el reforzamiento de una posición dominante a resultas de la cual se obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Ello implica que toda la valoración se centra en la estructura del mercado misma, y no enfocando hacia el pasado, sino hacia los efectos futuros de la operación en el mercado. Se trata pues de un análisis dinámico que consta únicamente de dos pasos: la definición del mercado y la valoración del poder futuro de las empresas partícipes en una operación de concentración determinada en dicho mercado”.

También el TJCE en el asunto “*Continental Can c. Comisión*”, de 21 de febrero de 1973, vino a establecer en su considerando 26 que “[...] *el grado de dominación así alcanzado obstaculizaría sustancialmente la competencia*”, dando a entender, de esta manera, que el grado de dominación que se pueda alcanzar, incluso a través de una operación de concentración podrá limitar de modo sustancial la competencia eficiente y de ahí la necesidad de proceder a su control.

Por otra parte, y con ser cierto todo lo anterior, la normativa de control de concentraciones no es del todo ajena al fenómeno de la colusión y, de hecho, una clase de efectos que las autoridades de la competencia deben ponderar a la hora de autorizar la concentración, de cualquier clase que sea, son los efectos coordinados, es decir, el riesgo de que como consecuencia de la misma llegue a crearse un ambiente propicio para la colusión o la concertación de acuerdos restrictivos entre las empresas que, con carácter independiente, permanezcan en el mercado tras la operación notificada.

Prescindiendo de hipótesis más complejas, lo que, más bien, pasaría por conocer las circunstancias del caso concreto, podríamos tomar la de la integración de dos operadores activos en el mercado español de la TV en abierto. En este caso, el mercado español de los telespectadores sería mercado de referencia en cuanto que “*ámbito en el que ha de evaluarse la posición que la nueva entidad surgida de la concentración ocupa en el mercado*”, noción ésta estrechamente relacionada con la de mercado pertinente de producto y geográfico cuya delimitación se estudió más arriba.

Como observan los autores (ver Fernández Vicién, C; Ortega Peciña, D.; Martínez Felix, C; Sabater Marotias, J.: “*Study in the area of Competition policy concerning the Definition of the Media Market. Spain. Report by Cuatrecasas for the European Comisión, Competition Directorate General*”; Bruselas 13 November 2003; Op. Cit.), el mayor o menor rigor y exhaustividad en la definición del mercado de producto puede venir condicionada por la naturaleza del asunto sometido al conocimiento de la autoridad de la competencia.

Al conocer de una determinada operación de concentración, se impone que la autoridad da la competencia opere con una visión prospectiva o *ex ante* frente al criterio, claramente *a posteriori*, de los casos de infracción (ya sea por prácticas colusorias o por abusos de posición dominante). Aunque esa anticipación no será tanta como la que, hemos visto, impera en los mercados de las comunicaciones electrónicas, en los que la autoridad nacional

de reglamentación puede tener que intervenir aun antes de que ni tan siquiera llegue a plantearse un caso de concentración.

Lo anterior motiva que las exigencias de una correcta delimitación del mercado de producto sean mucho más acentuadas en los casos de concentración para permitir una correcta valoración de cómo la operación notificada influirá en la estructura y grado de concentración del mercado; o lo que es igual, para definir el escenario sobre el que realizar una proyección ideal de la operación de concentración (ejemplos de lo anterior se encuentran en los siguientes dictámenes del TDC: *Roca/Laufen*, C 62/00, de 12 de febrero de 2001, *Grupo Correo/Prensa Española*, C 61/01, de 21 de diciembre de 2001 and *Repsol /Race* C 67/01 de 30 de noviembre de 2001). En cambio, en los procesos de infracción, las autoridades de la competencia operan sobre la base de un escenario real en el que una determinada práctica anticompetitiva ha dejado sentir sus efectos, por lo que se exige una menor motivación en lo relativo a la definición del mercado (véase el informe del TDC C 3458/99, *Máquinas Fotocopiadoras*, de 14 de enero de 1999).

Ante una concentración de empresas activas en el mismo mercado, el punto de partida será el de que la cuota de la nueva empresa será el resultado de sumar las cuotas individuales de las que participan en la concentración. También el Artículo 4 del Reglamento Español de Defensa de la Competencia (Cálculo de la cuota de mercado): “*A los efectos de lo previsto en los artículos 8.1.a) y 56.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, se entenderá, en todo caso que la cuota de mercado resultante de una operación de concentración en un mercado relevante será la suma de las cuotas de mercado en el mismo de las empresas partícipes en la operación*”.

La realidad práctica ha sido, como sabemos, la del planteamiento de la integración de *Cuatro* en *Telecinco*. La operación proyectada, finalmente autorizada por el CCNC, pasaba por que la nueva *Telecinco* integrara a *Cuatro* en su negocio e incorporará a *Prisa* como accionista, con un 18,37 % del capital bajo su control. Además, *Telecinco* adquiriría un 22 % de la plataforma televisiva de pago *Digital +*. La idea de *Telecinco* era la de trasladar a *Cuatro* su modelo de negocio para rentabilizar la fusión. *Prisa* controlaría tres canales digitales terrestres de los ocho que tendría el nuevo grupo: el actual de *CNN+* (para el que debería pagar un canon en concepto de alquiler de ancho de banda y producción ejecutivas) y dos emisoras más destinadas a desarrollar el negocio de televisión de pago (TDT de pago).

Este caso ha sido ya objeto de estudio en la resolución del CCNC. Por otra parte, a efectos expositivos nos parece más clarificador partir de la concentración horizontal de *Antena 3* y *Telecinco*, porque los efectos anticompetitivos de la concentración se pondrían aún más de manifiesto. Tomando las cuotas de mercado de ambos operadores en 2006 reflejadas más arriba la nueva entidad integrada tendría una cuota de mercado del 40,6 %.

En este sentido cabría referirse a la doctrina de la Comisión, conforme a la que cuotas por debajo del 50 % podrían dar lugar a posiciones dominantes si, por ejemplo, el resto de la oferta fuera débil o se encontrara muy fragmentada (Véase, p. ej., el asunto COMP/M.2337 - *Nestlé/Ralston Purina*, puntos 48-50). Es decir, que, a pesar de encontrarse la nueva entidad nacida de la concentración con una cuota de mercado por debajo del 50 % dentro del mercado de la TV en abierto, ello no tendría que determinar la aprobación sin más de la operación de concentración horizontal.

Teniendo en cuenta, además, en este caso, que el inmediato perseguidor en cuota de mercado de la concentrada, con esa cuota, como hemos visto, por encima del 40 %, sería RTVE, con una cuota muy alejada, en torno al 23 %. Era, p.e., evidente que los competidores no podían mantener esa presión competitiva en “*United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión*”, de 14 de febrero de 1978, donde el Tribunal mantuvo que una cuota de mercado de *United Brands* superior en una o dos veces a la de su competidor inmediato, unido a otros factores era prueba suficiente de su posición de dominio (Vid. STJCE en el asunto *United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión*, de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, Rec., 1978, p. 207).

Así las cosas, resultarían necesarias mayores indagaciones. Éstas podrían pasar por recurrir al IHH después de la concentración y a un parámetro autónomo del IHH, pero dependiente del mismo, a saber, el Índice Delta, que expresa la variación del grado de concentración derivado directamente de la concentración.

La Comisión explica este parámetro (nota al pie n.º 23 del Reglamento de Aplicación): “*El incremento del grado de concentración (medido con el IHH) puede calcularse independientemente de la concentración global del mercado duplicando el producto de las cuotas de mercado de las empresas que van a fusionarse. Por ejemplo, la fusión de dos empresas con cuotas de mercado del 30 % y el 15 %, respectivamente, aumentará el IHH en 900 puntos ($30 \times 15 \times 2 = 900$). La explicación de esta técnica es la siguiente: antes de la concentración, la contribución de las cuotas de mercado de las empresas que van a fusionarse al IHH equivale a la suma de los cuadrados de sus respectivas cuotas: $(a)^2 + (b)^2$. Después de la concentración, su contribución es la suma de estas cuotas al cuadrado: $(a + b)^2$, lo que equivale a $(a)^2 + (b)^2 + 2ab$. Por consiguiente, el incremento del IHH equivale a $2ab$ ”.*

Sin necesidad de analizar pormenorizadamente el mercado, la Comisión considerará que no se dan problemas de competencia horizontal en el mismo si después de la concentración su IHH es inferior a 1000. Será también improbable que la Comisión encuentre problemas de competencia horizontal en una concentración que dé lugar a un IHH de entre 1000 y 2000 y a un delta inferior a 250, o en una concentración que arroje un IHH superior a 2000 y un delta inferior a 150, salvo que se den circunstancias especiales como las siguientes:

- que se trate de una concentración en la que participe un operador potencial o recién incorporado al mercado con una pequeña cuota del mismo;
- que una o varias de las partes de la concentración sean innovadores importantes en un sentido que no quede reflejado en las cuotas de mercado;
- que haya un elevado volumen de participaciones cruzadas entre los operadores del mercado [precisamente, a las restricciones a la competencia que pudieran derivarse de estas participaciones cruzadas intentó poner remedio el Art. 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada; en derecho comparado, raro es el ordenamiento donde no se encuentren estas limitaciones a las participaciones cruzadas (*cross-ownership of media companies*)];
- que una de las empresas participantes en la concentración sea una empresa “discola” (*maverick firm*) que muy probablemente romperá la conducta coordinada;
- que haya indicios de coordinación - o de prácticas que la propicien - en el pasado o en el presente;
- que una de las partes tenga, antes de la concentración, una cuota de mercado superior al 50 %.

Así pues, en nuestro ejemplo, el IHH posterior a la concentración sería de 2.463 y el Delta de 823. Conforme al criterio de la Comisión, expresado en sus Directrices sobre Concentraciones horizontales, cuando la concentración arroje un IHH superior a 2.000, para que pueda descartarse el riesgo de que la operación suponga una obstaculización significativa del juego de la competencia, es necesario que el Delta no exceda de 150.

Lo anterior habría de conducirnos a una valoración de los posibles efectos anticompetitivos de tal concentración horizontal (sobre análisis de los efectos horizontales: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; *“El control de concentraciones en la Unión Europea”*; *supra cit.*; Cap. 6; Págs. 158 y Ss.). Dentro de estos, viene a distinguirse en las Directrices de la Comisión sobre concentraciones horizontales entre los efectos anticompetitivos coordinados, a los que nos referimos más arriba, y los no coordinados, que se refieren al hecho de que, a resultas de la concentración, las partes de la misma se vean liberadas para lo sucesivo de la presión competitiva que sobre cada una de ellas venía ejerciendo la otra.

También, por ejemplo, tras las normas dedicadas a la definición y análisis del mercado, las *“Merger Guidelines”* estadounidenses se refieren a la valoración de los daños que para el juego de la competencia pueden derivarse de la concentración y que se traducen en dos clases de efectos: **(i)** efectos coordinados, cifrados en que las firmas que permanecen en el mercado pueden ser más propensas a la colusión expresa o tacita y tener más éxito en sus esfuerzos por hacerlo; **(ii)** efectos unilaterales, que consisten en que la firma fusionada puede tener la aptitud o el incentivo para rentablemente recortar la producción o subir los precios. No es esta exactamente la sistemática de los instrumentos europeos que, como vemos, optan por contraponer a los efectos coordinados y los no coordinados, derivados estos últimos de la atenuación de la presión competitiva entre las partes de la concentración.

En el caso que nos ocupa, los efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la concentración horizontal entre *Antena 3* y *Telecinco* habría que cifrarlos en el hecho de que las mismas dejarían de competir entre sí para captar mayores audiencias dentro del mercado de los telespectadores.

Posibles factores de agravación de tales efectos anticompetitivos no coordinados podrían ser, p.e.: **(a)** el hecho de disfrutar las partes de la concentración de cuotas de mercado elevadas, lo que se daba, como venimos viendo, dentro del mercado de la TV en abierto en 2006, pues ello tendrá su traducción en un incremento proporcional del IHH tras la concentración (esta situación podría ser diferente en un escenario de muchas cadenas digitales, todas con contenidos atractivos); o **(b)** el hecho de quedar la entidad resultante de la concentración en condiciones de impedir la expansión de sus competidores dentro del mercado de la TV en abierto (la nueva cadena de TV en abierto resultado de la integración de las otras dos podrá abusar de su posición reforzada para excluir a sus competidoras del mercado de la publicidad televisada y, al quedar éstas privadas de esos ingresos por publicidad, difícilmente podrán invertir en programación que les permita captar espectadores dentro del mercado de la TV en abierto).

En cuanto a los hipotéticos efectos anticompetitivos coordinados asociados a esas eventuales concentraciones dentro del mercado español de la TV en abierto, ya vimos que la elevación de la cuota de mercado disfrutada por las partes como consecuencia de la concentración puede contribuir a crear un ambiente propicio para la colusión entre la nueva entidad resultante de la concentración y el resto de operadores activos en el mercado, en

especial, si estos últimos disfrutaban también de una importante cuota de mercado, y todos ellos consideran el de la coordinación como modelo económico racional en el medio o largo plazo.

En el caso que venimos manejando, el riesgo de concentración horizontal dentro del mercado español de la TV en abierto, este riesgo, por la diversidad de sus objetivos y la de los entes gestores, no se darían de modo inmediato respecto de las cadenas de titularidad pública estatal o autonómica, las cuales no cabría imaginar que se coordinaran en horizontal con la entidad nacida de la integración de *Antena 3* y *Telecinco*. Sin embargo, ese mismo riesgo no cabría excluirlo con respecto a otros operadores privados como *Cuatro* o *La Sexta*.

Por otra parte, entre las formas más probables de manifestarse estos efectos anticompetitivos coordinados podrían citarse el reparto del mercado con arreglo a criterios como pudieran ser la clase de televidentes (público juvenil o familiar) o las franjas horarias o las limitaciones o degradaciones de la calidad de las programaciones. Sí puede advertirse que no siempre se darían todos los presupuestos, previstos en las Directrices, para que lleguen a darse esta clase de efectos.

Así cabría plantearse la posibilidad de influencia efectiva de las partes sobre las condiciones en las que se basa la coordinación (en el ejemplo, optando por unos u otros contenidos de programación). Ésta se verá facilitada por la simplicidad del mercado de la TV en abierto que pueda deberse a la existencia de un corto número de competidores, entre los que resultará más fácil la concertación y mantener la opacidad, o a la simetría de las empresas concertadas en cuanto a sus cuotas de mercado, grado de integración vertical y estructuras de costes.

En este sentido, cabe observar cómo han sido varios los casos en los que la Comisión ha tenido en cuenta la asimetría de cuotas de mercado entre miembros de un oligopolio como factor que dificulta el comportamiento paralelo [Asunto *Rhône/Poulenc/SNIA II* (decisión de 8-9-1993; asunto IV/M.355) o asunto *Pilkington/SIV* (decisión de 8-9-1993; asunto IV/M.355)]. Como observan Briones, Folguera, Font y Navarro (Op. Cit.; Pág. 214) en los oligopolios simétricos “*la similitud en las cuotas de mercado hace que cada oligopolista perciba que su nivel de ventas y el de los otros miembros del oligopolio corresponde a un reparto «justo»*”; en cambio, en los oligopolios asimétricos, cuando las diferencias en cuotas de mercado se traduzcan también en diferentes estructuras de costes y divergencias entre los oligopolistas sobre los precios que querrían ver prevalecer en el mercado, “*las empresas con cuotas menores pueden sentir que están legitimadas para ampliar su volumen de ventas para alcanzar una situación de equilibrio en la que pasar un comportamiento paralelo anticompetitivo estable*”.

Así, en el ejemplo que manejamos, el escenario sería más bien el de un oligopolio asimétrico, pues habría disparidad de cuotas entre la nueva entidad nacida de la concentración, por una parte, y *Cuatro* y *La Sexta*, por otra. Por tanto, jugaría a favor de la producción de unos efectos anticompetitivos coordinados la permanencia de un corto número de competidores y en contra la asimetría de sus cuotas de mercado.

Más difícil aun resultaría imaginar, como presupuesto de los efectos coordinados, la existencia de mecanismos de represalia que pudieran activar las partes defraudadas en el caso de que alguna de las partes de la concertación se apartara de la práctica concertada (entre otros motivos, por la existencia de medidas legales dirigidas a evitar la contraprogramación)

o el resguardo de la acción concertada, de modo que quedase al abrigo de la reacción de los competidores. Por el dinamismo que caracteriza al mercado de la TV en abierto, p.e., una concertación entre la entidad resultante de la concentración y otro organismo de radiodifusión importante activo dentro del mercado de la TV en abierto para rebajar la calidad de la programación sería probablemente aprovechada por sus competidores para elevarla y así ganar audiencia.

En general, el examen de los efectos anticompetitivos coordinados nos llevaría más bien a un escenario de colusión horizontal y *cártel* dentro del mercado de la TV en abierto, sobre el que habrá oportunidad de volver más adelante.

La existencia de todos los anteriores efectos anticompetitivos, principalmente los no coordinados o unilaterales, sumada a la ausencia de neutralizadores de los mismos, por la inexistencia de poder de mercado del lado de la demanda conformada por los telespectadores, por la débil competencia potencial debida a la existencia de importantes barreras de entrada dentro del mercado de la TV en abierto y por la ausencia de eficiencias para los telespectadores, llevarían a concluir que esa hipotética operación de concentración horizontal entre *Antena 3* y *Telecinco* tendría que ser prohibida, al implicar una obstaculización significativa del juego de la competencia dentro del mercado de la TV en abierto.

Por lo que se refiere a la evaluación de las concentraciones verticales dentro del mercado español de la TV en abierto, esta tarea exige evocar los mercados ascendentes y descendentes al mismo, a fin de calibrar el riesgo de que operadores activos en cualesquiera de ellos lleguen a integrarse con otros que lo estuvieran en el propio mercado de la TV en abierto. En este sentido, si partimos de una concepción del mercado de la TV en abierto como mercado minorista de prestación de servicios de difusión televisiva o de comunicación audiovisual lineal a los telespectadores, habría que empezar por sentar la inexistencia de mercados descendentes.

En cuanto a los ascendentes, teniendo en cuenta la escasa incidencia, a efectos de concentraciones, de los mercados accesorios y, posiblemente, ascendentes de los servicios técnicos y administrativos para TV en abierto (decodificadores, guías electrónicas de programación, etc.), así como que el de los servicios de TV digital interactiva no cabría catalogarlo como propiamente ascendente con respecto al de la TV en abierto, los mismos serían, principalmente:

- a. **Mercados inscritos dentro del segmento ascendente de los contenidos.** Vimos más arriba, que se trataría, principalmente, del mercado de las obras audiovisuales para TV sin valor *Premium* y del de la edición y comercialización de canales temáticos. Sin embargo, lo cierto es que en el mercado español de la TV en abierto, lo más normal es que las actividades vinculadas a la producción de todos esos contenidos audiovisuales se desarrollen por personas jurídicas dependientes de los propios difusores en abierto, existiendo entre los productores de contenidos y los propios difusores importantes vínculos por la existencia de acuerdos verticales o participaciones accionariales.

P.e., en su discurso ante la Junta General de Accionistas de 14 de abril de 2010, el presidente de *Telecinco*, Alejandro Echevarría recordaba que el “inveterado” modelo de negocio de la cadena tenía dos pilares básicos: un “estricto” control de costes y la producción propia. Gracias al primero, y pese a la crisis del sector, *Telecinco* había sido capaz de recortar sus gastos un 10,3 % en 2009. En cuanto al segundo pilar, las

cifras ofrecidas por la cadena apuntaban a que el nivel de producción propia había llegado al 85,4 % en 2009, gracias al peso mayoritario de la producción interna o en colaboración con productoras participadas.

Es decir, que los riesgos de concentración vertical entre proveedores de contenidos y difusores en abierto en el mercado español no serían tan acentuados como los que veremos concurrir en el caso del mercado de la TV de pago.

- b. **Mercados relacionados con la transmisión de señal de TV (segmento de las comunicaciones electrónicas).** Como ya dijimos, las relaciones del mercado de la difusión televisiva (en abierto) serían sobre todo en nuestro país con el mercado de la transmisión y transporte de la señal sobre ondas hertzianas. Actualmente, el principal operador dentro de este último sería *Abertis* y, ciertamente, no sería imaginable la concentración vertical entre, p.e., *Abertis* y *Antena 3*. La primera actúa en mercados de las comunicaciones electrónicas y la segunda en mercados de la comunicación audiovisual lineal, mercados ambos enormemente diferentes entre sí, por más que los primeros den lugar a insumos esenciales para actuar en los segundos. En resumidas cuentas, que tampoco aquí cabe vislumbrar margen para las concentraciones verticales.

En cuanto a las concentraciones conglomerales, podría imaginarse, por ejemplo, el riesgo de esta clase de concentraciones en el caso de una concentración entre un operador activo en el mercado de la TV en abierto y otro que lo estuviera en el mercado estrechamente vinculado al anterior de los servicios de TV digital interactiva. El examen de los riesgos de esta clase de concentración conglomeral los reservaremos para cuando nos refiramos a este último mercado de los servicios de TV digital interactiva.

(2) Ante abusos de posición dominante

(a) Individual

Estudiado en los epígrafes precedentes lo relativo al fenómeno de las concentraciones dentro del mercado de la TV en abierto, es procedente que pasemos a centrar nuestras reflexiones en las denominadas prácticas restrictivas de la competencia.

Las concentraciones, junto con la existencia de barreras de entrada, se inscriben dentro de lo que cabría denominar restricciones estructurales al juego de la competencia, toda vez que limitan ese juego al incidir sobre la estructura del mercado, sin que sea necesario esperar a que se produzcan efectivamente prácticas o conductas anticompetitivas de los jugadores. En cambio, en el caso de las prácticas restrictivas de la competencia (colusión o abuso) podemos hablar de restricciones de comportamiento, habida cuenta que los efectos restrictivos procederán, en este caso, de la conducta efectivamente desplegada por las empresas.

Esta dualidad conformada por restricciones estructurales y restricciones de comportamiento encuentra paralelismo en la existencia de dos grandes concepciones sobre la forma en que debe actuar la legislación *antitrust*, a saber, las que se relacionan con los sistemas de prohibición y las que lo hacen con los sistemas de abuso (V. Pellisé; Op cit.):

- ❖ **Sistemas de prohibición.** En los sistemas de prohibición se busca mantener dentro de cada mercado una estructura competitiva. En ellos quedarán prohibidas cualesquiera restricciones (“restricciones estructurales”) que puedan llevar a una estructura no

competitiva de dicho mercado, con la sola excepción de que exista una exención concedida por el ordenamiento a título general o por las autoridades de la competencia de forma individual. Se parte de un planteamiento de competencia perfecta y de que un mercado con una estructura competitiva llevará de forma mediata a la máxima eficiencia y al bienestar del consumidor. Se trata de sistemas de prevención o *a priori* que centran su atención en las estructuras y en los que la eficiencia se subordina a la competencia (v. Meersch; Waelbroeck; Plouvier; Vandersanden: “*Droit des communautés européennes*”; Les Nouvelles, Bruxelles: Larcier, 1969; pág. 812).

El modelo americano de defensa de la competencia de la *New Deal* en la década de los 40 respondía a un sistema de prohibición. Los inconvenientes se ponían de manifiesto cuando, no habiendo hecho uso las autoridades de defensa de la competencia del control previo, posteriormente se encontraban inermes frente a los comportamientos anticompetitivos de las empresas (“restricciones de comportamiento”) (V. Joliet: “*Monopolization et abus de position dominante*”. Rev: RTDE, 1969, pág. 678). Era el planteamiento del juez Wyzanski que en *United Shoe Machinery* (1953) sostenía que la “ley americana no permite que una empresa adquiera o mantenga el poder de mercado, ..., aunque ellos se quiera justificar con pretendidas ventajas sociales resultantes” o del juez Hand cuando decía en *Alcoa* (1945) que “la *Sherman Act* no distingue entre buenos y malos trust, los condena todos”. Probablemente, como apunta Pellisé, fuera este último pronunciamiento (*Alcoa*) el máximo exponente judicial de la doctrina estructuralista. Fue el primer caso en el que se atacó el poder de mercado de una empresa aislada, y en él no se estuvo lejos de afirmar que la dimensión relativa de una empresa por sí misma podía constituir una infracción de la *Sherman Act*.

- ❖ **Sistemas de abuso.** Frente a los sistemas de prohibición se sitúan los denominados sistemas de abuso. En ellos se parte de que lo importante no será la estructura del mercado, sino cual sea el comportamiento de los agentes. De este modo, lo que se prohíben son sólo los comportamientos anticompetitivos que puedan perjudicar a proveedores o clientes (“restricciones de comportamiento”), y no las restricciones estructurales que puedan llevar a mercados concentrados, oligopólicos o, incluso, monopolísticos. Lo importante no será la existencia de poder de mercado, o incluso de posición dominante, sino que el mismo sea ejercido en perjuicio de esos proveedores o clientes. De este modo, la eficiencia y el bienestar del consumidor se buscará de forma directa e inmediata, atacando esas conductas, y no de forma mediata, intentando mantener estructuras de mercado competitivas. Son sistemas de represión o *a posteriori* que se proyectan más sobre los resultados anticompetitivos que sobre las estructuras, y en los que la competencia se subordina a la eficiencia.

Esta corriente cobró fuerza en EE.UU. con las tesis de Schumpeter y de la Escuela de Chicago y sus ramificaciones en los diversos centros de decisión de carácter administrativo y judicial, especialmente, en los años 80 con la Administración Reagan (V. Ellig: “*Untwisting the strands of Chicago antitrust*”, en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXVII, nº 4, winter 1992, pag. 864; Whish: “*Competition Law*”, 2ª edition, London-Edinburgh: Butterworths, 1989, págs. 22 y 23; Rodino: “*The future of Antitrust: ideology vs. Legislative intent*”, en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXV, nº 3, fall 1990; pág. 580).

Hoy lo cierto es que imperan modelos mixtos que intentan quedarse con lo mejor de los dos anteriores. El Derecho europeo, y el español ajustado al mismo, no es en esto una excepción.

Así, p.e., el control europeo de concentraciones participa de un fuerte componente de sistema de prohibición pues, con él, se busca mantener estructuras competitivas, mientras que en la regulación del abuso predomina el sistema de abuso.

Dentro de las restricciones de comportamiento o prácticas restrictivas es dable diferenciar el abuso de posición dominante de la colusión o “concertación” entre empresas, que convendrá no confundir con la concentración (sobre las diferencias entre concentración y concertación o coordinación competitiva y las dificultades de, en ocasiones, distinguir unas de otras puede verse Bello Martín-Crespo, P.; “*Concentración de empresas de dimensión comunitaria*”; Pamplona, 1997; Aranzadi; Cap. II, Págs. 160 y Ss.). Como dijimos ya, en el caso de las concentraciones las autoridades de la competencia han de aproximarse a las mismas con prospectiva para decidir cuáles serán los efectos de una concentración que no habrá llegado a materializarse. En el caso de las restricciones de comportamiento habrán de hacerlo en relación con una práctica que ha dejado ya sentir sus efectos en el mercado relevante. No obstante esta diversidad de enfoque, el fundamento del sistema de prevención frente a las restricciones estructurales coincide en gran medida con el del sistema de reacción frente a las restricciones de comportamiento, de modo que uno y otro tienden a ser complementarios entre sí.

En este sentido, el control de concentraciones busca prevenir la obstaculización significativa del juego de la competencia, en particular, mediante la creación o refuerzo de posiciones dominantes (sobre el concepto de creación o reforzamiento de una posición dominante individual: Briones, J.; Folgará J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 6; Págs. 155 y Ss.). Éste de la posición dominante es, por otro lado, el presupuesto básico de la restricción de comportamiento que llamamos abuso de posición dominante. No basta por sí solo para que exista tal abuso, pero sin él dicho abuso no podrá llegar a darse.

Hechas las anteriores reflexiones y centrados ya en la restricción de comportamiento que llamamos abuso de posición dominante, la declaración a la que estar será la del Art. 102 TFUE y 2 Ley 15/2007; “*será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo*” (sobre el concepto de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros, V.: Comunicación de la Comisión — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado - Diario Oficial nº C 101 de 27/04/2004 p. 0081 – 0096. 959).

En la jurisprudencia, el requisito de la afectación al comercio entre los Estados miembros se estableció por primera vez en la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, as. 56/65, *Société Echenique Miniare c. Maschinenbau Ulm*, Rep. 235, 249 y 251; manteniéndose en pronunciamientos posteriores (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, as. 42/84, *Remia c. Comisión*, Rep. 2545, consid. 22; *Grundig/Consten* (1966); o la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de mayo de 1981, as. 61/80, *Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek c. Commission*, Rep. 851 y 867). Igualmente, las consideraciones del Tribunal de Justicia en *Hugin* (1979; considerando 19) fueron las de que una negativa al suministro por parte de *Hugin* a *Lipton* no era susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembro, porque tenía sólo un alcance local y no alteraba los canales usuales de movimiento de productos.

En el análisis protagonizado por las autoridades de la competencia con vistas a la determinación de la existencia o no de abuso de posición dominante cabe distinguir dos aspectos. Uno primero, de análisis estructural, cuya finalidad es la de determinar la existencia de posición dominante. Otro segundo, de análisis de comportamiento, cuyo objeto es el de determinar en qué medida ha mediado una explotación abusiva de esa posición dominante.

No hay acuñada una definición de posición dominante dentro de las normas españolas o europeas. Sí la había, en cambio, en la Ley alemana sobre limitaciones de la competencia (GWB) de 27 de julio de 1957, cuyo Art. 21.1 establecía que una empresa estaba en posición de dominio cuando “*para una determinada categoría de productos o servicios comerciales o industriales carece de competidores o no está expuesta a una competencia sustancial...*”.

Ahora bien, si claro podía resultar el caso de la inexistencia de competidores (monopolio), al menos de competidores actuales (no tanto de los potenciales), subsistía en esa definición la indefinición de qué debía tenerse por competencia sustancial. Por otra parte, esta definición de la posición de dominio en términos simplemente negativos – como ausencia de competencia efectiva o sustancial – tuvo su resonancia en la Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1971 relativa al asunto *GEMA* (DOCE L 134/15 de 20 de junio) y en otros pronunciamientos de las autoridades de la competencia (Sentencia de 18 de febrero de 1971, *Sirena LRL c Eda SRL y otros*, as. 40/70, Rec. 69, referida a los derechos de marca; también las sentencias de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, *Parke-Davis and Co. c. Probel y otros*, Rec. 69, para las patentes; de 8 de junio de 1971, as. 78/79, *Deutsche Grammophon GmbH c. Metro - SB- Grossmärkte GmbH*, Rec. 487, para los derechos de autor; y, si se quiere para el diseño industrial, sentencia de 5 de octubre de 1988, as. 238/87, *AB Volvo c. E. Veng [UK] Ltd*, rec. 6211).

Posteriormente a la Ley alemana, este requisito de la ausencia de competencia efectiva fue también incorporado al *Memorándum de 1 de diciembre de 1965 sobre las concentraciones en el mercado común* (V. Pág. 57). Ahora bien, intentaba ponerse cerco a las incertidumbres derivadas de la generalidad del concepto, simplemente negativo, de ausencia de competencia sustancial incorporando otros dos elementos a la definición, a saber, la posibilidad de actuación independiente de otros agentes económicos y la posibilidad de influencia sobre la actuación de esos otros agentes. Y así: “*En un mercado específico hay una posición de dominio, cuando una o más personas son capaces de ejercer una influencia importante en las decisiones de las restantes unidades económicas o a través de una estrategia independiente, de tal forma que no pueda aparecer ni mantenerse en el mercado una competencia practicable o suficientemente efectiva*”.

A pesar de que no existe en el Derecho Español de Defensa de la Competencia una definición, como tal, de “posición de dominio”, la similitud existente entre los artículos de la Ley española de Defensa de la Competencia con los del Tratado CEE habilita a las autoridades españolas de defensa de la competencia para invocar la doctrina comunitarias sobre el abuso de posición de dominio como complemento del Derecho Interno (ver. Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de febrero de 1993, as. A 36/92, *Talleres Muñoz*): “*la redacción del artículo 616/89 de 17 de julio, así como las diferencias de su contenido con el artículo 2 TCE de la vieja Ley 110/63 de 20 de julio, hace que no exista en el derecho español de la competencia una noción general sobre «La explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»; sin embargo la similitud de este precepto con el artículo 82 TCE, permite invocar la doctrina*

comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar de la interpretación del derecho interno, en lo que aquél sea de aplicación”.

Así pues, pese a que se trata de un concepto muy discutido dentro de la propia ciencia económica (Ver, por ejemplo, Fishwick, F.: “*Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC*”, XXXIV/3 *The Antitrust Bulletin*, espec. 461, fall 1989), la conclusión será la de que la noción de posición dominante habrá que intentar aprehenderla partiendo de los diversos pronunciamientos de las autoridades de la competencia. Partiendo del contenido de éstas podríamos extraer como ejes vertebradores de la posición de dominio los siguientes:

- ❖ **Comportamiento independiente.** En primer lugar, es necesario que la empresa pueda adoptar una estrategia propia e independiente que sea inmune a la reacción de sus competidores, proveedores o clientes. En palabras de la Comisión en *Continental Can Company* (Decisión de 9 de diciembre de 1971, Continental Can, DOCE L 7/25 de 8 de enero de 1972): “*están las empresas en posición de dominio, cuando son capaces de desarrollar comportamientos independientes que les permiten tomar decisiones sin tener en cuenta a las empresas competidoras, compradoras o vendedoras*”. Y, en idéntico sentido, el Tribunal de Justicia en *United Brands* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission* (1978), Rep. 1978-2, apartados 65 y 66, pág. 207) observó “*la posición de dominio en el artículo 86 TCE se refiere a una posición de poder económico de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole de forma importante la posibilidad de adoptar comportamientos independientes frente a los competidores, los clientes y los consumidores*”. Y, de nuevo en *Hoffmann La Roche* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission* (1979), consid. 38) destacó el tribunal que la posición de dominio colocaba a la empresa que la detentaba en situación de “*comportarse, en gran medida, sin tenerla en cuenta – la competencia – y sin que esta actitud le produzca perjuicios*”; así como en la Sentencia *Metro-SABA I*, de 25 de octubre de 1977, donde sentó que la posición dominante es aquella que permite a la empresa “*actuar sin tomar en consideración la actitud de los competidores*”.

En idéntico sentido, el TDC en varios pronunciamientos. En su resolución de 10 de mayo de 1999 (*Aluminios de Navarra*), dijo el TDC: “*La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en: poder económico e independencia de comportamiento. Así, se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.*” También en su resolución de 7 de julio de 1999 (*Electra Avellana*) y en la de 30 de septiembre de 1999 (*Bacardí*) se pronuncia el TDC en términos prácticamente coincidentes y en la de 27 de julio de 2000 (*Propiedad Intelectual Audiovisual*).

- ❖ **Capacidad de influir sobre el comportamiento de otros operadores económicos y sobre la competencia efectiva.** A este factor se refirió el Tribunal de Justicia en *United Brands (Ibidem)*, cuando señaló que “la posición de dominio en el artículo 86 se refiere a una posición de poder económico de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión”. Por otro lado, es necesario observar que, para que exista posición de dominio, no es imprescindible la total eliminación de la competencia y que la misma es compatible con la subsistencia de una cierta competencia (competencia residual). Esto lo afirmó la Comisión en su Decisión de 9 de diciembre de 1971 (*Continental Can*, DOCE L 7/25 de 8 de enero de 1972): “que esta posibilidad no tiene que derivar necesariamente de una dominación absoluta que permita a la empresa dominante eliminar toda capacidad de decisión autónoma de sus competidores”; y también el Tribunal en *Hoffmann La Roche (Ibidem)*: “una posición tal, a diferencia de la situación de monopolio, o casimonopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia, en situación si no de decidir, sí al menos de influir especialmente en las condiciones en que se desarrollará esta competencia”.
- ❖ **Interrelación entre ambos elementos (capacidad de comportamiento independiente/capacidad de influir sobre otros operadores económicos y la competencia efectiva).** Ambos elementos vertebradores son las dos caras de una misma moneda: si la empresa puede influir sobre el comportamiento de otros agentes (proveedores, clientes y competidores) es, precisamente, porque puede actuar independientemente de ellos. Por otra parte, considerando que en el mercado lo característico es la interacción, si la empresa se puede comportar con independencia es, precisamente, porque puede influir sobre todos esos operadores para neutralizar la presión competitiva procedente de los mismos.

La explicación hay que situarla en la situación de desequilibrio imperante en el mercado como consecuencia de la posición de dominio: frente a la amplia libertad de que disfrutaban la empresa o empresas dominantes a la hora de definir su estrategia de mercado se sitúa una libertad restringida, fuertemente condicionada sino determinada, de los otros agentes (competidores, clientes y proveedores). En esa situación de desequilibrio, mientras un agente detenta un gran poder de mercado, los otros agentes carecen de él, o lo tienen muy recortado; y, además, existe una situación de *privilegio* de la empresa o empresas dominantes que, pudiendo hacer obstáculo y sustraerse a una competencia efectiva, quedan en condiciones de suplantar la competencia como fuerza ordenadora de las relaciones en el mercado y dictar la ley (su ley) del mercado (Véase Font Galán: “*La libre competencia en la Comunidad Europea*”. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 274 y ss.; y Pellisé, Op. Cit).

La interrelación de todos estos factores resulta, asimismo, de las reflexiones del profesor Pellisé (“La explotación abusiva...”; Op. Cit. Págs. 218 y ss.):

“Por otro lado, si se observa la definición general de «posición de dominio» que da el Tribunal de Justicia en United Brands (1978), se verá que la posición de poder económico se caracteriza por dos rasgos definitorios: otorgar a quien la detenta la posibilidad, primero, de obstaculizar una competencia efectiva; y, segundo, de adoptar una estrategia independiente en el mercado. Cabe preguntarse entonces cuál es la relación entre estos dos elementos: son acaso independientes el uno del otro, de modo que deben probarse cumulativamente; o, por el contrario, se implican

mutuamente, de modo que la prueba de uno comporta la del otro [...] Parece, en realidad, que se trata de una distinción meramente formal en la que el elemento principal es «la posibilidad de comportamiento independiente», siendo «el poder de obstaculizar una competencia efectiva» un elemento descriptivo de aquél, con lo que la prueba de uno implica la del otro [...] Pero, en cualquier caso, de la doctrina y jurisprudencia comunitaria se desprende que, la posición de dominio es, en esencia, la capacidad de influencia que tienen una o varias empresas sobre la voluntad de los otros agentes y, con ello, sobre el funcionamiento mismo del mercado, cuando llega al punto en que dicha influencia les da la posibilidad de desarrollar su propia estrategia de forma tan independiente que no necesita tener realmente en cuenta las otras unidades económicas del mercado (competidores actuales y potenciales, proveedores y consumidores), lo que significa que puede obstaculizar una competencia sustancial”.

La exigencia de ambos elementos (capacidad de comportamiento independiente y de influir sobre las condiciones de competencia) resulta de también de muy diversos pronunciamientos del TDC. En *Bacardí* (Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1999, expte. R 362/99) habla el Tribunal de “*poder económico y de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del producto*”. Y en idéntico sentido, V. también la resol. de 7 de julio de 1999, expte 441/98, *Electra Avellana*; y recogiendo directamente la definición comunitaria la resol. de 29 de julio de 1993, as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Cariño*.

Si proyectamos las anteriores consideraciones sobre la situación existente dentro del mercado español de la TV en abierto, cabría concluir la inexistencia de posición dominante individual toda vez que ningún operador tendría un poder de mercado tal que le permitiera actuar sin consideración a la actuación de sus competidores, p.e., en lo concerniente a la confección de su parrilla de programación, y dado que tampoco llegaría ningún difusor en abierto a disfrutar de una posición tal que le permitiera determinar el comportamiento de sus competidores, también y por ejemplo, en ese mismo aspecto.

Así las cosas, una eventual posición dominante individual tendría que ser resultado de una operación de concentración que diera lugar a una cuota de mercado incrementada, lo que, inicialmente, era difícil que se planteara, entre otros motivos, por las dificultades que planteaban las restricciones legales derivadas del Art. 19 de la Ley 10/1988 de Televisión privada sobre restricciones a las participaciones cruzadas, las cuales se dejaron ya estudiadas. Y, precisamente, fueron necesarias la derogación de la propia Ley 19/1988 y las recientes modificaciones legislativas, a las que nos referimos al ocuparnos del entorno normativo, para hacer posible el planteamiento de fusiones como la de *Cuatro y Telecinco*.

La anterior afirmación de la inexistencia de posición dominante individual dentro del mercado español de la TV en abierto quedaría también confirmada por la aplicación de criterios estrictamente basados en la **cuota de mercado**. La cuota es un importante indicador del poder de mercado de una empresa y, eventualmente, de su posición dominante. Con respecto a ella se podrían destacar los aspectos de su **cálculo**, **permanencia**, **tamaño** y **otros factores complementarios**:

- ❖ **Cálculo.** Respecto al método para el cálculo de la cuota – valor o volumen de ventas – valdrá con hacer una remisión a lo dicho al tratar de las concentraciones.
- ❖ **Permanencia.** Sobre esta cuestión, subrayan los autores que para que exista posición de dominio el poder de la empresa deberá ser sustancial y persistente; o, puesto en términos negativos, no bastará un poder trivial o meramente transitorio (Gyselen, L. & Kyriazis: “*Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited*”, ELR, 135 -April, 1986).
- ❖ **Tamaño.** Y en cuanto al tamaño de la cuota de mercado, suelen distinguir los autores entre una cuota de mercado ***absoluta*** y otra ***relativa*** (Ver, por todos, Santana Pérez, A., “*La venta a pérdida...*”; Op. Cit.; Págs. 241 y Ss.):
 - ***Absoluta.*** La absoluta será aquélla que sin necesidad de otros factores determinará la existencia de posición dominante. La prudencia con la que se ha de proceder a la hora de valorar estos conceptos resulta claramente de los diversos pronunciamientos tanto del TJCE como de la Comisión a los que se ha venido haciendo referencia. A esa dimensión absoluta de la cuota es a la que se refirió el TJCE en AZKO (1991) cuando afirmó: “*cuotas muy importantes constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante*”.
 - ***Relativa.*** La relativa será la que podrá determinar la existencia de esa misma posición dominante, pero sólo si concurre con otros factores que actúen como coadyuvantes. En “*United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión*”, de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, Rec., 1978, p. 207, vino el TJCE a establecer que una posición dominante es “*el resultado de la reunión de una serie de factores que, tomados aisladamente, no serían necesariamente determinantes*”. En definitiva, que como subrayó la sentencia del TJCE en el asunto *Alsattel c. Novasam*, si bien la importancia de la cuota de mercado puede constituir “*un indicio significativo de la existencia de una posición dominante, no es necesariamente un factor determinante de ello, sino que debe valorarse junto con otros factores*”.

Lo anterior posibilita que, incluso, una empresa con escasa cuota de mercado pueda tener una posición de dominio, posibilidad que ya aparecía en el Memorándum de 1 de diciembre de 1965 bajo el título «*Le problème des concentrations dans le marché commun*», Etudes, Série Concurrence, Bruselas, 1966, núm. 22, al mantener que “*Una empresa que puede eliminar, en el momento en el que lo desee, a las demás empresas competidoras del mercado puede ya disponer de una posición dominante y determinar de manera decisiva el comportamiento de las otras empresas, aun cuando su propia cuota de mercado no sea todavía relativamente significativa*”. En parecido sentido, en la Resolución del TDC de 23 de marzo de 1991 (caso MAPFRE) se revocaba la decisión del SDC de sobreseer el expediente basada en que la empresa denunciada no podía tener posición dominante al tener una cuota de mercado muy baja, y ello con fundamento en que la cuota de mercado no podía evaluarse de forma aislada, sino que debía ponerse en relación con la cuota del resto de los competidores.

- ❖ **Otros factores complementarios.** Junto al de la cuota de mercado, otro indicador de la posición dominante al que podrán acudir las autoridades de la competencia será el de los resultados obtenidos por las empresas. Cuando éstos sean anormalmente elevados o positivos a la luz de las circunstancias, ello podrá revelar la existencia de posición dominante, especialmente, si persisten en el tiempo. En *AZKO* (1991), por ejemplo, las autoridades de la competencia prestaron especial atención al hecho de que los beneficios no hubieran dejado de crecer a lo largo de un periodo relevante, sin llegar a verse afectados ni por el entorno de crisis económica ni tampoco por los ataques de las empresas competidoras.

En relación estrecha con este factor del resultado o beneficio de la empresa puede citarse también el hecho de que la empresa venga aplicando a lo largo de un periodo significativo de tiempo precios elevados, sin por ello haber visto reducida su cuota de mercado (p.e., sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, as. T-30/89, *Hilti c. Comisión*); debiendo a este respecto considerarse que las fluctuaciones en los precios no siempre indicarán la existencia de competencia efectiva si responden a los aumentos y disminuciones de producción de la empresa que respondan a un comportamiento monopolista. (*Hoffmann La Roche* (1979), cit. supra, consids. 71 a 78).

En el mercado español de la TV en abierto en 2006, al cual nos referimos más arriba, el operador con mayor cuota de mercado era *TVE* con un *share* del 23,1 %. Si tenemos en cuenta que en doctrina y jurisprudencia la cuota de mercado absoluta, es decir, la que denota posición dominante sin necesidad de acudir a otros factores, se sitúa en torno a valores del 80 %, tendríamos que a esa cuota de *TVE* habría que asignarle, como mucho, el valor de cuota relativa, o lo que es igual, la de cuota que, sólo en conjunción con otros factores, podría llegar a suponer la existencia de una posición dominante individual. El hecho de que la posición dominante se integre a partir de un cúmulo de factores resulta, asimismo, de la jurisprudencia.

Sin embargo, el dato de que las cuotas de mercado de los dos inmediatos perseguidores, *Antena 3* y *Telecinco*, se situaran, respectivamente, a una diferencia rayana en los 4 y los 2 puntos porcentuales valdría ya casi para descartar la existencia de posición dominante individual (el tamaño relativo fue considerado, por ejemplo, para descartar la posición de dominio en *Gasolineras de Canarias*: Resol. de 30 de julio de 1996, as. R 155/1996, donde el Tribunal consideró que, aunque el demandado tenía una cuota del 37 %, ello no podía ser determinante puesto que contaba con cinco rivales de los que de los que dos más importantes tenían unas cuotas del 21 % y 20 %, respectivamente). Esta conclusión hace innecesarias ulteriores reflexiones sobre la permanencia de las cuotas de mercado en el tiempo o sobre la explotación abusiva de una posición dominante individual que, como venimos diciendo, no existiría dentro del mercado español de la TV en abierto.

(b) Colectiva

Cuestión diferente podría ser la de la existencia de una posición dominante colectiva dentro de ese mismo mercado español de la TV en abierto. La redacción, tanto del Art. 102 TFUE como del Art. 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, abre la puerta a la posibilidad del abuso de posición dominante colectiva por parte de más de una empresa. Al margen de los supuestos en que la posición dominante colectiva se sustente en estructuras empresariales de grupo donde, por ejemplo, la matriz marca la pauta para sus filiales activas

en un mismo mercado, lo más factible en los mercados en los que nos movemos, por la existencia de restricciones sobre participaciones cruzadas, etc., será que dicha posición se funde en acuerdos horizontales entre las cadenas de TV (sobre posición dominante colectiva, tratamiento de los oligopolios y evaluación de la competencia en mercados oligopolísticos puede consultarse: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.: “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”, Madrid, 1999, Marcial Pons; Cap. 7, Págs. 195 y Ss.; Martínez del Peral Cagigal I.: “*La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas*”, GJ 1993, D-20, Págs. 85 y Ss.; Pellisé Capell, J.: “*La explotación abusiva...*”, Op. Cit. Págs. 270 y ss.).

En estos casos, una primera cuestión podría ser la de decidir qué precepto aplicar, si el Art. 101 TFUE sobre prácticas colusorias o el 102 que prohíbe el abuso de posición dominante. Parece claro que ambos preceptos no podrán ser interpretados de forma contradictoria, pues los dos se integran en un único sistema y responden a unos mismos objetivos (v. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, consid. 25). Dado que entre ellos no existe una relación jerárquica, si los hechos son subsumibles en cualquiera de los dos preceptos, por reunir todos los requisitos que cada uno de ellos por separado exige, la autoridad de la competencia podrá actuar sobre la base de cualquiera de los dos preceptos (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Comisión* 416, fund. 416). Cabría hasta que pudiera darse una aplicación, ya no alternativa, sino incluso simultánea de ambas figuras, la de la colusión y la del abuso, conforme a otras corrientes doctrinales y jurisprudenciales.

La Comisión parece decantarse por esta opción de la aplicación simultánea en varias decisiones. En *Vetro piano in Italia* (Decisión de 7 de diciembre de 1988, Vidrio plano de Italia, DOCE L 33/44 de 4 de febrero de 1989), la Comisión sancionó sobre la base del artículo 81 TCE los acuerdos celebrados entre tres empresas por los que se distribuían cuotas y fijaban precios, y a la vez condenó también a estas tres empresas por abuso de posición de dominio colectiva debido a que se presentaban en el mercado como una sola entidad. Mayor claridad, si cabe, se percibe en *Compagnie Maritime Belge Transports* (ver Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Compagnie maritime Belge transports SA* y otros c. Comisión, Rep. II-1207, 1229, consid. 56), donde declara rotundamente que será posible una aplicación acumulativa de ambos preceptos cuando se den todos los requisitos que cada uno de ellos por separado exige.

La jurisprudencia del TJCE es, sin embargo, más titubeante, a pesar de no haberse manifestado claramente contra la aplicación cumulativa y simultánea. En *Ahmed Sabed* (1989), donde se planteaba si la fijación de unas tarifas aéreas en virtud de un acuerdo podía ser constitutiva de abusos de posición dominante, el Tribunal admitió la aplicación simultánea en los casos en los que el acuerdo se celebraba por imposición de la empresa dominante.

A partir de este pronunciamiento, los autores han querido extraer consecuencias favorables a sus respectivas tesis. Unos lo ven como una admisión de la posibilidad de aplicación simultánea: Alberto Bercovitz (“*Normas sobre la competencia del Tratado de la Comunidad Económica Europea*”, en Tratado de Derecho comunitario europeo, dirigido por García Enterria/González Campos/Muñoz Machado, Madrid, 1986; tomo II, capítulo XXV, pág.

413) entendía, en este sentido, que, dado el planteamiento poco dogmático que se utiliza en la aplicación de estos preceptos, la aplicación conjunta podría utilizarse para valorar globalmente la gravedad de la infracción de las normas del Tratado por parte de las empresas implicadas, y para graduar consecuentemente las sanciones económicas a imponer. Otros entendían que la aplicación simultánea sólo era posible en los casos expresamente citados por la sentencia (V. Aldo Frignani/Michel Waelbroeck: “*Disciplina della concorrenza nella CE*”, Torino: UTED, 1996, pág. 215 y 218).

Por su parte, el TDC, en *Aparejadores de Madrid* (1998) (Resol. Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 1998, as. 397/1997, *Aparejadores de Madrid*), ha resuelto acudiendo a sus propios argumentos toda esta problemática relativa al tratamiento de los abusos colectivos realizados desde posiciones dominantes fundadas en acuerdos o prácticas concertadas. Frente a la observación del Servicio de que la conducta del Colegio infringía los dos preceptos a que nos venimos refiriendo, el Tribunal aplicó la doctrina del concurso de leyes entendiendo que, ante este concurso de leyes, los elementos del abuso prevalecen sobre los colusorios de modo que, ante la imposibilidad de sancionar ambas infracciones, se deberá aplicar sólo el precepto relativo al abuso, al ser el que prevé un supuesto considerado de mayor gravedad. Fundó el TDC su decisión en el principio de “*non bis in ídem*” en su perspectiva material, que impide castigar dos veces por unos mismos hechos, así como en razones de proporcionalidad.

Prescindiendo aquí de toda la anterior problemática, dado que de lo que tratamos es de la figura del abuso de posición dominante, a la pregunta de si es posible que lleguen a darse abusos de posición dominante colectiva dentro del mercado español de la TV en abierto, la respuesta tendría que ser sí. Esta situación podría llegar a darse en el caso de que dos o más operadores privados de TV en abierto (*Cuatro*, *Sexta*, *Antena 3* o *Telecinco*) llegaran a actuar en el mercado como una única entidad (este riesgo, por razones ya expuestas al referirnos a las concentraciones horizontales, no llegaría a darse con respecto a los difusores públicos, con una titularidad y unos diferentes objetivos).

Este riesgo se habría acentuado con la reciente fusión entre *Telecinco* y *Cuatro*. Tras la aprobación de esta operación por las autoridades de la competencia con sometimiento a condiciones, lo cierto es que la concentración no llegaría a afectar de modo inmediato a la propia identidad de cada cadena. De este modo, más peligroso que el riesgo de una conducta unilateral de abuso de posición dominante por parte de una nueva entidad nacida de la concentración, sería el de unos efectos anticompetitivos derivados de una coordinación entre cadenas o, si se quiere, de un abuso de posición dominante colectiva. Así, respecto a la fusión con *Cuatro*, Vasile, Directivo de *Telecinco*, negó que cuando se completara el acuerdo con *Prisa*, se fuera a “*telecincuitar*” *Cuatro* o a “*cuatrizar*” *Telecinco*, ya que cada canal tenía su propia marca y *target* (v. edición digital de Cinco Días de 26/02/2010). Según los datos ofrecidos por Giuseppe Tringali, máximo responsable del área de publicidad del grupo, la suma de *Telecinco* y *Cuatro* atrajo al 25,5 % de la audiencia en 2010 y captó un 44 % de la inversión publicitaria en televisión.

Al margen del anterior caso, ya objeto de un estudio específico, si tomamos el mismo ejemplo utilizado para el caso de las concentraciones, pero adaptándolo a la peculiar problemática del abuso, tendríamos que una perfecta sincronización entre *Antena 3* y *Telecinco*, ambas con una cuota conjunta por encima del 40 % en el mercado español en 2006, podría ser el germen de una posición dominante colectiva que pudiera degenerar en una explotación abusiva de la misma.

P.e., en AKZO (1991) (consids. 60-1), el Tribunal entendió que una cuota del 59 % era determinante de la existencia de posición dominante porque iba apoyada por otros factores como el liderato mundial de la empresa, su organización de marketing y su amplio *know-how* en seguridad y toxicología. En *United Brands* (1978), el tribunal consideró la cuota del 45 % de *United Brands* determinante de una posición de dominio, porque esa cuota era muy superior a la de su competidor mejor situado. En *Hoffmann La Roche* (1979), si bien no se apreció la existencia de posición de dominio en el mercado de las vitaminas B 3 porque, frente a la cuota del 43 % de *Hoffmann La Roche*, con un competidor con una cuota del 30 % no había suficientes factores adicionales como para determinar esa posición dominante, sí se consideró que *Hoffmann La Roche* tenía posición de dominio en el mercado de las vitaminas A, donde su cuota era igual a la suma de las dos cuotas de sus dos principales competidores.

En nuestro ejemplo, habría que tener en cuenta, que las cuotas del resto de operadores, en el mejor de los casos, apenas llegarían a la mitad de esa cuota combinada. Otros factores que coadyuvarían a lo anterior serían una débil competencia potencial, por la entidad de las barreras de entrada que envuelven al mercado español de la TV en abierto, y un escaso poder negociador del lado de la demanda, tanto si se considerase que ésta la conforman los anunciantes, como si entendiese que procede de la comunidad de telespectadores (véase, p.e., el asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartados 97 a 104, en el que el Tribunal de Primera Instancia consideraba si la supuesta falta de independencia de la empresa respecto a sus clientes debía entenderse una circunstancia excepcional que impedía declarar la existencia de una posición dominante, a pesar de que la empresa era responsable una gran parte de las ventas registradas en el mercado del azúcar industrial en Irlanda).

A todo ello habría que sumar la más que previsible permanencia de esa cuota de mercado combinada a lo largo de un horizonte temporal que se situaría entre los tres y los cinco años, parámetros temporales habitualmente tomados por las autoridades de la competencia. Partiendo del estudio de pronunciamientos del TJCE, los autores (Bellamy, C., y Child, G.; en “*Derecho de la competencia...*”; Op. Cit.; Pág. 521) mantienen, en efecto, que, aunque no se haya señalado un periodo de tiempo mínimo para calificar una cuota de mercado como estable, alta y dominante, un periodo de cinco años sería suficiente, pero cualquiera inferior a tres años podría ser considerado demasiado corto. Y, también en el caso de *Antena 3* frente a las cadenas autonómicas, por supuesto abuso de posición dominante de éstas dentro del mercado de la publicidad televisada, concluyó la Audiencia Nacional, en la sentencia a que nos referiremos al estudiar este mercado, la ausencia de posición dominante atendiendo al factor de la cuota de mercado que, en el periodo considerado de 1990 a 1996, no excedió del 20 % para el conjunto de las cadenas demandadas.

Inciendiando sobre los riesgos de explotación abusiva de esa posición dominante colectiva, cabría empezar por imaginar que la misma pudiera consistir, no ya sólo en conductas activas, sino también en comportamientos omisivos. A pesar de que las resoluciones de las autoridades de la competencia se refieran principalmente a conductas activas, parece claro que ese comportamiento lo mismo podrá consistir en una acción que en una omisión, esto último si las circunstancias del mercado imponen una actuación (Ver Child/Bellamy: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág. 554). Tal podrá ocurrir, y así se desprende de la propia redacción de los Arts. 102 TFUE y 2 LDC, cuando sin causa justificada, se dejase de emitir una programación con tanta calidad como la que se venía emitiendo.

Ahora bien, hay que partir de que uno de los presupuestos de la explotación abusiva es el de que las partes en posición dominante, en nuestro caso *Antena 3* y *Telecinco*, se aprovechen de la misma, la exploten o se prevalgan de ella o la utilicen para un fin.

Esto cabría inferirlo, por ejemplo, de la definición dada por los estudiosos conforme a encargo de la Comisión con ocasión del *Memorando sobre las concentraciones económicas en el Mercado Común de 1965* [Group D'Etude 1965-1967: *Les monopoles dans le Marché Commun (l'article 37 du traité de Rome)*. Milano: Giuffrè, 1968]: “**el ejercicio del poder de dominio para la obtención de [...]**”; es decir, que se exige un ejercicio o un uso del poder de dominio. Igualmente de la definición dada por el Profesor Samkalden (Samkalden/Druker: “*Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty*”, en *Common Market Law Review*, vol. 3, n. 2, september 1965; pág. 176): “**la explotación de aquellas ventajas en el mercado que [...]**”; o la del propio Memorando: “**la empresa o las empresas que se encuentran en esta situación – posición dominante - se aprovechan de ella para procurarse, [...], una ventaja**”.

En idéntica línea, se sitúan las definiciones dadas por la propia Comisión (Primer informe sobre la política de la competencia - contenido en el Quinto informe general sobre la actividad de las Comunidades, 1971, Bruxelles/Luxembourg, février, 1972 - comentando su Decisión de 2 de junio de 1971, *GEMA*, DOCE L 134/15 de 20 de junio), por el TJCE (Sentencia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rep. 1978-2; fundamento de derecho 249) y por otros autores (Cerexhe: “*L'interprétation de l'Art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission*”, *Rev. Cahiers de Droit Européen*, n. 3 de 1972, pág. 291; Braun/Gleiss/Hirsch: “*Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*”, Bruxelles, Maison Ferd. Larcier S.A./Paris: Librairie Dalloz, 1977; págs. 300-301; Langen, E.: “*Marktbeherrschung und ihr Missbrauch nach Art. 86 TCE des EWG-VERTRAGES*” en *Etudes sur le droit Économique européenne*, pág. 49; Goldman: “*Droit commercial européen*”, troisième édition. Paris: Dalloz, 1975; pág. 417).

Es decir, que en ambas definiciones no bastan las ventajas que la posición dominante ofrece, sino que es necesario que se saque partido de ellas. Tal necesidad de aprovechamiento de la posición dominante colectiva para un fin, nos llevaría, automáticamente, a plantearnos cuál podría ser ese fin en nuestro caso. Y lo cierto es que el mismo habría, sobre todo, que vincularlo a la consolidación de posición e ingresos de los operadores dentro del mercado de la publicidad televisada que, por lo que venimos diciendo, es el verdadero mercado. Esta sería la sede natural para el estudio de un eventual abuso de posición dominante colectiva, a saber, la que proporciona el mercado de la publicidad televisada.

No obstante, dadas las particularidades derivadas de la superposición entre el mercado de la audiencia y el de la publicidad televisada, cabrá seguir haciendo determinadas reflexiones. Para la existencia de un abuso de posición dominante colectiva dentro del mercado de la TV en abierto, con todos los caracteres de ilícito *antitrust*, las autoridades de la competencia, muy probablemente, no se conformarían con que *Antena 3* y *Telecinco* se aprovecharan de su posición dominante colectiva para unos fines, sino que exigirían un plus, a saber, que tales fines resultaran contrarios al ordenamiento jurídico. Lo que marca el carácter lícito o ilícito, legítimo o abusivo, de la explotación de la propia posición dominante son los objetivos y fines del ordenamiento jurídico y económico en el que la conducta se inscribe.

Llegados a este punto, se haría necesario recordar la dimensión geográfica no superior a la nacional del mercado de la TV en abierto, a fin de concluir que tal ordenamiento jurídico y económico es el nacional español. Dentro del ordenamiento jurídico español, la pauta deberá ser la misma que en el europeo, si traemos a colación *mutatis mutandi* las consideraciones de la Comisión en su *Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1965* [Bruselas; *Communauté économique européenne, collection Etudes, série Concurrence*, nº 3, documento 8182/1/VII/1966/5, 1966, págs. 25-26, nº 25] conforme a las cuales “*como no hay definición general del abuso, su existencia deberá apreciarse, en cada caso, en función de los objetivos de la norma donde figure este concepto*”.

Sin perjuicio de tratar la cuestión de un modo más general al tratar del mercado de la publicidad televisada, viene aquí al caso recordar que, en la vigente Ley General de Comunicación Audiovisual, los servicios de difusión televisiva por operadores privados, aún no exigiendo para su prestación título habilitante, siguen siendo considerados como servicios de interés general. Aquí resultaría obligada la cita de preceptos como, p.e., el Art. 4, que contempla el Derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, el Art. 36 sobre pluralismo en el mercado audiovisual televisivo o el Art. 22.1, en el que se define el alcance del servicio de interés general en términos como los siguientes: “*Los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos*”.

Finalmente, para que pudiera llegar a apreciarse la existencia de abuso de posición dominante por esas mismas autoridades de la competencia, el aprovechamiento de la posición dominante colectiva por parte de *Antena 3* y *Telecinco* para un fin contrario al ordenamiento jurídico español tendría que ir acompañada de un resultado lesivo. Este resultado lesivo derivado de la explotación abusiva viene, en efecto, siendo exigido por la más moderna doctrina como uno de los elementos constitutivos del abuso de posición dominante.

Así, por ejemplo, Díez Estella (“*Los partidos de bolos y el Derecho antitrust: encuentros y desencuentros*”; en Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008 3 parte Justicia Deportiva; BIB 2008\2190; Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2008) cuando afirma: “*Como hemos señalado anteriormente, la naturaleza del ilícito antitrust que estamos considerando, el abuso de posición dominante, exige no sólo la comisión de una determinada conducta calificada como abusiva, sino que dicha conducta tenga unos efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado. En ocasiones la práctica decisoria de nuestra autoridad de competencia ha obviado este requisito, limitándose a calificar una conducta como abusiva pero no realizando un análisis de efectos. Este enfoque, que podríamos llamar legalista (form-based approach) es precisamente lo que la modernización de la prohibición contra las prácticas abusivas quiere evitar, y se ha concretado en señaladas actuaciones de la Comisión Europea como la publicación, en diciembre de 2005, de su Discussion Paper sobre la aplicación del Artículo 82 del Tratado CE a los abusos de exclusión, que aboga -entre otras muchas cosas- por un análisis basado en el impacto concreto que la conducta pretendidamente abusiva tiene sobre la competencia (effects-based approach) y no en su mera inclusión formal en un catálogo o lista de prohibiciones*”.

Sin embargo, el hecho de que se introduzca esta última exigencia, necesaria por otra parte, introduce un elemento comparativo que no siempre resulta fácil de aprehender. Ciertamente, si, como ocurre en el caso de las concentraciones (*vid supra*), es complicado superponer sobre un mercado más o menos competitivo (escenario pre-concentración) una operación de concentración para decidir si lo hará no competitivo mediante la creación o refuerzo de una posición dominante (escenario post-concentración), tampoco será fácil partir de un mercado no competitivo (escenario post-abuso) para imaginarlo sin esa práctica anticompetitiva (escenario pre-abuso) y dictaminar si, aún en él, la empresa podría haber obtenido o haber quedado en condiciones de obtener las ventajas de que se trate. Nótese, por otra parte, que si, en el caso de las concentraciones, ni siquiera se permite la creación o refuerzo de la posición dominante, ello es porque este objetivo lo conseguirían las empresas a través de una simple operación societaria, y no a través de una competencia meritatoria, a diferencia de la posición dominante alcanzada por una empresa sin el recurso a concentraciones, que se admite como fruto de su buen hacer empresarial.

En ocasiones muy claras, este análisis resultará, sin embargo, posible. Así, en el asunto decidido por la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 316/95, *Funerarias de Madrid 2*, fund. 5, la *Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid* alegó que la subida inequitativa de tarifas practicada iba orientada a compensar sus cuantiosas pérdidas, y que por tanto no suponían beneficios extraordinarios. El Tribunal de Defensa de la Competencia contestó que *“la existencia de pérdidas no justifica por sí sola el aumento de las tarifas, antes bien refuerza la conclusión de que la EMSFM se ha comportado como un monopolista típico que opta siempre por subir los precios en lugar de reducir sus costes, política que puede practicar por no tener ningún competidor”*.

A esta comparación se refieren, igualmente, las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes [DO C 45 de 24.2.2009, p. 7/20 (2009/C 45/02)] (Considerando 21): *“Al examinar un asunto, la Comisión analizará los factores generales que se enumeran en el apartado 20 junto con otros factores más específicos que se describen más adelante en las secciones relativas a determinados tipos de conducta excluyente, así como cualesquiera otros factores que pueda considerar pertinentes. Por lo general, esta evaluación se hará comparando la situación actual o probable en el futuro del mercado de referencia (a la luz de la conducta de la empresa dominante) con un contrafáctico adecuado, por ejemplo la simple inexistencia de la conducta en cuestión, o con otra situación alternativa realista en función de las prácticas comerciales vigentes”*.

La dificultad de este análisis es lo que lleva a que las autoridades de la competencia pongan esa lesión del juego de la competencia en términos de lesión de los intereses del consumidor final y de consecución de eficiencias. Es más fácil decidir si el comportamiento es ineficiente y lesiona el interés de los consumidores que dictaminar si la empresa dominante podría haber obtenido las mismas ventajas o provecho en un escenario de mercado competitivo.

En este sentido, debe deslindarse el concepto de beneficio del consumidor del de beneficio de los competidores, proveedores o clientes (no finales) hasta el punto de que, como observa Fishwick [*“Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and the EC”*, XXXIV/3 *The Antitrust Bulletin*, 456 (fall, 1989)], la explotación abusiva por una empresa de sus clientes, proveedores o competidores no significa necesariamente que haya de suponer

una desventaja para el consumidor final y por tanto en una pérdida general de eficiencia económica, si, por ejemplo, hace partícipe a los consumidores del excedente obtenido.

Llevando estas reflexiones a nuestro caso, probablemente, el mercado de producto pertinente al que estar para esta ponderación de la restricción del juego de la competencia (resultado lesivo) sería más el mercado de la publicidad televisada que el de los telespectadores, por todo cuanto se viene diciendo. Sin embargo, teniendo en cuenta que, como acaba de señalarse, la restricción del juego de la competencia tiende a asimilarse por las autoridades de la competencia a una lesión del interés general y de los de los consumidores (léase aquí telespectadores), para decidir si llega o no a darse ese resultado lesivo será enormemente importante discernir si se dañan los intereses de los televidentes, p.e., por la degradación de la calidad de la programación.

Partiendo de esa posición dominante colectiva de *Antena 3* y *Telecinco* dentro del mercado de los telespectadores, y suponiendo que llegaran a darse los perfiles del abuso de posición dominante a que nos acabamos de referir, cabría plantearse qué formas podría adoptar tal abuso.

En términos generales, los autores distinguen, en función de la vocación horizontal o vertical del abuso, entre un abuso de exclusión y otro explotativo. En el primero, se pretende la “*expulsión del mercado de algún competidor o, también, impedir o dificultar el ingreso de un nuevo operador*”, mientras que el segundo “*constituye un ataque a los intereses de los proveedores, de los clientes o de los consumidores*” (V. García Martínez, R.: “*La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia*”; publicado en la Revista del Poder Judicial n.º 64 de 2002; Pág. 43). A esta clasificación, con entrañar un cierto grado de simplificación, se ajustan, no obstante, las recientes Orientaciones de la Comisión sobre el abuso de exclusión.

En cuanto al riesgo de abuso de exclusión, el mismo iría más bien enfocado hacia la expulsión de los competidores del mercado de los telespectadores. Sin embargo, lo anterior es tanto como decir que un hipotético abuso de exclusión aspiraría a una expulsión de los competidores del mercado de la publicidad televisada, y realmente sería ésta la auténtica finalidad, por lo que será al hilo de este mercado cuando profundicemos sobre el abuso de exclusión. A *Antena 3* y a *Telecinco* que, p.e., *La Sexta* protagonizara emisiones en las que no insertara anuncios les preocuparía mucho menos que lo contrario.

Y respecto al riesgo de abuso explotativo, difícilmente podría imaginarse su existencia aguas abajo con respecto a los telespectadores, dada la inexistencia de una relación comercial y de precios entre el difusor en abierto y el televidente. Sí cabría imaginar, en cambio, su existencia en las relaciones con los anunciantes, pero esta hipótesis nos incardinaria, de nuevo, en el mercado de la publicidad televisada, por lo que será a propósito de éste que la estudiemos.

Por lo que se refiere a la posibilidad de abusos explotativos aguas arriba en las relaciones con los proveedores de los *inputs* o insumos necesarios para operar en el mercado de la TV en abierto, los mismos cabría imaginárselos en el caso de que *Antena 3* y *Telecinco* se prevalieran de su posición dominante colectiva para la imposición de condiciones inequitativas a los proveedores de contenidos (obras audiovisuales sin valor *premium* o canales temáticos) o a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas para la

transmisión de la señal audiovisual. Sucede, sin embargo, con relación a los primeros, que los mismos vienen a presentar en el mercado español un alto grado de integración vertical con relación al propio operador de TV en abierto, con lo que la posibilidad del abuso explotativo quedaría así descartada, además de que la multiplicación de canales derivada de la digitalización muy probablemente servirá para terminar de desterrar este riesgo de abuso explotativo aguas arriba, dada la multiplicación de la demanda de contenidos derivada de la también multiplicación de canales.

Tampoco cabría imaginar la existencia de un abuso de posición dominante colectiva de carácter explotativo protagonizado por *Antena 3* y *Telecinco* frente a los operadores de telecomunicaciones dedicados al transporte de señal audiovisual sobre ondas hertzianas partiendo del poder de mercado de que los mismos disfrutaban en nuestro país (como veremos al ocuparnos de la situación de, por ejemplo, *Abertis* dentro de estos mercados).

(3) Ante prácticas colusorias (cárteles)

Junto con el abuso de posición dominante, las denominadas prácticas colusorias conforman la categoría general de las prácticas restrictivas de la competencia. La prohibición de estas prácticas colusorias se encuentra dentro del ordenamiento comunitario en el Art. 101.1 TFUE (antiguo artículo 81), a cuyo tenor:

“1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.*

En términos prácticamente idénticos dispone el Art. 1.1 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia española (15/2007):

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.*

En el actual sistema de prohibición con excepción legal, supone lo anterior que tales prácticas quedarán prohibidas para los agentes económicos sin necesidad de que medie una previa declaración de las autoridades de la competencia. Por otra parte, se trata de una prohibición de comportamiento más que de resultados, es decir, que lo que se prohíbe es que las empresas lleguen a desplegar tales conductas, sin más. Estableciendo paralelismos con categorías propias del Derecho Penal, se trataría de ilícitos de mera actividad y no de resultado. Cosa diferente será que, por ejemplo, la producción de este resultado pueda jugar a la hora de graduar las sanciones a imponer.

Los dos polos del eje vertebrador de estas prácticas colusorias son, en primer lugar, la existencia de una **concertación o concierto de voluntades** y, en segundo lugar, que el mismo tenga un **objeto o efecto lesivo para el juego de la competencia**.

Por lo que se refiere al elemento del **concierto de voluntades**, la esencia de la colusión hay que cifrarla en la existencia de un “*pacto ilícito en daño de tercero*” (ésta es la definición dada por el Diccionario de la RAE). La forma que dicho concierto de voluntades adopte resulta prácticamente irrelevante con tal de que el mismo exista aún de la manera más tenue (la “*práctica conscientemente paralela*” a que se refiere el Art. 1 LDC). Este presupuesto del concierto de voluntades encierra una nota de bilateralidad o multilateralidad que se erige en factor esencial de diferenciación con respecto al abuso de posición dominante, que va referido a comportamientos unilaterales de los agentes económicos [Ver las referencias de Galán Corona (“*Tratado de Derecho...*”; Tomo I, Cáp. 4, §3.1., Pág. 178) a la sentencia del TPI de 3 de diciembre de 2003 (*Volkswagen II*) y a las resoluciones del TDC (la de 30 de mayo de 2000 – *Puerto Marín*, la de 4 de julio de 2000 – *Puerto de Santander* -, la de 17 de enero de 2002- *Fujifilm*)]. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que existan casos fronterizos que admitan ser examinados tanto desde el prisma de la colusión, como desde el enfoque que proporciona la institución del abuso (abuso de posición dominante colectiva). Se trata en suma de la existencia de concertación entre empresas que no llegan al extremo de su concentración por la vía de su integración, extremo que de darse haría entrar en funcionamiento todo el régimen de concentraciones que hemos tenido ya oportunidad de estudiar. Recurriendo a los juegos de palabras, la “colusión” entre dos empresas sería lo contrario de la “colisión” de las mismas en el mercado.

Refiriéndonos a la categoría de los **acuerdos**, la misma englobará, en primer lugar, los verticales vigentes entre agentes económicos situados en diferentes eslabones de la cadena de valor (por más que exista alguna una corriente doctrinal, como la encarnada por el profesor Alfaro en nuestro país, conforme a la que los acuerdos verticales no quedarían afectados por la prohibición del Art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE). En segundo lugar, comprendería los acuerdos horizontales caracterizados porque en ellos la concertación se da entre empresas activas en el mismo mercado de referencia o, lo que es igual, que compiten dentro del mismo nivel de la cadena de producción y distribución.

En este sentido, lo mismo valdrá que esa competencia se real y efectiva como que sea potencial. A estos efectos, se encarga de aclarar la Comisión (notas a pié números 8 de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal de 2001; en esto más completas que las de 2011) lo que ha de entenderse por competencia real: *“Se considera que una empresa es un competidor real si opera en el mismo mercado de referencia o si, de no existir el acuerdo, es capaz de adaptar su producción a la fabricación de los productos en cuestión y de comercializarlos a corto plazo sin ningún coste o riesgo adicional considerable, como respuesta a incrementos pequeños pero permanentes de los precios relativos (sustituibilidad de la oferta). [...] En cambio, cuando la sustituibilidad de la oferta implique introducir importantes modificaciones en sus activos corporales e incorporeales con el fin de adaptarlos, realizar considerables inversiones suplementarias, tomar decisiones estratégicas o sufrir retrasos importantes, la empresa no podrá considerarse un competidor, sino un competidor potencial (véase infra). Véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos del Derecho comunitario de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, apartados 20 a 23)”*.

Y, del propio modo, lo que ha de tenerse por competencia potencial (ibídem; nota al pié n.º 9): *“Se considera que una empresa es un competidor potencial si existen pruebas de que, de no existir el acuerdo, sería capaz y posiblemente realizaría las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado en cuestión, en respuesta a un aumento pequeño y permanente de los precios relativos. Esta evaluación debe basarse en un criterio realista, ya que no basta con la posibilidad puramente teórica de penetrar en el mercado (véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia; véase también el Décimotercer informe sobre la política de competencia, apartado 55 y Decisión 90/410/CEE de la Comisión en el asunto IV/32.009 Elopak/Metal Box-Odin, DO L 209 de 8.8.1990, p. 15). El acceso al mercado debe tener lugar suficientemente deprisa para que la amenaza del potencial acceso actúe como una presión sobre el comportamiento del participante en el mercado. Normalmente esto significa que el acceso debe producirse en un período corto. El apartado 26 de las Directrices sobre restricciones verticales (DO L 291 de 13.10.2000, p. 1) consideran un período máximo de 1 año a efectos de aplicar el Reglamento de exención por categorías de Restricciones Verticales (véase nota 511). Sin embargo, en casos particulares pueden tomarse en consideración períodos más largos. El período que las empresas ya activas en el mercado necesitan para ajustar sus capacidades puede usarse como patrón para determinar dicho período”*.

En el mercado español de la TV en abierto, lo mismo cabría que llegaran a darse acuerdos horizontales entre difusores que acuerdos verticales entre, p.e., por una parte, un difusor y, por otra, un proveedor de contenidos o un operador de telecomunicaciones que preste servicios de transporte de señal. Sin embargo, la dinámica de estos últimos acuerdos verticales muy probablemente habría que derivarla hacia toda la problemática del abuso explotativo (ver más arriba) o hacia la de la colusión vertical (ver más adelante).

Al margen de los acuerdos, también será posible que las prácticas colusorias dentro del mercado español de la TV en abierto consistan en una ***decisión o recomendación colectiva*** adoptada en el seno de una asociación de empresas, como podría ser la *Unión de Televisiones Comerciales (UTECA)*. Esta situación no diferiría, realmente, de la suscitada a escala europea con determinadas prácticas restrictivas adoptadas en el seno de la *Unión Europea de Radiodifusión (UER)*, a las que habrá oportunidad de referirnos.

De igual modo, será perfectamente imaginable que lleguen a plantearse dentro del mercado español de la TV en abierto prácticas colusorias en forma de ***prácticas concertadas***. Esta categoría de las prácticas concertadas actúa a modo de cajón de sastre en el que incluir todas aquellas actuaciones uniformes de las empresas y agentes económicos que no puedan reconducirse al ámbito de los acuerdos o decisiones. Citando al TJCE en su sentencia de 14 de julio de 1972 (*Materias colorantes*), se trata de “*una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas*” de modo que el resultado de esa coordinación “*se exterioriza en el comportamiento de los participantes*”.

El hecho de que hablemos de coordinación da para entender que, también en este caso, será necesario que exista un concierto de voluntades de los agentes económicos, aun el más elemental. Es decir, que no bastará con la existencia de unas actuaciones más o menos coincidentes, sino que se exige ese plus de la concertación. Este plus cabrá cifrarlo en “*la toma de contacto directa o indirecta entre operadores o empresas que tenga por objeto o efecto, ya influir en el comportamiento en el mercado de un competidor, actual o potencial, ya dar a conocer a dicho competidor el comportamiento que se ha decidido o se proyecta mantener en el mercado*” (*idem Materias colorantes*).

Podrá suceder que el paralelismo de conductas encuentre su justificación en las propias circunstancias del mercado de la TV en abierto (o de la publicidad televisada) y no en la existencia de concertación, pero este caso quedaría fuera del supuesto de las prácticas concertadas. Como destacó el TJCE en su sentencia de 16 de diciembre de 1975 (*Azúcar*), “*los operadores económicos están en su derecho a adaptarse inteligentemente a un comportamiento comprobado o previsible de sus competidores*”. También el TJCE en las sentencias *ICI v. Comisión* (Asunto 46/89, Rec., 1972, p. 619), *Suiker Unie v. Comisión* (Asunto 40/73, Rec., 1973, p. 1663), *Ahlström & Osakeyhtiö y otros v. Comisión* (Asuntos C-89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, Rec., 1993, p. I-1307), ante situaciones sin prueba de acuerdo entre las partes, entendió que no cabía imputar prácticas concertadas en sentido estricto y que la mera coordinación inconsciente de estrategias comerciales entre los miembros del oligopolio se escapaba del alcance del Art. 81 del TCEE.

Junto a las prácticas concertadas de que acabamos de ocuparnos, sitúa el Art. 1 de la LDC la figura de las ***prácticas conscientemente paralelas*** (no así el Art. 101 TFUE, que ni tan siquiera las menciona). Del uso de la disyuntiva “o” podría inferirse que estas prácticas conscientemente paralelas son algo diferente a las prácticas concertadas y en el mismo sentido parece haberse pronunciado el TDC (por todas, ver su resolución de 6 de marzo de 1992 en el caso de los detergentes).

Coincidimos con Galán [en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*”. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, Vol. I, Pág. 194] en que, contra lo que pudiera parecer a simple vista, no puede deducirse de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia que pueda prescindirse radicalmente del elemento consensual en el caso de estas prácticas conscientemente paralelas, pues ello conduciría al absurdo de entender que habría colusión en todos aquellos casos en que los operadores económicos actuarán de la misma forma, y ello aun cuando ese paralelismo de conductas viniera impuesto por las propias circunstancias del mercado (p.e., si un operador de TV en abierto, para mantenerse en competencia con otro en el mercado de la publicidad televisada, iguala la rebaja o la subida de precios que este último hubiera protagonizado a fin

de lograr un margen de beneficio bastante como para permitirle su supervivencia en el mercado).

En relación con las prácticas conscientemente paralelas llegó el TDC a señalar (*ídem* asunto de los Detergentes) que “*no exigen el elemento consensual aunque evidentemente no podrán ser explicadas por las reacciones normales o previsibles de los agentes en el mercado*”. Igualmente en la resolución del TDC de 9 de enero de 1987 (*Asturiana de Zinc*) podía leerse que “*la suposición de que detrás de la conducta conscientemente paralela ha de encontrarse inexorablemente, para que sea prohibida, un acuerdo, no viene impuesta por la Ley, debiendo por el contrario aceptarse que la prohibición alcanza a tales conductas, con independencia del acuerdo, en la medida en que deliberadamente los interesados, actuando unilateral pero armónicamente, estén sustrayendo a la competencia uno de sus elementos característicos*”.

Realmente, a través de esta categoría de las prácticas conscientemente paralelas pretenden reprimirse por el legislador español aquellos casos, a los que nos acabamos de referir al tratar de las prácticas concertadas, de prácticas paralelas donde no llega a probarse la existencia de concertación y en las que, sin embargo, el paralelismo no resulta razonablemente explicable a la vista de las circunstancias concurrentes en el mercado. Recurriendo de nuevo a instituciones propias del Derecho Penal, frente a la presunción de inocencia que impera en esa rama del ordenamiento, en el caso que ahora nos ocupa impera una presunción de culpabilidad. Así, los casos dudosos se resolverán aquí en contra de los operadores económicos, mientras que en el Derecho Penal el principio aplicable será el de *in dubio pro reo*.

Así, puede compartirse la afirmación del propio Galán (Op. Cit) de que la categoría de las prácticas conscientemente paralelas resulta distorsionadora. Varios operadores o empresas pueden estar desarrollando prácticas paralelas y ser cada una de ellas perfectamente consciente o sabedora de ese paralelismo y, sin embargo, ello no tendrá por qué determinar la existencia de colusión si el paralelismo obedece exclusivamente a las circunstancias del mercado. Por ello, cuando se habla por el legislador español de “prácticas conscientemente paralelas”, realmente, de lo que se quiere hablar es de “prácticas presumiblemente concertadas”; presumiéndose dicha concertación por el hecho de que la realidad del mercado y el juego de la competencia no avalan el paralelismo. Se trata, como dice Galán, de un error de enfoque al haberse acudido a la tipificación de las “prácticas conscientemente paralelas” elevándolas a categoría sustantiva cuando, en realidad, el mismo resultado práctico podría haberse llegado a alcanzar a través de normas procesales sobre presunciones y carga de la prueba (V. por todas la Resolución del TDC de 13 de julio de 1988 en el asunto *Sarrió*).

La doctrina del TJCE (sentencias de 14-7-1972; 13-7-1989 y 31-3-1993) en materia de comportamientos conscientemente paralelos supone que “*cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación, no podrá presumirse una concertación de esta naturaleza*”. También el TDC ha sentado que “*para que se pueda imputar la comisión de una conducta conscientemente paralela, es preciso que se cumplan conjuntamente los siguientes requisitos: 1) que los hechos estén suficientemente acreditados, 2) que haya una relación causal entre la presunta conducta y los hechos; 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos supuestos*” (Resolución de 11-5-1998, expte. 387/96, *Películas Vídeo*).

El anterior *excursus* nos permite, pues, alcanzar la conclusión de que las prácticas colusorias dentro del mercado español de la TV en abierto podrán revestir cualquiera de las formas típicas, a saber, acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas.

Además del anterior elemento consensual, sería necesario, para que pudiera hablarse de un supuesto de colusión dentro del mercado de la TV en abierto, que llegara a darse una **afectación de la competencia** dentro del mismo. En efecto, el Art. 101 TCEE exige que las prácticas de que se trate “*tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia*” y, en idéntico sentido, el Art. 1.1 LDC prohíbe toda práctica que “*tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia*”.

Como subrayan los autores, también Galán, inicialmente, el concepto de restricción manejado, sobre todo en el ámbito comunitario, fue uno en el que se atendía a un recorte de la libertad contractual de las partes del acuerdo – entiéndase éste en un sentido lato y comprensivo también del resto de prácticas – que pudiera conducir a compartimentaciones dentro del mercado común (así SSTCEE de 13 de julio de 1966 – Caso *Grundig* –; de 14 de diciembre de 1983 – *Ciments et Betons* –; y de 21 de febrero de 1984 – *Hasselblad*). Sin embargo, este planteamiento tiende a ser superado para pasar a entender que lo relevante no es tanto un recorte de la libertad contractual de las partes, como una efectiva afectación en perjuicio de los consumidores de parámetros competitivos relevantes como son los ya conocidos del precio, calidad, cantidad, variedad o novedad de los productos o servicios. De este modo cabrá que determinadas restricciones de la libertad contractual de las partes implicadas puedan terminar produciendo un efecto benéfico sobre esos parámetros competitivos (V., por todas, SSTCE de 25 de octubre de 1977 – *Metro Saba* –; de 11 de diciembre de 1990 – *L’Oreal* y de 8 de junio de 1982 – *Semillas de maíz*).

Esta idea enlaza con la también expuesta al tratar de la afectación de la competencia como presupuesto del abuso de posición dominante en cuanto a que, dada la particular superposición de los mercados de los telespectadores y de la publicidad televisada, probablemente la forma más acertada de calibrar esa afectación de la competencia sea ponderar los perjuicios para los telespectadores, más que para los anunciantes, que al fin y al cabo carecen de la condición de consumidores o usuarios finales. Lo anterior podría perfectamente resultar de la puesta en relación de los niveles de publicidad soportada por el telespectador con la calidad, diversidad y novedad de la parrilla de programación disfrutada por el mismo.

Finalmente, se hace complicado que ante un supuesto de colusión dentro del mercado español de la audiencia o de los telespectadores pudieran llegar a concurrir alguna de las eficiencias previstas en el Art. 1.3 LDC o 101.3 TFUE que pudieran dotar de licitud a la práctica en cuestión. Cabría, en cambio, imaginarlas en el caso de prácticas desplegadas en el mercado de la publicidad televisada con incidencia en el de los telespectadores (p.e., un acuerdo de fijación de precios entre difusores que, en un entorno de crisis del mercado de la publicidad, les permitiera mantener sus ingresos y, por ende, la calidad de la programación suministrada a los televidentes).

Centrándonos ya en la posibilidad de cárteles dentro de ese mismo mercado español de la TV en abierto, recordaremos con la Comisión (Comunicación de la Comisión relativa a la

dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel; DO C 45 de 19 de febrero de 2002) que los mismos admiten ser definidos como “*los acuerdos secretos entre dos o más competidores que tienen por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*”. En idéntico sentido la definición del Diccionario de la RAE: “*Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial*”.

Se trata, en suma, de acuerdos que no trascienden al mercado ni a la opinión pública, y que persiguen que las partes de los mismos puedan consensuar los precios o los niveles de calidad, cantidad, variedad o novedad de los productos o servicios de referencia o repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento. Es tanta la gravedad de estos acuerdos que los mismos quedan prohibidos de plano y sin necesidad de pasar a evaluar cuáles son sus efectos anticompetitivos en el mercado de referencia.

Se cita por los autores (Odriozola...; Op. Cit. Nota al pie núm. 443; en pág. 230 y nota al pie núm. 10) el asunto del ácido cítrico (Decisión de la Comisión COMP/E-1/36.604 de 5 de diciembre de 2001, DO L 239, de 6 de septiembre de 2002, p. 18) donde existía una concertación en horizontal entre varias empresas, en detrimento de los fabricantes chinos que habían incrementado el volumen de sus exportaciones con destino al mercado europeo, gracias a la significativa subida de precios del ácido cítrico durante el periodo de funcionamiento del cártel. En este caso, los componentes del cártel intentaron recuperar parte de la cartera de clientes ganados por los proveedores chinos (incluidos en la llamada lista de Serbia) mediante una política de precios concertada y cuidadosamente estudiada y dirigida a través de reuniones periódicas.

Inciendiando sobre las concretas formas de manifestación del cártel, el carácter gratuito de los servicios de difusión televisiva excluiría todo riesgo de acuerdos de fijación de precios y, del mismo modo, la ausencia de lazo comercial entre difusor y televidente tampoco dejaría margen para acuerdos de fijación de otras condiciones de la transacción diferentes al precio. Cosa diferente podría ser que todo lo anterior pudiera darse en el mercado de la publicidad televisada, al que habrá oportunidad de referirse.

Mayor virtualidad podrían, en cambio, tener los acuerdos de reparto del mercado. Este reparto puede operarse con sujeción a criterios temporales. P.e., en la resolución del TDC de 28 de septiembre de 1999, Expte. 440/98, *Funerarias Tenerife* se trataba de una práctica consistente en establecer un turno de guardia rotativo semanal para la prestación en exclusiva de los servicios funerarios correspondientes a fallecimientos acontecidos en diferentes centros hospitalarios. Igualmente, en la resolución del TDC de 20 de mayo de 1994 – Expte. 338/93; *Funerarias del Ampurdán* – se establecían turnos bimensuales para la prestación de determinados servicios funerarios. En Europa cabría citar la Decisión 2003/207/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2002 (Asunto COMP/E-3/36.700; *Gases médicos industriales* – DO L 84 de 1 de abril de 2003, p. 1) en la que los más importantes proveedores de gases industriales de los Países Bajos pactaban no dirigirse a los clientes de sus competidores durante un periodo de dos a cinco meses cada año como forma de aplicar los incrementos de precios pactados. En el mercado de la audiencia o los telespectadores tendrían probabilidad de darse los acuerdos de reparto del mercado con arreglo a estos criterios temporales, Vg., si *Antena 3* y *La Sexta* se comprometieran cada una a no competir con la otra, p.e., mediante una programación especialmente atractiva, dentro de diferentes franjas horarias, de modo que cada una pudiera hacerse fuerte en cada una de esas franjas.

El reparto del mercado puede también basarse en categorías de clientes. P.e., en la Decisión de la Comisión 2003/569/CE de 5 de diciembre de 2001 (Asunto IV/37.614/F3 *PO/Interbrew y Alken-Maes*; DO L 200 de 7 de agosto de 2003, p. 1) se sancionaron dos cárteles materializados en 1993 y 1998 por reparto de clientes en el sector de la hostelería y de la restauración y en el mercado de la cerveza, respectivamente. Muy parecido fue el caso dirimido en la Decisión 2002/759/CE de 5 de diciembre de 2001 (Asunto COMP/37800/F3 – *Fábricas de cerveza luxemburguesas* – DO L 253 de 21.9.2002, p. 21) donde existía un acuerdo por escrito en virtud del cual cada uno de los fabricantes se comprometía a no surtir a los clientes de su competidor. Igualmente, en la Decisión 79/934/CEE de la Comisión de 5 de septiembre de 1979 - DO L 286 de 14.11.1979, p. 32 – las partes se repartían por categorías de clientes, distinguiendo entre grandes y pequeños, el mercado danés del etanol sintético. También estos acuerdos de reparto de mercados por categoría de clientes podrían llegar a darse en el mercado de los telespectadores, así, p.e., si *Antena 3* y *Telecinco* se repartieran la audiencia en función de los tramos de edad o gustos del público. Bien es verdad que el margen para esta clase de acuerdos quedará progresivamente limitado en un entorno de TV digital y multiplicación de la oferta de canales.

Dejando al margen las consecuencias dentro del mercado español de la publicidad televisada, el principal efecto anticompetitivo de tales acuerdos habría que cifrarlos en la compartimentación del mercado de los televidentes, que verían limitadas sus facultades de acceso a una oferta diversificada de programas. La consecuencia sería, en fin, la de una importante degradación de la calidad competitiva dentro de cada una de las áreas del mercado de la TV así troceado y la perpetuación de diferentes condiciones de competencia en cada una de esas áreas. Y, en cuanto a la posibilidad de exención individual o colectiva, los autores (por todos Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...]*”; Op. Cit. Pág. 256), prácticamente la descartan en relación con los acuerdos de reparto de mercados, en general, y, en efecto, resultaría difícil concebir eficiencias cuya importancia fuera la bastante como para compensar la neutralización del juego de la competencia dentro de los diversos compartimentos creados dentro del mercado de referencia, que en este caso sería el de la audiencia.

También son imaginables dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores los cárteles de limitación de la producción, pero, más que referidos a la cantidad de la misma, lo que obviamente no es posible, centrados en la calidad y variedad de los contenidos audiovisuales suministrados. Probablemente, la forma de articular un cártel así pasaría por acuerdos en torno al volumen de la inversión realizada por los operadores para hacerse con contenidos audiovisuales que difundir. Por otra parte, tales acuerdos podrían, muy probablemente, investirse de un carácter sólo instrumental con respecto a otros de reparto del mercado, que tenderían a garantizar, de modo que cada una de las partes del acuerdo se mostrase respetuosa con la parte de mercado que a la otra pudiera corresponder (V., fuera de los mercados que nos ocupan, Decisión 85/74/CEE de la Comisión de 23 de noviembre de 1984, *Peroxygenes* – DO L 035 de 7 de febrero de 1985, p. 1).

En cuanto a la posibilidad de exención individual o colectiva, será más probable que en el caso de los acuerdos de reparto de mercado. En efecto, en el caso de industrias en crisis o en las que la oferta se encuentra muy por encima de la demanda (p.e., sector agrícola y ganadero) puede resultar aconsejable la limitación durante cierto tiempo de la capacidad productiva de los agentes económicos a fin de lograr una estabilización del precio de los productos. Extrapolando estas reflexiones al mercado de la TV en abierto, una fuerte crisis

dentro del mercado de la publicidad televisada, podría ser la razón de que, para poder continuar con su negocio, varios difusores se pusieran, p.e., de acuerdo para no emitir cine de *Hollywood*.

4. Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)

A pesar de que, como venimos destacando, el presupuesto de la evaluación dinámica del juego de la competencia en los casos de colusión vertical tendría que ser el enjuiciamiento de un caso concreto, resulta posible hilar algunas conclusiones de carácter más o menos general sobre prácticas colusorias verticales dentro del mercado de español la audiencia o de los telespectadores, basándonos, para ello, en las conclusiones contenidas en las Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 130 de 19.5.2010, p. 1) [en general, sobre restricciones verticales puede verse Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España”*; Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; *“Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; Págs. 313 y ss.].

La definición de acuerdo vertical a la que hay que estar es la que brinda el Reglamento (CE) No 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento de Exención por categorías; DO L 336 de 29.12.1999, p. 21): *“los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”* [en este sentido, V. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de Derecho...”*; Op. Cit; § 3.1.1. *“Definición de acuerdos verticales”*; Págs. 322 y ss.).

Esa definición es, por otra parte, idéntica a la contenida en el Art. 1.1.a del Reglamento (UE) n o 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102 de 23.4.2010, p. 1/7). El nuevo Reglamento de Exención incluía un Art. 9 bajo la rúbrica de *“Periodo transitorio”*. Conforme a él, *“la prohibición establecida en el artículo 101, apartado 1, del Tratado no se aplicará durante el período comprendido entre el 1 junio de 2010 y el 31 mayo de 2011 a los acuerdos ya vigentes el 31 mayo de 2010 que no cumplan los requisitos para la exención establecidos en el presente Reglamento, pero que en dicha fecha sí cumplían las condiciones establecidas en el Reglamento (CEE) no 1999/2790”*.

Una idea básica de la que partir a la hora de evaluar el riesgo de acuerdos verticales con incidencia en el mercado español de la TV en abierto sería la de que tales acuerdos verticales tendrían un efecto menos lesivo para el juego de la competencia que los horizontales. La razón de lo anterior es que, en las restricciones verticales, la connivencia entre operadores activos en uno y otro eslabón de la cadena de producción convive con la existencia de intereses contrapuestos entre ellos, contraposición de intereses que no llegará a darse en las restricciones horizontales.

La Comisión lo expresa en términos como los siguientes (núm. 98 de las Directrices relativas a las restricciones verticales-SEC (2010) 411 final): *“Por lo general, las*

restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales. La razón principal de concentrarse en las restricciones horizontales estriba en que pueden consistir en acuerdos entre competidores que produzcan bienes o servicios idénticos o intercambiables. En tales relaciones horizontales, el poder de mercado que ejerce una empresa (el poder de fijar un precio más elevado de su producto) puede beneficiar a sus competidores. Ello puede suponer un incentivo para inducir a los competidores a actuar de modo contrario a la competencia. En las relaciones verticales el producto de uno es el insumo de otro, lo que quiere decir que las actividades de las partes del acuerdo son complementarias. En consecuencia, el poder de mercado ejercido por la empresa del mercado anterior o la del mercado posterior influiría, por lo general, negativamente en la demanda del producto de la otra. Las empresas participantes en el acuerdo pueden, por lo tanto, contar con un incentivo para impedir el ejercicio del poder de mercado por la otra”.

Ilustrando lo anterior con un ejemplo, tendríamos que el juego de la competencia dentro del mercado español de la difusión televisiva saldría mucho más perjudicado en un supuesto de colusión horizontal entre, por ejemplo, *Antena 3* y *Telecinco* para coordinar sus programaciones que en otro de colusión vertical entre, por ejemplo, *Telecinco* y una editora de canales temáticos para TV por la que ésta se comprometa a suministrar en exclusiva a la misma *Telecinco* (en el primer caso sólo habría interés común por eliminar terceros competidores, mientras que en el segundo a ese interés acompañaría una contraposición entre el interés de la editora, p.e., por obtener el mayor precio posible por sus canales y el de *Telecinco* por lo contrario).

A pesar de que las Directrices entienden que las restricciones verticales son menos perniciosas para el juego de la competencia que las horizontales, lo cierto es que las mismas no dejan de centrarse en sus efectos anticompetitivos. En este sentido, los autores (entre nosotros Zurimendi; “*El modelo más eficiente...*”; Págs. 6 y Ss.; Op. Cit.) se encargan de resaltar como las más de las veces las restricciones verticales serán más procompetitivas que anticompetitivas.

En esta línea, se observa que fue mérito de la Escuela de Chicago destacar los efectos beneficiosos o eficiencias derivados de la colusión vertical. El planteamiento era el de que las restricciones verticales restringían la competencia intramarca (entre distribuidores de una misma marca), pero fortalecían la competencia intermarcas (entre las distintas marcas de un mismo producto de referencia). Esto último, siempre que el poder de mercado de las partes del acuerdo no fuera excesivo porque, de ser así, sobre todo en mercados oligopólicos, los acuerdos verticales, más que estimular la competencia intermarcas, podían llegar a incentivar la colusión. Estas eran las razones de que se entendiera que los acuerdos verticales debían considerarse autorizados, salvo en estos supuestos excepcionales de poder de mercado. Este planteamiento tiene reminiscencias en el Reglamento de Exención por categorías, que considera que por debajo de ciertos niveles de poder de mercado los acuerdos verticales no perjudicarán la competencia. Sin embargo, este sistema de cuota de alguna manera se compensa con otro en virtud del cual el propio criterio de la cuota no jugará respecto de determinadas categorías de acuerdos verticales considerados y catalogados como de especial gravedad.

Entre las posibles eficiencias de los acuerdos verticales destacan, por ejemplo, los autores (Zurimendi, *Ídem*), alguna que nosotros podríamos extender al mercado español de la TV en abierto. Tal sería el caso de la financiación a un menor coste. Sobre la base de una relación estable basada en la colusión vertical es probable que proveedor (surtiendo mercancías por

anticipado) o cliente (pagándolas anticipadamente) se concedan crédito a un menor coste que el que implica el recurso a entidades financieras. El coste de esa financiación puede suplirse, por ejemplo, por cláusulas de exclusividad del lado de la compra o del suministro, garantías de compra o de suministro, etc., y, en fin, por otras fórmulas fuera del alcance los bancos. Ahora bien, podrá ocurrir que esos ahorros de coste en la financiación no tengan por qué llegar a repercutir en la relación con los consumidores. Esta clase de eficiencias resultarían perfectamente aplicables a los acuerdos verticales concertados por los difusores en abierto con proveedores de contenidos o con proveedores de servicios de transporte de señal sobre redes de comunicaciones electrónicas.

El examen de la colusión vertical, que se da entre operadores activos en mercados ascendentes o descendentes los unos respecto a los otros, al hilo del mercado de la audiencia o de los telespectadores, por fuerza nos llevará a recordar cuáles son sus mercados ascendentes, que son los que se refieren a los *inputs* o insumos necesarios para la prestación de los servicios de difusión televisiva a los televidentes. Recordando lo dicho más arriba, tendríamos que son estos, sobre todo, los inscritos en el segmento de los contenidos que han de ser difundidos y los enmarcados en el segmento de las comunicaciones electrónicas consistentes en el transporte de la señal del organismo de radiodifusión con destino a los televidentes. Por otro lado, dado que los servicios de difusión televisiva en abierto son servicios prestados a usuarios finales, podrían ser catalogados como “minoristas”; lo que excluiría la existencia de mercados descendentes.

Tras recordar esta definición, puede ser oportuno traer igualmente a colación la distinción dentro de las prácticas colusorias verticales entre aquellas que restringen la competencia intramarca (la que se da entre los compradores o proveedores de una misma marca de producto o servicio) y aquellas otras que limitan la competencia intermarcas (la que se da entre productos o servicios de diferente marca).

Partiendo de lo anterior y atendiendo a las características del mercado que nos ocupa, cabe concluir que los riesgos son sobre todo de colusión vertical que restrinja la competencia intermarcas. En efecto, los servicios de difusión televisiva en abierto se caracterizan por prestarse por el difusor, sin contraprestación ni intermediaciones, a todos los televidentes incluidos dentro del mercado geográfico de referencia, por lo que no existirá competencia intramarca que restringir entre los proveedores de una misma marca (p.e., *Tele 5* prestará directamente sus servicios de difusión televisiva a todos los espectadores españoles, sin que pueda hablarse con propiedad de “distribuidores” de la cadena *Tele 5*).

A este respecto, convendrá matizar que los operadores de comunicaciones electrónicas que hacen llegar la señal hasta el usuario final (Vg., *Abertis* en nuestro país con relación a la plataforma terrestre) no son “distribuidores” de los servicios de difusión televisiva en el sentido del término manejado por las Directrices sobre restricciones verticales, sino que actúan como simples proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas al organismo de radiodifusión para que éste pueda prestar esos servicios de difusión televisiva a los televidentes. Acaso una excepción con respecto a lo anterior pudiera ser la de los mercados nórdicos (*Vid Infra* el asunto de la creación de *Newco* por *Telia* y *Telenor*). En este sentido, Alexander Scheuer, Carmen Palzer, Jens-Daniel Braun y Ralf Capito, en “*Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis Final Report (18 July 2005)*”, apuntan: “*In the Nordic region, for instance, the situation is just the other way round. Here, distributors of TV signals are buying rights to content from TV broadcasters, see Commission Decision, 2001/98/EC, Telia/Telenor (Case IV/M.1439), [2001] OJ L 40/1, para. 278*”.

Por último, si habrá lugar a la restricción de la competencia intramarca con relación a mercados ascendentes con respecto al de la TV en abierto (Vg., la competencia entre diversas cadenas en abierto para distribuir las obras audiovisuales con la marca de una determinada productora) pero será al hilo de estos últimos cuando las mismas deban ser estudiadas.

En la medida que los servicios de difusión televisiva en abierto dan lugar a un mercado de servicios finales, los efectos restrictivos para el juego de la competencia derivados de la colusión vertical que se proyecten sobre el mismo serán más graves que los proyectados sobre otros mercados situados en los eslabones superiores de la cadena de producción. Así, un acuerdo vertical por virtud del cual, p.e., un operador de comunicaciones electrónicas con poder significativo dentro del mercado de la transmisión de señal de TV se comprometiera a suministrar servicios de transporte de señal sólo a determinadas cadenas en abierto y no a las demás, al restringir la competencia intermarcas propiciando la exclusión de ciertos difusores del mercado de la audiencia o de los telespectadores, revestiría mayor gravedad que otros acuerdos verticales que pudieran dejar sentir sus efectos en los mercados ascendentes, como cuando, Vg., ese mismo operador de comunicaciones electrónicas, sin negarse a prestar sus servicios a cualquier cadena en abierto interesada, sí condicionara esa prestación a que la misma no contratara los servicios de transporte de un competidor del primero.

Un primer presupuesto para que por las autoridades de la competencia pueda valorarse los efectos anticompetitivos dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores derivados de una restricción vertical determinada será el de que no resulte de aplicación el Reglamento de Exención por categorías; siendo indiferente, en este punto, que se trate del español o del europeo pues ambos, como vimos, tienden a identificarse.

En el ámbito de, entre otros, el Reglamento n.º 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado por medio de reglamento a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas, la Comisión ha adoptado y podrá seguir adoptando los llamados “Reglamentos de exención por categorías”, mediante los cuales declara inaplicable el apartado 1 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas.

El ordenamiento jurídico español se encontraba adaptado a las previsiones del Derecho Comunitario en materia de exenciones por categorías en virtud del Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, por el que se desarrollaba la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia (BOE 15.4.2003). Esta norma, en su integridad, se mantuvo en vigor hasta la aprobación de un nuevo texto reglamentario por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 4.7.2007), que tuvo lugar mediante la promulgación del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el nuevo Reglamento de Defensa de la Competencia. La Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 261/2008 ha venido a derogar los artículos 2 y 3 del capítulo I, los artículos 14 y 15, apartados 1 a 4, del capítulo II y el capítulo III del Real Decreto 378/2003.

En cualquier caso y con independencia de lo anterior, ya conforme al Art. 1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, resultaban de aplicación en nuestro país los Reglamentos Europeos de Exención por categorías, incluido el 2790/1999 referido a los

acuerdos verticales, “incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE”. Además de lo anterior, el Art. 1.5 de esa misma Ley preveía que el Gobierno, mediante Real Decreto, pudiera declarar la aplicación del apartado 3 de este artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

Como es sabido, la aplicabilidad del Reglamento de Exención por categorías parte de un primer presupuesto como es la inexistencia de poder de mercado, lo que se asimila a que ni proveedor ni cliente disfruten, en sus mercados respectivos, de una cuota de mercado por encima del límite del 30 % [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de (...) “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs. 321 y ss.); “§ 3. 2. Umbral de cuota de mercado” (Págs. 330 y ss.); “§3.2.1. Cuota de mercado del proveedor” (Págs. 331 y ss.); “§3.2.1. 3.2.2. Cuota de mercado del comprador” (Págs. 332 y ss.); “§3.2.3. Cálculo de la cuota de mercado” (Págs. 332 y ss.)].

Así (v. Art. 3.1 del Reglamento), “la exención prevista en el artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales [por ejemplo, el mercado neerlandés de sustitución de neumáticos de camiones y autobuses en el asunto *Michelin* (asunto 322/81, NV *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*/Comisión, Rec. 1983, p. 3461), los diversos mercados de la carne en el asunto danés relativo a los mataderos, Decisión de la Comisión 200/42/CE en el asunto n° IV/M.1313, *Danish Crown/Vestjske Slagterier*, DO L 20 de 25.1.2000, p. 1.; la cita es de la Comisión en nota al pie n. ° 27 de las Directrices sobre restricciones verticales de 2000] y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales” [se trata de mercados de compra en los que la cuota a la que estar será la que tenga el comprador en el mercado de referencia en el que adquiera los bienes y servicios de sus proveedores, en cuanto que expresiva de su poder de compra; para un ejemplo de mercados de compra, véase la decisión de la Comisión 1999/674/CE en el asunto n° IV/M.1221, *Rewe/Meinl*, DO L 274 de 23.10.1999, p. 1.; *Ídem Supra*; nota al pie n. ° 28 de las Directrices sobre restricciones verticales].

La introducción de un límite de cuota de mercado fue ya objeto de un intenso debate a propósito del anterior Reglamento de Exención por Categorías 2790/1999. Se argumentó que lo anterior arrojaba una cierta indefinición, en particular, a causa de las dificultades para la definición del mercado relevante {ver D. Schroeder, “*The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds*”, [1997] ECLR 430 (431); también se encuentra una crítica de la vinculación de la exención a la cuota de mercado en Bishop, S. “*EC Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy*”, *European Competition Law Review*, Volume 23, Issue 1, Enero 2002, p. 35}. El recurso a las cuotas de mercado como el único criterio para la identificación del poder de mercado se puso también en entredicho {M. Griffiths, “*A Glorification of De Minimis – The Regulation on Vertical Agreements*” [2000] ECLR 241 (245)}.

Estas objeciones dejarían como única alternativa, frente a un sencillo indicador como es el de la cuota de mercado, la de operar únicamente con las Directrices sobre restricciones verticales aplicando un cúmulo de factores para la ponderación de cada acuerdo vertical. La Comisión fue sin embargo de la opinión de que lo anterior permitiría a los operadores un menor grado de certeza que el sistema de un Reglamento de Exención por Categorías

combinado con unos umbrales de cuota de mercado. En su Comunicación sobre la aplicación de las normas comunitarias de la competencia a las restricciones verticales (documento de seguimiento del Libro Verde), p. 25, la Comisión fue concluyente al señalar “*nadie ha podido proponer un mejor indicador que la cuota de mercado para un reglamento de exención por categorías*”.

Por otra parte, conviene tener muy presente que el término de poder de mercado se refiere al tope del 30 por ciento de cuota de mercado establecido por el Art. 3 del Reglamento de Exención por Categorías y que el mismo no debe ser confundido con el concepto de posición dominante a que se refiere, por ejemplo, el Art. 102 que regula el abuso de posición dominante.

En el caso de restricciones verticales que dejan sentir sus efectos sobre el mercado de la audiencia o de los telespectadores, lo anterior nos remitiría, en primer lugar, a la cuota disfrutada por el proveedor en cualquiera de sus mercados ascendentes que, como se ha dicho, serían sobre todo los del suministro de contenidos para ser difundidos (obras audiovisuales para TV en abierto) y mercados de la transmisión o transporte de la señal de TV. Determinar si lo anterior se da o no dependerá, como es lógico, de las circunstancias del caso (p.e.: en nuestro país, dado que el operador *Abertis* disfruta de una cuota de mercado muy por encima del 30 % dentro el mercado del transporte de señal de TV, cualquier restricción vertical acordada entre la propia *Abertis* y un organismo de radiodifusión cualquiera en ningún caso podría beneficiarse de la exención por categorías).

Habría, a simple vista, un mayor margen para la aplicación del Reglamento a los acuerdos entre proveedores de contenidos y operadores en abierto. En estos casos, muy probablemente, cabría que el proveedor de contenidos, p.e., una editora de canales temáticos, no tuviera más de un 30 % del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos y, asimismo, que el cliente, p.e., *La Sexta*, no representara más del 30 % de las compras de esa clase de canales.

No obstante lo anterior, la sistemática del Reglamento exige para la aplicación de la exención por categorías, no sólo la ausencia de poder de mercado por encima de determinado umbral de cuota, sino además la de que el acuerdo no se inscriba dentro de ciertos tipos expresamente excluidos.

Se mantiene, por tanto, la línea del Reglamento No. 2790/99, que, a diferencia de sus predecesores, funcionaba sobre la base de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. Esta es la consecuencia de seguir un sistema de “lista negra” y no de “lista blanca”, de modo que quedaría desterrado el efecto “camisa de fuerza” que se achacaba a la legislación anterior, en la que la exención podía perderse desde el momento en el que se incorporara a los contratos de distribución algo no expresamente contemplado. En este sentido, se criticaba que las empresas tuvieran que limitar sus prácticas de distribución a determinadas categorías preestablecidas sin libertad para disponer fórmulas creativas diferentes ante el riesgo de que las mismas pudieran ser consideradas como contrarias a la normativa *antitrust* [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§ 2. Principios generales de la política comunitaria de restricciones verticales” (Págs. 316 y ss.); “§ 2. 2. La superación del efecto “camisa de fuerza”: la lista negra de restricciones no admisibles” (Págs. 318 y ss.)].

Dentro de esos acuerdos excluidos, merecen una mención destacada los acuerdos verticales que incluyan cláusulas de cesión al comprador o de utilización por éste de derechos de propiedad intelectual, si dichas cláusulas constituyen el objeto principal de dichos acuerdos y no están directamente relacionadas con el uso, venta o reventa de bienes o servicios por el comprador o sus clientes (Art. 2.3). *“Vertical restraints in the media sector may fall outside the scope of Regulation No. 2790/99 not only because the parties’ market shares are above 30 per cent but also because the primary purpose of the agreement may be the use of intellectual property rights by the buyer (see Article 2 (3) Regulation No. 2790/99). According to the Guidelines on Vertical Restraints, agreements relating to copyright licensing – such as broadcasting contracts concerning the right to record and/or the right to broadcast an event – typically fall within this provision”*(Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis Final Report (18 July 2005); Institute of European Media Law).

En el mercado español de la TV en abierto, jugarán un papel destacado los acuerdos de cesión de derechos de propiedad intelectual sobre contenidos audiovisuales para su difusión. Se encarga de aclarar la Comisión (n.º 33 e de las Directrices sobre restricciones verticales), *“el Reglamento de Exención por Categorías no cubre, por ejemplo: [...] las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho de grabar o de retransmitir un acontecimiento”*. Esto se explica porque, en tales casos, la cesión de derechos de propiedad intelectual es el objeto principal del acuerdo.

En resumidas cuentas, que si bien por razones de cuota de mercado, podría resultar de aplicación el Reglamento de Exención por categorías al citado acuerdo entre *La Sexta* y una editora de canales temáticos, la naturaleza del acuerdo, cuyo objeto principal sería la cesión de derechos de propiedad intelectual, supondría que el mismo quedara finalmente sin aplicación al caso. Todo lo anterior nos permite concluir, en definitiva, la práctica inaplicabilidad, por un motivo o por otro, del Reglamento a los acuerdos verticales que pudieran celebrar las cadenas en abierto con sus proveedores de insumos.

El dato de que cierta restricción vertical no entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por categorías no implica que la misma deba presumirse ilegal; o, dicho en palabras de la Comisión (Apartado 96 de las Directrices sobre restricciones verticales): *“A condición de que no contengan restricciones de la competencia por el objeto y en especial restricciones especialmente graves de la competencia, no se presume que los acuerdos verticales que quedan fuera de la exención por categorías porque se excede el umbral de cuota de mercado estén cubiertos por el artículo 101, apartado 1, o no cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3. Es preciso hacer una evaluación de los efectos probables del acuerdo. Se anima a las empresas a que hagan su propia evaluación. Los acuerdos que no restringen la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, o que cumplen las condiciones del artículo 101, apartado 3, son válidos y aplicables. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado no es necesario hacer ninguna notificación para beneficiarse de una exención individual de conformidad con el artículo 101, apartado 3. En caso de que la Comisión proceda a un análisis individual, recaerá sobre ella la carga de la prueba de que el acuerdo en cuestión infringe lo dispuesto en el artículo 101, apartado 1. En cambio, las empresas que invoquen el beneficio de las disposiciones del artículo 101, apartado 3, deberán aportar la prueba de que se cumplen las condiciones de dicho apartado”*.

Una vez concluido que no resulta de aplicación el Reglamento de Exención por categorías, lo siguiente para que los acuerdos verticales lleguen a restringir el juego de la competencia en un mercado determinado (en nuestro caso, el español de la difusión televisiva) será que se encuentren en una situación de poder en su mercado respectivo proveedor (en el de las obras audiovisuales para TV en abierto o en la transmisión de señal audiovisual) o comprador (en el de la difusión televisiva), o ambos.

En términos generales, el poder de mercado se asimila a la reducción de la competencia intermarcas y puede ser definido, por cuanto a los proveedores se refiere, como la facultad de subir los precios por encima de un nivel competitivo y, al menos en el corto plazo, de obtener beneficios por encima de lo normal.

Sólo cuando exista poder de mercado o, lo que es igual, cuando la competencia intermarcas sea insuficiente, cobrará sentido la protección tanto de esta última, como de la competencia intramarca. La situación de poder de mercado que se exige para que una restricción vertical llegue a producir los referidos efectos anticompetitivos puede ser menos intensa que la necesaria para la existencia de posición dominante dentro de los mercados en general o de poder o peso significativo de mercado (PSM) dentro de los inscritos en el segmento de las comunicaciones electrónicas – estos dos últimos conceptos, posición dominante y PSM, tienden a asimilarse (Vg., en nuestro país, una cadena como *Telecinco*, con un *share* dentro del mercado genérico de la TV en abierto que viene a situarse algo por encima del 20 %, podría estar en una situación de poder de mercado que le permitiría protagonizar prácticas colusorias verticales, pero no en otra de posición dominante que le facultara para, aisladamente, abusar de la misma).

La intensidad del poder de mercado no tiene que ser tanta como para dar lugar a una posición dominante. Esto tampoco es objeto de discusión entre la mayoría de autores. Como dice el profesor Pellisé (Op. Cit.; con remisión a Van Gerven: *“Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne”*; Bruxelles: Ed. Bruillant, 1966; pág. 89): *“A diferencia de las prácticas colusorias de los artículos 81 TCE y 1 LEDC que para entrar en el tipo basta con que el acuerdo de las empresas implicadas tenga un efecto restrictivo sensible sobre la competencia sin que sea necesario que éstas detenten individualmente o en conjunto una posición de dominio en el mercado; para que haya abuso es necesario que la empresa actora esté en posición de dominio”*.

Una posición discrepante es, sin embargo, la de Alfaro Águila-Real, J., *“Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”*; Trabajo preparado para la 1ª Conferencia de Derecho y Economía de la Competencia, Madrid, Universidad Antonio de Nebrija 26 de septiembre de 2003; disponible en Internet; Págs. 9 y Ss.). El planteamiento, en parte de *lege ferenda*, de este autor es el de que los acuerdos verticales sólo serán ilícitos cuando los protagonicen empresas en posición dominante y siempre que puedan ser reconducidos a los esquemas propios del abuso de posición dominante del Art. 102; sin que tengan cabida en el Art. 101.

Para él, el concepto de poder de mercado debe ser asimilado al de posición dominante, de modo que o se tiene posición dominante o no se tiene; sin que resulte admisible aceptar como tercer género el del poder de mercado. De este modo, cuando las Directrices de la Comisión de 2000 (sección 101) referían que *“no obstante cuando [la empresa] tiene poder de mercado, puede también intentar incrementar sus beneficios a expensas de sus competidores directos mediante un incremento de los costes de estos y a expensas de sus compradores y,*

en último término, de sus consumidores intentando apropiarse parte de sus excedentes” y que “esto puede ocurrir cuando la empresa que se encuentra en la fase anterior del proceso productivo y la que se encuentra en la fase posterior se reparten los beneficios extraordinarios o cuando una de las dos impone restricciones verticales apropiándose así de todos los beneficios extraordinarios”, lo hacían pensando en el abuso de posición dominante. Para el profesor citado, las Directrices incurrían en contradicción cuando, tras las anteriores afirmaciones, expresaban que el ámbito de aplicación del Art. 81 (actual 101) quedaría limitado “a aquellas empresas que posean un cierto grado de poder de mercado, en caso de que la competencia intermarca pueda ser insuficiente”. Y lo anterior es así porque el poder de mercado, que este autor asimila a la posición dominante, no admite graduaciones.

Lo cierto, sin embargo, es que resulta una constante en los documentos y directrices de la Comisión considerar que existe un poder de mercado que no llega a ser posición dominante. Así, poniendo en relación estas Directrices con las Orientaciones sobre abuso excluyente, cabría una interpretación sistemática a tenor de la cual la posición dominante se cifraría en la posibilidad de elevar precios y de rentabilizar esa subida en el medio y largo plazo, mientras que en el simple poder de mercado esa rentabilización podría tener lugar sólo en un horizonte temporal a corto plazo.

De esta manera, la situación de poder de mercado se dará habitualmente en el caso de acuerdos verticales en los que se vea involucrado un organismo de radiodifusión en abierto que, por lo general, disfrutara de una elevada cuota dentro de su correspondiente mercado al tener éste, por lo general, un carácter concentrado y próximo al oligopolio por las razones que se dejaron expuestas. Estas afirmaciones pueden seguir siendo válidas, aún en el escenario post-apagón, como consecuencia de operaciones tales como la concentración de *Cuatro* y *Telecinco*; y teniendo en cuenta que una cosa es la multiplicación de cadenas y otra bien distinta que las mismas puedan llegar a contar con contenidos atractivos que emitir.

Por estas mismas razones, será improbable que un acuerdo o restricción vertical en el que se vea involucrado un difusor en abierto, pueda llegar a beneficiarse de la aplicación de la Comunicación de *minimis* (sin que resulte necesario entrar a valorar si se trata de acuerdos de los especialmente graves que determinan su inaplicación aun con bajos niveles de cuota de mercado). Como es sabido, el sentido de la Comunicación de *minimis* es el de fijar umbrales para ciertas prácticas o acuerdos por debajo de los cuales habrá de entenderse de forma automática que los mismos no restringen la competencia de modo sensible en el sentido del apartado 1 del Art. 101; lo anterior sin perjuicio de que, rebasados esos umbrales y examinado un acuerdo o práctica en concreto, pueda también concluirse que no existe restricción de la competencia. Dichos umbrales no resultan de aplicación a ciertas prácticas colusorias consideradas de especial gravedad y enumeradas en la propia Comunicación.

Los principales efectos anticompetitivos asociados a acuerdos verticales que produzcan restricciones sobre el juego de la competencia en el mercado nacional español de la difusión televisiva serán:

- a) La exclusión del mercado de otros proveedores y compradores y el incremento de los obstáculos a la entrada de nuevos competidores. P.e., una colusión vertical muy fuerte entre una productora de obras audiovisuales y una cadena de TV, ambos muy potentes, tenderá a producir esos efectos excluyentes en el mercado ascendente de la producción de obras audiovisuales para TV y en el descendente de la difusión televisiva. En la decisión de la Comisión en el asunto *Telia/Sonera* se afirmó que al evaluar si un

problema vertical es significativo es necesario establecer no sólo que la entidad combinada tendrá un incentivo para excluir, sino también si tendrá la capacidad de hacerlo y si ello tendrá un efecto significativo en la competencia en el mercado en cuestión (Asunto COMP/M.2803 - *Telia/Sonera*, considerando 91. Decisión de 10 de julio de 2002³²).

- b) La reducción de la competencia intermarcas entre organismos de radiodifusión en abierto, incluida la posibilidad de facilitar la colusión explícita o tácita (comportamiento paralelo consciente) (como en el ejemplo de suministro exclusivo de servicios de transmisión de señal de TV por parte de un operador de comunicaciones electrónicas a un difusor televisivo en abierto).

Muy crítico con este planteamiento de la Comisión sobre los efectos anticompetitivos se muestra Alfaro Águila-Real, J., (*“Autorizar lo que no está prohibido: ...”*; Op. cit.; Págs. 9 y ss.). Como se ha dicho ya, los postulados de este autor, muy cercanos a los de la Escuela de Chicago en lo concerniente a la benignidad de las restricciones verticales, giran en torno a la validez de los acuerdos verticales salvo cuando puedan ser protagonizados por empresas en posición dominante y puedan dar lugar a abuso.

En cuanto al efecto de **cierre del mercado** frente a competidores actuales y potenciales (letra a), para él, sólo cabría imaginarlo cuando las partes del acuerdo disfruten de poder de mercado – que este autor asimila a la posición dominante – de modo que les resulte posible provocar el bloqueo de clientes (p.e., en el grupo de marca única) o el bloqueo de proveedores (p.e., ante un acuerdo vertical de suministro exclusivo). Lo mismo, a su entender, ocurriría respecto de la **restricción de la competencia intermarcas** (letra b): para que el acuerdo vertical produzca el efecto de restringir el juego de la competencia en horizontal dentro del mercado relevante ya sea el ascendente, ya el descendente será necesario que las partes del acuerdo vertical disfruten de posición dominante. Otro efecto importante de la colusión vertical es el de la **creación de obstáculos a la integración de mercados**, entre los que se incluyen, sobre todo, las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el mercado geográfico de su elección, como cuando, por ejemplo, se produzca una compartimentación del mercado. Esto, sin embargo resulta difícil de imaginar en los ámbitos en que nos movemos por la propia naturaleza de los mercados de la difusión televisiva en abierto y de la comunicaciones electrónicas.

En lo que concierne a la ponderación de esos efectos anticompetitivos asociados a los acuerdos o restricciones verticales con incidencia sobre el mercado español de la audiencia o de los telespectadores, al margen de otros cuya virtualidad dependerá de las circunstancias concretas del caso, tendrán una especial significación los siguientes factores que dividimos en dos bloques: **(1)** el de los que acentúan los efectos anticompetitivos de la colusión vertical; **(2)** el de los que atenúan esos efectos.

Dentro de los primeros, cabría citar: **(a)** la existencia de fuertes barreras de entrada, sobre todo normativas asociadas a la necesidad de título habilitante, dentro del mercado de la difusión televisiva; **(b)** el alto grado de madurez del mercado de la TV en abierto, que es un mercado longevo en el que la demanda se mantiene estable y donde las marcas y la tecnología empleada son conocidas [también, p.e., en su decisión en el asunto *Kali + Salz/MDK/Treuhand* (decisión de 14-12-1993, asunto IV/M.308, DOCE 1994 L 186), la

³² <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

Comisión se refirió a la madurez del mercado de las potasas que era un producto homogéneo y caracterizado por la falta de innovación tecnológica]; **(c)** el hecho de tratarse de un mercado minorista, si por tal entendemos el referido a servicios prestados a usuarios finales.

Dentro de los factores que servirían para atemperar esos efectos anticompetitivos, tendríamos los siguientes: **(a)** la homogeneidad de la programación ofrecida por las diversas cadenas en abierto (lo que propiciará una dispersión o una distribución de la demanda entre todas ellas; situación que teóricamente habría de cambiar, previsiblemente, en un entorno digital plenamente competitivo en el que prevalecerían cadenas especializadas y orientadas a nichos de audiencia); **(b)** la ausencia de todo valor de compra única relacionada con el disfrute de los servicios de difusión televisiva en abierto o, dicho de otro modo, el hecho de tratarse de servicios que se disfrutaban de modo continuado, y en los que, en todo momento, resulta fácil optar por los servicios de otro proveedor (basta con pulsar un botón de la guía electrónica de programación).

Un factor de ponderación digno de especial mención, ante un acuerdo vertical en el que se viera involucrado un difusor en abierto dentro del mercado español de la TV, sería el relativo a la posición de mercado de los competidores (V. núm. 115 de las Directrices). Este factor y el de la posición de mercado de las partes del acuerdo vertical actúan como vasos comunicantes: a mayor número de competidores y mayor cuota de mercado de estos, menos riesgo de existencia de poder de mercado y posición dominante de las empresas implicadas en la práctica o acuerdo. Ahora bien, procede hacer aquí la advertencia de que una reducción del número de competidores acompañada de una elevación de sus cuotas de mercado incrementa, si su posición de mercado es similar, los riesgos de colusión. Podría, llegados a este punto, recordarse que uno de los efectos de la multiplicación de canales asociada a la digitalización tendría que ser el de la dispersión y aumento de la oferta dentro del mercado de la audiencia, aún hoy caracterizado en nuestro país por la concentración de una elevada cuota de mercado en un corto número de operadores.

Pasando a ocuparnos de los tipos de restricciones verticales que, abstractamente considerados, podrían llegar a tener una incidencia sobre el mercado español de la difusión televisiva, de éstas, podrán llegar a cobrar una mayor relevancia las cláusulas de suministro exclusivo en virtud de las cuales los proveedores en los mercados ascendentes sólo pudieran surtir de sus productos o servicios a determinados difusores en abierto. Ciñéndonos a dicho mercado español de la TV en abierto, para el que no resulta imaginable, por los motivos que se verán en otras partes de la tesis, que el operador de transporte de señal audiovisual (*Abertis*) deje de prestar sus servicios a algún difusor televisivo, dichas cláusulas de suministro exclusivo podrán llegar a plantearse, sobre todo, en las relaciones de las productoras con los difusores. Por ilustrar lo anterior con un ejemplo, si *Endemol* o *Mediapro* se comprometen a suministrar sus producciones para su difusión sólo a través de sendas cadenas (*Telecinco* y *La Sexta*), suponiendo que el resto de cadenas no pudieran acceder a una programación igualmente atractiva, ello podría desencadenar, dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores, los efectos anticompetitivos arriba mencionados como genéricos.

En primer término, cabría que llegara a darse un efecto de exclusión de las cadenas competidoras y de reducción de la competencia intermarcas entre difusores en abierto. Como destacan Briones, Folguera, Font y Navarro (Op. Cit. Pág. 247), la Comisión atiende a cómo una relación de exclusividad con distribuidores o cadenas de puntos de venta puede ser considerada como un refuerzo de posición dominante al consolidar las cuotas de mercado

existentes. La eliminación de esa relación de exclusividad ha permitido obtener autorizaciones condicionales o incluso evitar el progreso de la investigación. Ejemplos se encuentran en las decisiones correspondientes a los asuntos *Fiat Geotech/Ford New Holland* (decisión de 8-2-1991, asunto IV/M.009, DOCE 1991 C 118), en que la Comisión autorizó la concentración una vez que *Fiat* eliminó una prolongada relación de exclusividad preexistente con la mayoría de los distribuidores de maquinaria agrícola en Italia. Asimismo, en el asunto *Grand Metropolitan/Cinzano* (decisión de 7-2-1992, asunto IV/M.184, DOCE 1992 C 47), la Comisión sólo autorizó una concentración que comportaba cuotas de mercado elevadas una vez que *Grand Metropolitan* terminó su acuerdo exclusivo de distribución en Grecia para una marca de la competencia. En segundo término, podría producirse un efecto de colusión tácita horizontal tanto en el nivel ascendente (entre *Mediapro* y *Endemol*), como en el descendente (entre *Telecinco* y *La Sexta*).

No obstante lo anterior, el mercado en el que esta concreta restricción vertical del suministro exclusivo tiende a manifestarse con mayor virulencia es el de la TV de pago, por lo que será al hilo de éste que profundicemos sobre la misma.

(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal

Además de los supuestos de colusión o coordinación entre organismos de radiodifusión en abierto activos dentro del mismo mercado, pero sin llegar al extremo de su concentración o integración jurídica, caso ya estudiado más arriba bajo la figura del cártel, es procedente que pasemos a ocuparnos de los acuerdos de cooperación horizontal entre organismos de difusión televisiva. En esta materia de los acuerdos de cooperación horizontal, y con independencia de la existencia de un instrumento específico para los acuerdos de transferencia de tecnología, es necesario estar a las Directrices sobre cooperación horizontal. Al respecto, la comunicación de la Comisión sobre la aplicabilidad del Art. 81 del TCEE a los acuerdos de cooperación horizontal contenidas en su Comunicación de 6 de enero de 2001 (Directrices sobre cooperación horizontal de 2001; DO C 3 de 6.1.2001, p. 2/30) ha sido sustituida por la comunicación de esa misma institución comunitaria sobre la aplicabilidad del Art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal contenidas en su Comunicación de 14 de enero de 2011 (DO C 11 de 14.1.2011, p. 1/72).

En estos, a diferencia de lo sucedido con los anteriores, el objeto no tiene por qué ser el de restringir el juego de la competencia por la vía de, por ejemplo, el reparto de mercados, la limitación de la producción o la fijación de los precios o del resto de las condiciones de la transacción. Más bien, ese objeto viene a ser el de incrementar, gracias a la concertación horizontal, la eficiencia de las empresas implicadas.

Ahora bien, el hecho de que, “por lo general”, estos acuerdos de cooperación, a diferencia del cártel, no persigan abiertamente restringir el juego de la competencia, en el sentido de no ser ese su principal finalidad, no significa que no puedan llegar a producir ese mismo efecto aun sin perseguirlo abiertamente ni ser su objetivo primordial.

Del mismo modo, y aunque no sea ni lo característico ni lo general, será posible que un acuerdo de cooperación horizontal tenga por objeto restringir el juego de la competencia, con lo que tendría que ser reconducido a la estructura del cártel. En este sentido (V. números 24 y 26 de las Directrices), estos últimos acuerdos de cooperación horizontal son reconducibles, de manera automática y sin exigir una ulterior valoración de sus efectos, al ámbito de la prohibición del Art. 101.1.

Junto a las anteriores dos categorías de acuerdos de cooperación horizontal (acuerdos de cooperación cuyo “efecto” puede ser el de restringir el juego de la competencia y acuerdos de cooperación horizontal cuyo “objeto” es el de restringir la competencia), se sitúan los acuerdos de cooperación horizontal que en ningún caso tienen el efecto de limitar el desenvolvimiento de la competencia. Las Directrices sobre cooperación horizontal de 2001 citaban algunos ejemplos que, en lo fundamental, se mantienen en las de 2011:

- “*la cooperación entre empresas no competidoras*”: por ejemplo, cuando se trate de cooperación entre entidades financieras y entidades aseguradoras, la Comisión ha concluido (*Asunto Bankassurance-XXXI Informe sobre Política de la Competencia-2001*): “*desde la perspectiva del análisis de la competencia, los acuerdos de cooperación entre bancos y aseguradoras plantean en general pocos problemas de competencia ya que lo normal es que las empresas participantes no estuvieran presentes anteriormente en otros mercados*”.
- “*la cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado el proyecto o la actividad contemplada en el acuerdo de cooperación*”: ver STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services*, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94.
- “*la cooperación referente a una actividad que no influye en los parámetros relevantes de competencia*”: por estos “parámetros relevantes”, aunque las Directrices no lo especifiquen, habría que entender los habituales de los precios, calidad, cantidad, variedad e innovación de los productos de referencia)” etc. [ver también, Op. Cit., Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 5 Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones horizontales*”; “§ 3. Acuerdos de cooperación horizontal entre empresas” (Págs. 270 y ss.); “§ 3.1. Introducción” (Pág. 270); “§ 3.2. Marco analítico para los acuerdos de carácter horizontal previsto en las directrices” (Pág. 273)].

Aparte de que, en todas estas cuestiones de las restricciones al juego de la competencia, no resulte posible hacer una clasificación exhaustiva – tampoco en las restricciones verticales ni en los cárteles de que nos hemos ocupado ya –, debe considerarse, además, que las Directrices sobre cooperación horizontal no son tan completas como las Directrices sobre restricciones verticales pues se ocupan, principalmente, de restricciones dimanantes de acuerdos y prácticas que supongan incremento de la eficiencia (acuerdos sobre I + D, acuerdos de producción, acuerdos de compra, acuerdos de comercialización o acuerdos de estandarización). Una excepción cualificada con respecto a lo anterior podría venir de la inclusión en las Directrices de 2011 de los acuerdos de intercambio de información que, las más de las veces, se dirigirán más a un falseamiento de la competencia que a un fomento de la competitividad de las partes del mismo.

Además, como ocurría con las restricciones verticales, los acuerdos de cooperación horizontal pueden asociarse de forma más o menos mediata a una posición dominante colectiva. En tal sentido, cabrá que tales restricciones horizontales se enmarquen dentro de una situación de abuso de posición dominante colectiva (si, por ejemplo, dos difusores en abierto que sumen una cuota del 55 % celebran un acuerdo de comercialización), más que individual (un organismo de radiodifusión que por sí sólo disfrute de esa posición no tendrá tanta necesidad de concertarse con otros para excluir a los competidores). En este punto, nos

remitimos a todo lo dicho al tratar del abuso de posición dominante dentro del mercado español de los telespectadores.

Por esta razón, como hacían las Directrices sobre restricciones verticales, las referidas a los acuerdos de cooperación horizontal declaran, como ya se dijo: *“La evaluación con arreglo al artículo 101 tal como se describe en las presentes Directrices no será óbice para la posible aplicación paralela del artículo 102 del Tratado a los acuerdos de cooperación horizontal”*. Esta remisión valdrá, por otro lado, para complementar ese limitado alcance de las Directrices sobre restricciones horizontales a que nos acabamos de referir (Véase el asunto T-51/89, *Tetra Pak I*, Rec. 1990, p. II-309, considerandos 25 y ss.).

Como ocurría con la colusión vertical, para que la Comisión pase a evaluar los efectos anticompetitivos derivados de un acuerdo de cooperación horizontal será, en primer lugar, necesario que no resulte aplicable ninguna exención por categorías. También al igual que lo que ocurría en el caso de las restricciones verticales, los operadores económicos, en el nuevo sistema de autoevaluación, podrán entender que un acuerdo de cooperación horizontal no plantea problemas de competencia si el mismo queda amparado por alguna exención por categorías. Como es sabido, éstas son clases genéricas de acuerdos o prácticas colusorias que, a primera vista, responden a las ventajas económicas enumeradas en el Art. 101 ap. 3 TCEE y que, por esta razón, se entienden directamente autorizadas por la normativa europea.

A diferencia de lo ocurrido en sede de restricciones verticales, donde un solo reglamento - Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; al cual nos hemos venido refiriendo hasta aquí bajo la genérica denominación de “Reglamento de Exención por Categorías” – se ocupa, con vocación de generalidad, de todas las categorías exentas, en el caso de las restricciones horizontales existen tres fundamentales y, en todo caso, con un enfoque mucho más limitado que el de aquel otro.

Lo anterior responde a que, como pone de manifiesto Zurimendi (Zurimendi Isla, A.: *“El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”*, Revista para el análisis del derecho (Indret), Barcelona, enero de 2007), existe ya evidencia empírica de que los acuerdos o restricciones verticales tienden a tener más efectos procompetitivos que anticompetitivos, mientras que en las horizontales es al contrario.

Lo anterior se explica desde la perspectiva de los productos objeto de comercio – *“la razón es que en las horizontales estamos hablando de productos sustitutivos, lo que genera más riesgo que en las verticales, en las que se trata de bienes complementarios”* (Ídem; Pág. 3) – pero también desde la perspectiva de la existencia o no de intereses contrapuestos en la misma línea apuntada por la Comisión (*Vid Supra*) y así (Ídem): *“Aplicando parámetros de racionalidad económica, si dos competidores, esto es, personas que concurren en el mismo mercado y por tanto con intereses en principio inconciliables e incompatibles, acuerdan algo (restricción horizontal), lo más probable es que lo hagan con fines colusorios (obtener precios supracompetitivos, repartir mercados, eliminar competidores), ya que los pactos entre competidores con fines lícitos son altamente improbables y sólo económicamente racionales en circunstancias excepcionales. En cambio, los acuerdos verticales, al ser celebrados por no competidores, esto es, por personas con intereses distintos pero que sí son conciliables y compatibles, son desde el punto de vista económico totalmente racionales, pues la intención natural de las partes será colaborar contractualmente resolviendo los*

problemas de las partes compatibilizando sus intereses con el objetivo de optimizar los beneficios de ambos reduciendo los costes de transacción, fin que resulta lícito”.

Desde este enfoque tiende a entenderse que los acuerdos verticales – en la medida en que tienden a ahorrar costes y maximizar beneficios merced a una eficiente asignación de recursos y, aguas abajo, a rebajar la presión al alza sobre los precios con el beneficio subsiguiente para los consumidores – gozan de una suerte de presunción (*iuris tantum*) de que son beneficiosos para la competencia. Todo lo contrario que las horizontales, donde esa presunción (también *iuris tantum*; sobre ciertos efectos procompetitivos de los acuerdos horizontales se remite Zurimendi a Mambrilla - “Acuerdos de cooperación y colaboración entre empresas”, en Velasco, *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 177-178) es precisamente la contraria.

Como dice Zurimendi (*Ídem*), en el Tratado CEE, si bien tanto el fenómeno de la colusión vertical como el de la horizontal tienen encaje en el Art. 101 (en contra, como hemos visto, Alfaro; *Ídem*) con lo que, al menos en este nivel, ambos tienden a ser tratados de la misma manera, es el Derecho derivado el que marca importantes diferencias de trato. Entre éstas, una de las que merece mención especial es precisamente la que se refiere a la amplitud de las exenciones por categorías. Frente al alcance general que el Reglamento CE 2790/1999 (sustituido por el Reglamento 330/2010) da a la exención por categorías en el ámbito de los acuerdos verticales, tal y como referiremos, la exención por categorías en el ámbito de los pactos horizontales tiene un alcance mucho más acotado. Lo anterior encuentra su explicación en esa mayor desconfianza en relación con los acuerdos horizontales.

Ahora bien, constatado lo anterior, ha también de destacarse que tras la reforma de 2003 (*Vid Op.*) se ha suprimido la necesidad de previa declaración de las autoridades de la competencia respecto de la existencia o no de las eficiencias a que se refiere el actual Art. 101.3; con lo que se pasa de un sistema de “prohibición salvo declaración expresa” a otro de “prohibición con excepción legal”. Es decir, que la excepción que la norma declara, para ser eficaz, no exige una ulterior declaración de la autoridad de la competencia, y basta la autoaplicación llevada a cabo por las empresas. Quiere lo anterior decir que serán las propias empresas las que deban evaluar si un acuerdo incluido en el ámbito del apartado 1 de dicho precepto produce las eficiencias a que se refiere el apartado 3, caso en el que podrán adoptarlo sin necesidad de autorización previa de las autoridades de la competencia, o no, caso en el que no podrán hacerlo sin necesidad de prohibición expresa de esas mismas autoridades; todo ello sin perjuicio del control *ex post* que esas mismas autoridades de la competencia puedan llegar a desplegar.

Y lo mismo cabrá decir respecto de la inclusión o no del concreto de acuerdo dentro de las categorías declaradas exentas en las normas de exención por categorías, con lo que la virtualidad práctica de estas normas apenas si quedará reducida a ofrecer a las empresas unas pautas y, tal vez, una mayor certidumbre respecto de la inclusión de dicho acuerdo en el apartado 3 (serán mayores las inseguridades en torno a esa inclusión en el caso de acuerdos no abarcados por la exención por categorías).

Así, en el ámbito de la cooperación horizontal ha de estarse a los reglamentos de exención por categorías referidos, respectivamente, a los ámbitos del I + D, de la transferencia de tecnología y de la especialización.

Y, si bien en todos estos reglamentos priman los aspectos referidos a los acuerdos horizontales, razón de que los estudiemos aquí, podrán encontrarse en los mismos también exenciones referidas a los acuerdos verticales a las que haremos referencia sólo puntual. Sin embargo, a diferencia de los otros dos reglamentos, que permiten subsumir en ellos ciertas restricciones verticales, el de Especialización sólo cabra aplicarlo a los acuerdos horizontales entre empresas competidoras, de modo que cualquier acuerdo de especialización vertical deberá ser dirimido con arreglo al Reglamento 330/2010.

Por otra parte y al margen de lo anterior, la Comisión se refiere en el apartado 37 de las Directrices sobre cooperación horizontal sólo a los ámbitos de la especialización y del I + D (no al de la transferencia de tecnología que fue declarado exento por un reglamento posterior a las propias Directrices, como veremos): *“Siempre que se reúnan determinadas condiciones, puede suponerse que algunas categorías de acuerdos cumplen los criterios mencionados en el apartado 3 del artículo 81. Es el caso, en particular, de los acuerdos de I+D y de los acuerdos de producción en los cuales la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede generar ganancias de eficiencia importantes. Las presentes Directrices deben considerarse como complementarias de los Reglamentos de exención por categorías referentes a I+D y a especialización. Estos Reglamentos de exención por categorías eximen los acuerdos más corrientes en el ámbito de la producción/especialización mientras la cuota de mercado no supere el 20 % y en el ámbito de la I+D mientras la cuota de mercado no supere el 25 %, siempre que los acuerdos en cuestión cumplan los requisitos de aplicación de la exención por categoría y no contengan restricciones inaceptables ("cláusulas negras") que hagan inaplicable la exención por categorías. Los Reglamentos de exención por categorías no contemplan la separabilidad en caso de restricciones inaceptables. Si hay una o más restricciones inaceptables, la exención por categorías se pierde para todo el acuerdo”*.

La exención por categorías en el ámbito del “I + D” viene dada por el Reglamento (UE) nº 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (Reglamento de exención en I + D; DO L 304 de 5.12.2010, p. 7/12); en el de la “transferencia de tecnología” por el Reglamento (CE) nº 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (Reglamento de exención en transferencia de tecnología; DO L 123 de 27.4.2004, p. 11/17); y en el de la “especialización” por el Reglamento (UE) nº 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (Reglamento de exención en especialización; DO L 335, 18.12.2010).

De los anteriores bloques de exenciones por categorías, cabría, a primera vista, plantearse la importancia dentro del mercado español de la TV en abierto basada en las ondas hertzianas de las previstas en el Reglamento de exención en I + D y en el Reglamento de Exención en transferencia de tecnología. Sin embargo, como se dijo, se trata de un mercado maduro donde la tecnología es conocida. Alguna excepción respecto a lo anterior cabría imaginar con relación al proceso de implantación de la TDT; sin embargo, aún en este caso, las dificultades de arranque de la misma se han relacionado, más que con las tecnológicas, con otra clase de barreras de entrada a las que ya nos hemos referido. Otros ámbitos en los que la

tecnología tendría un papel que jugar, como los de la TV de alta definición o la TV al móvil, se relacionarían más bien con el mercado de la TV de pago.

Dado que, conforme a lo que acabamos de ver, resultará difícil que llegue a resultar aplicable la exención por categorías a un acuerdo horizontal entre organismos de radiodifusión activos en el mercado de la TV en abierto, lo siguiente para que las autoridades de la competencia lleguen a entrar a valorar las consecuencias sobre el juego de la competencia del mismo será, como en el caso de las restricciones verticales, que exista poder de mercado.

En cuanto a la definición del poder de mercado y a las diferencias entre este concepto y el de posición dominante valdrá con una remisión *in integrum* a lo dicho al tratar de las restricciones verticales. Como observa la Comisión en *Compagnie maritime Belge transports* (1996), consid. 55, cit. supra, “...el concepto de posición dominante colectiva no hace que resulte superfluo el artículo 85 (actual 81) TCE, que se aplica a las prácticas colusorias horizontales que, por no existir vínculos económicos suficientemente fuertes entre sus miembros, no dan lugar a una posición dominante colectiva de éstos...”.

Es decir, que el poder de mercado admite grados. En su manifestación más extrema dará lugar al monopolio (ausencia de competencia actual y, probablemente, potencial). Por debajo de él, podía citarse la posición dominante en términos como los que dejamos definidos al tratar del abuso de posición dominante (capacidad de comportamiento independiente y de influir sobre los demás agentes económicos hasta el punto de restringir la competencia efectiva dentro del mercado relevante). Y más por debajo aún, un poder de mercado que podría etiquetarse como relativo, y que es el que se toma como presupuesto de la colusión horizontal y vertical (capacidad de elevar los precios o limitar la producción, calidad e innovación y de, al menos en el corto plazo, obtener con ello un beneficio económico) (ver, en parecido sentido García Martínez, R.: “La explotación abusiva de una situación de dependencia...”; Pág. 21; Op. Cit.).

Por otra parte, y a diferencia de lo sucedido con estas últimas, para las que las Directrices sobre restricciones verticales fijaban un umbral de cuota del 15 % por debajo del cual no habría poder de mercado, si bien lo anterior no era relevante cuando se tratara de las restricciones especialmente graves definidas en la Comunicación *de minimis* (Vid Supra), en el caso de los acuerdos horizontales concluía la Comisión (Vid apartado 28 de las Directrices sobre restricciones horizontales de 2001): “dada la diversidad de formas de cooperación y de los efectos que pueden producir en los mercados en función de las condiciones existentes, es imposible definir un umbral de cuota de mercado general a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos”. No obstante esta imposibilidad, conforme a las propias Directrices, cabría atender a ciertas pautas de naturaleza no cuantitativa y así: cuando resulte una cuota conjunta poco elevada será difícil que la cooperación horizontal genere efectos restrictivos; y tampoco resultará necesario un ulterior análisis cuando, aun siendo elevada esa cuota conjunta, las cuotas correspondientes a una o a las dos partes del acuerdo sean insignificantes y además carezcan de recursos importantes.

En las Directrices de 2011 trata de salvarse, en la medida de lo posible, la anterior indefinición y así (núm. 44): “Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario

ningún otro análisis. El significado de la expresión «pequeña cuota de mercado conjunta» depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes Directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible a tenor del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis) [32], («la Comunicación de minimis»). Si solo hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado [33]. Dada la diversidad de los acuerdos de cooperación horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, es imposible definir un umbral general de cuota de mercado a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos”.

Así pues, la anterior indefinición de las Directrices sobre restricciones horizontales ha venido, hasta cierto punto, a ser suplida por la propia Comunicación de minimis. Conforme a su apartado 7, “no habrá restricción de la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del Art. 81 cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados” (aplicando también este umbral, ver Sent. de 25 de octubre de 1977, as. 26/76, *Metro c. SABA*, consid. 17). Del propio modo, remarcando que el umbral marcado por la Comunicación de minimis no podía considerarse absoluto: (i) STJCE de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion Française*, asuntos acumulados 100/80 y 103/80, donde el Tribunal entendió que un acuerdo horizontal con una cuota conjunta inferior al anterior umbral del 5 % - el fijado por la anterior comunicación de minimis - tenía un efecto apreciable sobre la competencia; (ii) STPI de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services*, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, en la que el TPI sentó que “la mera posibilidad de alcanzar o incluso superar dicho límite no permite concluir con certeza que la prohibición del apartado 1 del Artículo 81 del Tratado es aplicable al acuerdo”.

Y, en idéntico sentido, el Art. 1. a) del Reglamento de Defensa de la Competencia español aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 febrero (RCL\2008\502) y a cuyo tenor: “A efectos de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto: a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados”. Debiendo añadirse a lo anterior que, conforme al Art. 2.1 de esa misma norma, en ningún caso podrán considerarse de menor importancia los casos de cártel: “no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas; c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

Además, para calibrar el poder de mercado de las empresas competidoras concertadas, será necesaria una ponderación del grado de concentración del mercado; considerando la Comisión (apartado 29 de las Directrices sobre cooperación horizontal de 2001) que dicho

grado de concentración será bajo si el IHH (*Vid Supra*) no llega a 1.000, moderado si oscila entre 1.000 y 1.800 y elevado si excede de 1.800.

Partiendo las anteriores reflexiones, podría concluirse que, por lo general, cualquier acuerdo horizontal entre competidores dentro del mercado español de la TV en abierto generará el riesgo de restricción sensible del juego de la competencia al tratarse de un mercado que tiende a la concentración y al oligopolio.

La sistematización de los efectos anticompetitivos que un acuerdo horizontal pudiera llegar a producir en el mercado español de la audiencia o de los telespectadores no es posible, dadas las múltiples formas de manifestarse que puede tener el mismo. En términos generales, esos efectos tenderán a alinearse con los analizados al tratar de los efectos anticompetitivos derivados de una concentración horizontal (aunque revestidos de una menor intensidad dada la ausencia de integración jurídica). Sin perjuicio de hacer, por tanto, una remisión a lo dicho allí, una síntesis de los efectos anticompetitivos asociados a la cooperación horizontal podría ser la siguiente: **(a)** una atenuación de la presión competitiva entre los difusores en abierto que se ponen de acuerdo; **(b)** la posibilidad de que los mismos consideren ese modelo de concertación como un modelo económico viable en el medio o largo plazo; **(c)** el riesgo de que los mismos, al no estar necesitados de entablar competencia, puedan degradar la calidad de la programación ofrecida a los telespectadores.

En lo que concierne a los factores de ponderación de los efectos anticompetitivos sobre el mercado de la audiencia o de los telespectadores derivados de la cooperación horizontal entre competidores valdría con remitirse a los estudiados al tratar sobre las restricciones verticales y, asimismo, a los factores de ponderación de los efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales.

Recordemos que el de la cuota de mercado opera como presupuesto y, además, como factor de valoración de los efectos anticompetitivos. En un ejemplo de cooperación horizontal entre dos cadenas en abierto, sentado que la cuota conjunta de esas dos cadenas de TV excede del 10 %, y que el grado de concentración del mercado es elevado al estar el IHH por encima de 1.800, no será indiferente con vistas a la evaluación de los efectos anticompetitivos que dicha cuota conjunta se sitúe, Vg., en el 11 % o en el 45 % o que el IHH sea, p.e., de 1.900 o de 4.600.

Aparte de lo anterior, habría que acudir a los factores de ponderación mencionados específicamente en las Directrices sobre cooperación horizontal. De estos, serían factores de agravación de especial incidencia dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores los siguientes: **(a)** que se trate de un acuerdo cuyo objeto o propósito principal (y no sólo su efecto) sea el de restringir el juego de la competencia dentro del mercado mediante, por ejemplo, un reparto del mercado, lo que nos situaría en un escenario de cártel; **(b)** la estabilidad en el tiempo de las cuotas de mercado, lo que será índice de colusión y que se dará en el mercado que nos ocupa; **(c)** la existencia de un nulo poder negociador del lado de la demanda integrada por la comunidad de televidentes; **(d)** la ausencia de eficiencias para estos que pudieran derivarse de la colusión horizontal entre organismos de radiodifusión.

Entrando ya en el examen de las concretas restricciones abordadas por las Directrices sobre cooperación horizontal que podrían tener una mayor virtualidad dentro del mercado español de la TV en abierto, los acuerdos de compra conjunta por virtud de los cuales varios difusores en abierto pudieran hacer frente común con vistas a reforzar su posición

negociadora frente a los proveedores de productos y servicios situados en los eslabones superiores de la cadena de valor (proveedores de obras audiovisuales para TV en abierto o de servicios de transmisión de señal de TV sobre ondas hertzianas) podrían ser, en principio, casi las únicas restricciones imaginables dentro del mercado español de la TV en abierto.

Sin embargo, un análisis más sosegado nos llevaría, incluso, a descartar lo anterior respecto de los proveedores de obras audiovisuales para TV en abierto, pues lo normal será que cada difusor en abierto presente un alto grado de integración vertical respecto de su propia productora, sin que por ello cobren sentido esta clase de acuerdos. Tampoco, aunque por diferentes motivos, tendría un excesivo sentido un acuerdo entre organismos de radiodifusión en abierto para comprar conjuntamente los servicios de transporte de señal al operador dominante dentro de este último segmento. Ello es así porque la posición del proveedor de esta clase de servicios de comunicaciones electrónicas en el mercado español, *Abertis*, es tan absolutamente dominante que difícilmente podría llegar a ser neutralizada por tales acuerdos de compra conjunta. De hecho, nunca se han llegado a dar, como veremos al tratar del mercado de los servicios portadores de difusión.

(vii) Sobre el análisis de la estructura del mercado de los telespectadores y sobre el juego de la competencia en el mismo en casos concretos

(1) En el caso HMG

El caso *HMG* se refería a un supuesto de concentración consistente en la transferencia de todos sus activos (licencias incluidas) por parte de dos organismos de radiodifusión (*RTL* y *Verónica*) a una nueva entidad participativa de carácter concentrativo (*HMG*) que quedaría gestionando tres cadenas (*Verónica* y *RTL 4* y *5*). Por lo tanto, cabrá que la formulación de conclusiones con relación a este asunto pueda realizarse desde el prisma que ofrecen las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales, el vigente Reglamento europeo sobre concentraciones y el Reglamento de Aplicación del anterior.

Empezando por el análisis pre-concentración del mercado de la audiencia, no cabría inferir, al menos, no directamente, del contenido de la decisión cuál era su dimensión global. En cuanto al sistema de distribución, si bien las cadenas públicas se distribuían por el aire (ondas hertzianas), las privadas lo hacían a través del cable que llegaba hasta el 93 % de los hogares. Lo anterior supondría una notable diferencia con respecto al mercado español de la TV en abierto en el que las cadenas privadas se difunden sobre plataforma terrestre; diferencia, por lo demás, sustentada en la especial orografía de los Países Bajos especialmente apta para el tendido de redes de cable y en el altísimo nivel de concentración demográfica en núcleos urbanos. En el momento de someterse la operación a conocimiento de la Comisión, las tres cadenas del sector público sumaban una cuota del 51 %, mientras que los dos canales del difusor privado *RTL* suponían una cuota del 32 % y la cadena privada *SBS* la del 3 %. Lo anterior arrojaba la imagen de un mercado altamente concentrado, (más que el español actual), con un IHH por encima de 3.600, duopolístico, maduro y de demanda dispersa.

En el mercado neerlandés de la TV en abierto definido en esos términos, cabría inicialmente plantearse la existencia de posición dominante del organismo público de difusión *NOS* al disfrutar de una cuota ligeramente superior al 50 %. Sin embargo, como

hubo oportunidad de observar, una cuota por encima de ese umbral, puede no ser determinante de posición dominante para la Comisión cuando concurra alguna circunstancia excepcional como, en particular, la posibilidad de los competidores de mantener la presión competitiva, lo que podría ser el caso, dado que la rigidez del sistema público de difusión expuesta en su lugar permitía al difusor privado *RTL* mantener esa presión sobre *NOS*.

Como es sabido, una cuota de mercado de valor absoluto determinante de una posición dominante podría ser la del 80 %. A medida que nos alejamos de ese umbral, la cuota de mercado va adquiriendo un valor sólo relativo que hace necesario acudir a otros factores para dictaminar sobre la existencia de posición dominante. Por ejemplo, en *Hoffmann La Roche* (1979), si bien se consideró que *Hoffmann La Roche* tenía posición de dominio en el mercado de las vitaminas A, donde su cuota era igual a la suma de las dos cuotas de sus dos principales competidores, no se apreció esta posición en el mercado de las vitaminas B 3 porque, frente a la cuota del 43 % de *Hoffmann La Roche*, con un competidor con una cuota del 30 %, no había suficientes factores adicionales como para determinar esa posición dominante.

Por otro lado, se planteaba la cuestión de la creación o refuerzo de una posición dominante en la que pudiera verse involucrado un tercero que no fuera parte de la concentración (*NOS*, si llegara a concertarse con la nueva entidad nacida de la concentración, *HMG*, para ostentar una posición dominante colectiva). Tal posibilidad se preveía en las resoluciones de las autoridades de la competencia. En particular, en los Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 (Francia y otros/Comisión, Rec. 1998, p. I-1375, apartado 171), el TJCE declaró que una concentración que crea o consolida una posición dominante por parte de las partes interesadas con una entidad no implicada en la concentración podía resultar incompatible con el sistema de competencia sin distorsiones previsto por el Tratado. Por lo tanto si se aceptara que solamente las concentraciones que crearan o consolidaran una posición dominante de las partes en la concentración estarían cubiertas por los Reglamentos, se frustraría parcialmente su propósito. El Reglamento se privaría de esta manera de un aspecto no insignificante de su eficacia, sin ser necesario desde la perspectiva de la estructura general del sistema comunitario de control de concentraciones.

En *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico* (Asunto COMP/M.2434) la Comisión constató que la concentración consolidaba una posición de dominación colectiva de dos empresas de electricidad que no eran empresas afectadas en la transacción. Del mismo modo, en *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico* (Asunto COMP/M.2684, considerandos 33 y 37), la Comisión constató que la adquisición por *EnBW*, *EDP* y *Cajastur* del control conjunto sobre la empresa de servicios públicos española *Hidrocantábrico* consolidaría la posición dominante colectiva ya existente de *Endesa* e *Iberdrola* (ninguna de las cuales participó en la concentración notificada). En esa Decisión, la Comisión constató que *EDF*, que controlaba conjuntamente *EnBW*, ya no tendría, a consecuencia de la transacción, los alicientes que existían antes para extender la capacidad de interconexión eléctrica entre Francia y España, lo que eliminaría al principal competidor independiente potencial de los generadores españoles de electricidad (la propia *EDF*) y mantendría el aislamiento del mercado español de electricidad de otros sistemas eléctricos europeos de fuera de la Península Ibérica (Véase el considerando 33 del asunto COMP/M. 2684). La transacción finalmente se aprobó después de que *EDF* y el operador francés de la red *EDF/RTE* presentaran compromisos para tomar todas las medidas necesarias para aumentar la capacidad en la interconexión entre Francia y España hasta alrededor de 4000 MW desde los 1100 MW existentes.

Proyectando lo anterior sobre el caso *HMG*, no cabía imaginar una concertación horizontal entre *NOS* y *RTL* que pudiera hacer pensar en una posición dominante colectiva en condiciones como las arriba expuestas. Con independencia de todo lo anterior, no cabe duda de que ambos organismos de radiodifusión, público y privado, respectivamente, se encontrarían en una situación de poder de mercado (no así *SBS*).

Pasando, en este caso, a la evaluación post-concentración del juego de la competencia, la misma pasaba por una proyección mental de la operación de concentración notificada sobre el mercado neerlandés de la TV en abierto para así destilar las posibles restricciones al juego de la competencia que de la misma podían derivarse. Normalmente, todas estas restricciones suelen resumirse en una reducción de la oferta, un aumento de los precios o una rebaja de la calidad de los productos o servicios; lo que, extrapolado al caso *HMG*, podía llegar a significar lo siguiente.

En cuanto a la reducción de la oferta, la concentración propuesta podía llegar a suponer la exclusión del mercado de la difusión televisiva de ciertos competidores (*SBS*) o la elevación de las barreras a la entrada de otros nuevos. Por lo que se refiere al incremento de precios, no cabría plantearse dicho efecto con relación al mercado de la audiencia y de los telespectadores donde no existe relación comercial ni precios, aunque sí con respecto al de la publicidad televisada en el que la nueva entidad podría elevar las tarifas cobradas a las agencias de publicidad y anunciantes. Finalmente, con respecto a posibles rebajas de calidad de los servicios de difusión televisiva, era dable imaginar que el poder de mercado de *HMG*, pudiera permitirle rebajar la calidad de esa programación en perjuicio de los consumidores, al no tener que enfrentar una presión competitiva procedente de sus competidores que permitiera a estos responder con mejoras en la calidad de la suya.

En el caso *HMG*, el riesgo era el de consolidación de una posición dominante de la nueva entidad dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores que pudiera llevarla a abusar de la misma y a restringir el juego de la competencia entre competidores activos en ese mercado. Lo anterior no implicaba que de esa concentración no pudieran derivarse, aparte de ese, su efecto característico, otros concretados en restricciones verticales como, por ejemplo, las derivadas de la integración vertical con *Endemol*, activa en el mercado ascendente de la producción independiente de obras audiovisuales para TV.

El mercado de la audiencia o de la difusión televisiva era, en este asunto, el mercado de referencia, en el sentido de ámbito en que debía ser evaluada la posición que la nueva entidad surgida de la concentración ocupaba en el mercado.

La cuota de que vino disfrutando la entidad resultante de la concentración *HMG* dentro del mercado neerlandés de la audiencia o de los telespectadores en el semestre posterior a la primera decisión de la Comisión fue la del 39 % frente al 39-40 % de *NOS* y al 5 % de *SBS*. Estos datos arrojaban un IHH de 3.146 frente al de 3.600 anterior a la concentración; o lo que es igual: tras la concentración se produjo una rebaja del grado de concentración (delta negativo) del mercado. Por otro lado, el dato de que ningún operador disfrutara, tras dicha concentración, de una cuota por encima del 50 %, acompañado por el de que los dos principales (*NOS* y *HMG*) pudieran mantener entre sí la presión competitiva, permitía inferir la inexistencia posición dominante individual (tampoco cabía plantearse el riesgo de posición dominante colectiva dadas las características del sistema de difusión público neerlandés que excluían toda posibilidad de concertación entre *NOS* y *HMG*). Lo anterior sin perjuicio de

que, tras la concentración, tanto *NOS* como *RTL* (a través de *HMG*) mantuvieran una posición de poder de mercado que, por otro lado, ostentaban ya antes de la operación.

En línea con las consideraciones hechas más arriba, los principales efectos anticompetitivos que de la concentración podían derivarse eran de carácter no coordinado y se cifraban en el hecho de que la operación suponía que *Verónica* y *RTL* no hubieran ya de competir entre sí por la captación de audiencia. Como factor de refuerzo de esta clase de efectos cabría, acaso, citar la facultad de *HMG* para impedir la expansión de ciertos competidores (*SBS*) sobre todo merced a la coordinación de sus tres cadenas a la que se hizo ya referencia (cadena juvenil, cadena familiar y cadena de ataque para neutralizar la programación de los competidores). En cuanto a los efectos anticompetitivos coordinados, los mismos no eran significativos al no ser probable que *HMG* se coordinara en horizontal con *NOS*.

Sin embargo, no podía perderse de vista que la operación suponía la integración de empresas hasta entonces independientes (*Verónica* y *RTL*) como consecuencia de la concentración de sus activos en *HMG*, lo que, entre otras cosas, les permitía esa coordinación de programación que se acaba de mencionar, una coordinación que, por otro lado, quedaba al abrigo de las reacciones de clientes (la audiencia distribuida por todo el mercado geográfico con nulo poder negociador) y competidores (*NOS*, por la rigidez que debía enfrentar el difusor público para confeccionar su programación, y *SBS*, por su escasa cuota de mercado).

En lo que hace a los neutralizadores de esos posibles efectos anticompetitivos, se ha mencionado ya la existencia de un nulo poder compensatorio del lado de la demanda. En cuanto a la competencia potencial, tampoco podía jugar un papel destacado dada la existencia de importantes barreras de entrada dentro del mercado de la difusión televisiva, en lo que el neerlandés no sería una excepción. Finalmente, tampoco cabía imaginar la existencia de posibles eficiencias que de la concentración pudieran derivarse para los televidentes (p.e., la mejora de la calidad de la programación).

Concluyendo, en el caso *HMG*, la ausencia de posición dominante y la rebaja del grado de concentración del mercado tras la primera decisión motivó que la Comisión, en su segunda decisión, terminara por autorizar la operación. Ahora bien, la ausencia de neutralizadores de eventuales efectos anticompetitivos asociados a la concentración, junto a una serie de factores que limitaban la competencia real dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores (la existencia de limitaciones legales para que las cadenas públicas pudieran acceder al mercado de la publicidad y obtener ingresos con que financiar una parrilla que pudiera competir con la de *HMG*, que incluiría las producciones de *Endemol*, así como de un sistema poco flexible que hacía difícil que pudieran imprimir un carácter propio a su programación para adecuarla a los gustos de la audiencia), motivaron que esa autorización se sujetara a condiciones de las que la más importante (la limitación de las posibilidades de *RTL* 5 como cadena generalista y su conversión en cadena de noticias) iba encaminada a neutralizar el también más importante efecto anticompetitivo derivado de la concentración (el reiterado de la posibilidad de coordinar programaciones).

(2) En el caso UEFA

En el caso *UEFA*, por las razones expuestas en su lugar, la autoridad de la competencia no realizó un análisis como tal de la estructura del mercado de la difusión televisiva en abierto. Sin embargo, si acometió las tareas de evaluación del juego de la competencia, esto es, ponderó si, y en qué medida, la pretendida restricción de la competencia afectaba al juego de la competencia en el mercado de los telespectadores.

En este sentido, convendrá recordar que de lo que se trataba era de una restricción horaria, fijada dentro del Reglamento de Retransmisiones de la *UEFA*, por virtud de la cual existían ciertas franjas horarias dentro de las cuales no podían ser retransmitidos partidos de fútbol.

Una cuestión importante podría ser la de determinar los mercados de referencia dentro de los cuales estaban activos todas esas asociaciones nacionales y los Clubes que las conformaban, así como la propia *UEFA*. En este sentido, una observación relevante podría ser la de que la decisión de la Comisión no examinó en profundidad todas estas cuestiones. Sí advirtió la Comisión que los clubes de fútbol eran empresas que juntas integraban una asociación nacional y que todas las asociaciones nacionales juntas conformaban la *UEFA*. Partiendo de lo anterior, la Comisión no dudó en catalogar a la *UEFA* como “asociación de asociaciones de empresas”.

Las anteriores indefiniciones podrían ser hasta cierto punto suplidas acudiendo a otro pronunciamiento próximo también al año 2001 de una autoridad nacional de la competencia: el dictamen del TDC español (hoy Comisión Nacional de la Competencia; el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia se encuentra aprobado por Real Decreto 331/2008, de 29 febrero - BOE 3 marzo 2008, núm. 54, pág. 12851) en el asunto de *Vía Digital*. Del mismo cabría concluir que la *UEFA*, las asociaciones nacionales y los clubes estaban activos como proveedores en el mercado, ascendente con relación al de la audiencia o de los telespectadores, de la venta de derechos sobre contenidos deportivos. La concreción de lo anterior estaría a expensas de cual fuera el estado o país al que nos refiriéramos: en el caso español los clubes nacionales eran los directos titulares de los derechos de retransmisión de los partidos de Liga y de los de la Copa de SM El Rey, en tanto que la *UEFA* lo era de los de la Liga de Campeones.

Partiendo de lo anterior parece que el enfoque más apropiado podría ser el de apreciar la existencia de una concertación horizontal entre asociaciones nacionales en el seno de una asociación internacional de la que todas formaban parte (no existía un acuerdo entre agentes activos en diferentes eslabones de la cadena de valor – no competidores – lo que constituiría la característica esencial de la concertación vertical). En definitiva, el riesgo que cabría plantearse era el de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia ya consistiera éste en un cártel de limitación de la producción ya en un abuso de posición dominante colectiva dentro del mercado, ascendente con respecto al de la audiencia o los telespectadores, de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, en el que las partes concertadas actuaban como proveedores u oferentes y los organismos de radiodifusión como compradores.

Lo que ocurría en el caso *UEFA* era, sin embargo, que, si bien resultaba indudable la existencia de concertación horizontal, la misma no llegaba a tener alcance de ilícito *antitrust*, dado que no existían efectos anticompetitivos ni sobre el propio mercado de los derechos de

retransmisión de acontecimientos deportivos, en el que estaban activas las partes concertadas, ni tampoco sobre el descendente que ahora nos ocupa de la audiencia o los telespectadores.

Estas conclusiones de la Comisión cabría confirmarlas tanto si analizáramos el supuesto desde la perspectiva del abuso de posición dominante colectiva como si lo hiciéramos desde la del cártel horizontal de limitación de la producción (recuérdese lo dicho más arriba en cuanto a la compatibilidad de ambas figuras).

Visto el asunto como un caso de abuso de posición dominante colectiva, podríamos observar lo siguiente. En primer lugar, a pesar de la falta de un análisis estático o estructural de la Comisión, como tal, muy probablemente podía sentarse la existencia de una posición dominante en el mercado ascendente con respecto al de los telespectadores de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos. Tal posición dominante podría apreciarse a la luz de la existencia de dependencia económica de los organismos de difusión televisiva con respecto a la *UEFA*, a las asociaciones nacionales y a los clubes para la emisión de partidos de fútbol. La toma en consideración de las situaciones de dependencia económica conecta con toda una serie de esfuerzos doctrinales inscritos dentro de la teoría denominada del contratante obligatorio.

A ella se refiere el Profesor Pellisé (“*La explotación abusiva...*”; Págs. 250 y Ss.; Op. Cit.). En términos generales, las situaciones de dependencia económica son situaciones en las que un agente económico – proveedor o cliente – depende para sobrevivir de un vínculo comercial (V. Schroter: “*Le concept de “marché en cause” dans l’application des articles 66 par. 7 CECA et 86 TCEE*”, publicado en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges: De Tempel, 1977, pág. 498).

Esa dependencia económica puede obedecer a circunstancias de lo más variado: **(i)** la existencia de un monopolio legal; **(ii)** las situaciones de crisis o penuria económica en las sólo haya posibilidad de acudir a un proveedor (fenómeno estudiado por la doctrina alemana; V. Pedamon, M.: “*La protection de la libre concurrence en République Fédérale Allemagne*”, II Sem, Jurid., 457 -1984; puede verse la Decisión ABG-Empresas petroleras en los Países Bajos de 19 de abril de 1977 en la que la Comisión sostuvo que, por la penuria de petróleo ocasionada por la crisis de otoño de 1973, los distribuidores independientes holandeses “*habían perdido cualquier posibilidad real de aprovisionamiento de las compañías con capacidad de refino en los Países Bajos*” lo que colocaba a cada una de esas empresas en posición dominante respecto de sus clientes regulares); **(iii)** el control de instalaciones esenciales (*Vid Infra*); **(iv)** la necesidad que puede tener un comerciante de disponer de una representación completa de productos muy demandados por la notoriedad de la marca (se cita como ejemplo el mundo de la cosmética donde los minoristas necesitan disponer de determinadas marcas para mantenerse en el mercado; y, sin embargo, en *Cosmética Selecta* (1997) el TDC rechazó este supuesto típico de situación de dependencia económica o posición de dominio relativa, cuando contestó que “... No basta, a ... efectos [de definir la posición de dominio] con decir, como hace el recurrente, que los productos de las marcas de que se trata son de los más vendidos en el mercado de la perfumería y de la cosmética, que sus ventas representan el 30% de las ventas totales de la recurrente y que la denunciada sea la importadora exclusiva en España, por lo que no existe posibilidad de obtener los mismos productos de otros suministradores”; **(v)** en mercados de difusión televisiva puede citarse el ejemplo de los *films* de Hollywood, sin los cuales no es imaginable que un operador pueda estar presente en el mercado de la TV de pago o de la exhibición en salas de cine) (V. también Moschel, W.: “*Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*”, Cologne:

Carl Heynans Verlag KG, 1983, págs. 1 y ss; Immenga, U.: “*La notion de dépendance selon le Droit Allemand. Méthode d’interprétation et expériences*”, DPCI, 724-726 -1987; Baur, J.: “*Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach Section 26 Abs. 2 Satz 2 GWB*” BB, 1589- 1593 -1974; König D. - Reichert, J.: “*Les pratiques discriminatoires en Allemagne d’après l’article 26 du GWB*”, 38 Cah.Dr.Entr. 27-31 -1982); (vi) la necesidad que los proveedores puedan tener de amortizar determinadas inversiones (piénsese, por ejemplo, en el caso de un proveedor que sobre la base de un acuerdo con una cadena de distribución compra una importante cantidad de materias primas confiando en colocar el producto manufacturado en los establecimientos de dicha cadena); (vii) la imposibilidad de acudir a otros métodos de fabricación [p.e., para la elaboración de mazapanes y otros productos navideños, se hace necesario recurrir a determinadas clases de almendra no muy común; V. Kartte, W.: “*Problèmes actuels de la puissance d’achat en Allemagne fédérale du point de vue de l’Office Fédéral des cartels*”, 32 Revue de la Concurrence et de la consommation, 8 (1985); Ulmer, P.: “*Mehr Wettbewerb? Bemerkungen zum BachfragemachtGutachten der Monopolkommission*, WuW, 331 (1976) y “*Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (Section 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, Section 37a Abs. 3 GWB)*” WuW, 474 y ss. (1980)].

Situación de dependencia económica fue la identificada ya en la Decisión de 19 de diciembre de 1974 (*General Motors*), en la que la Comisión interpretó que esta empresa disfrutaba de una posición dominante en Bélgica, al estar cualquier importador paralelo belga obligado a acudir a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pudiera circular en Bélgica (la Comisión había identificado como mercado relevante en este asunto el de los certificados de conformidad para vehículos *General Motors* importados paralelamente en Bélgica). Igualmente lo fue la dirimida en la Decisión *Hugin/Lipton* de 8 de diciembre de 1977, donde *Hugin* ocupaba una posición dominante respecto de las empresas especializadas en el mantenimiento y reparación de sus máquinas, que no disponían de otra fuente de aprovisionamiento de las piezas de recambio correspondientes, al margen de la misma *Hugin*.

En esta clase de situaciones – dicen estos autores - la posición dominante podrá no ser objetiva y absoluta dentro de determinado mercado, pero sí existirá en términos relativos o subjetivos con respecto a esos proveedores o clientes económicamente dependientes [Hoet, P.: “*Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire*”, 325 Rev.March.Com., 135 y ss. (mars 1989)]. Para definir estas situaciones de posición dominante relativa, el método estructuralista y horizontal, que pasa por la definición del mercado relevante y por calibrar la posición en él de los diversos proveedores, no se revela suficiente (Waelbroeck: “*La notion d’entreprise(s) en position dominante et les méthodes de control en droit comparé, en La réglementation du comportement des monopoles et entreprises en position dominantes en droit communautaire*”, De. Van Damme, 1977, espec. págs. 126-30). Se señala la incoherencia de las autoridades comunitarias cuando en ocasiones han procedido a una definición artificiosa de ese mercado, sobre la base de ese método estructuralista y horizontal, para luego prescindir del mismo a la hora de definir la posición dominante. Como consecuencia, ese análisis debe investirse de una connotación vertical que permita captar esa posición dominante que se da sólo respecto cierto grupo de proveedores o clientes.

Ciertamente, la doctrina de la dependencia económica o del contratante obligatorio ha tenido eco en ciertos pronunciamientos de las autoridades de la competencia. Al margen del supuesto considerado más importante a este respecto de la información sobre programación televisiva en el asunto *Magill* – al que nos referiremos al tratar de este mercado -, se cita

también el asunto *Tetra Pak* (1994) donde el Tribunal señaló que “la posesión de estas cuotas de mercado colocaba a la demandante en una posición tal en el mercado que hacía de ella un **contratante obligatorio** para las empresas de envasado, sin embargo, no cabe olvidar que en dicho asunto la empresa disfrutaba de una cuota de mercado del 90 % y que el propio Tribunal se refirió a que la misma “le garantizaba la independencia de comportamiento típico de una posición dominante” de donde podría inferirse que ese comportamiento independiente se daba también respecto de los competidores y que el Tribunal no prescindió del análisis estructural u horizontal (V. sent. del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, as. T-83/91, *Tetra Pak International SA* c. Comisión, Rep. II-755, 811, consid. 109). Se cita también la resolución del TDC en *Ibertex* (1999) como caso en el que la autoridad de la competencia definió una posición dominante relativa.

Las críticas a esta doctrina del contratante obligatorio y de la dependencia económica como factor determinante de la existencia de posición dominante relativa se centran en el hecho de que puede conducir a una definición estrecha en exceso del mercado relevante y a desvirtuar el sistema de los Arts. 2 LDC y 102 TCE llevando a la protección de determinadas empresas (en su papel de proveedoras o clientes de otras) más que a la protección de la competencia cuyo mantenimiento es la finalidad esencial del Derecho Antitrust. Esa desnaturalización de la institución del abuso, tal cual queda ésta configurada en los textos legales, procedería del riesgo de definir el mercado relevante en función de una previa concepción de la posición de dominio que se quiere establecer en lugar de definir el abuso en función del mercado relevante (V., por todos, Gavalda/Parleani: “*Droit des affaires de l’Union Européenne*”, Paris: Litec, 1998, pág. 331.).

Lo resumen los autores (García Martínez, R.: “*La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia*”; publicado en la Revista del Poder Judicial n.º 64 de 2002; Pág. 23): “*Como se ha dicho anteriormente, esta concepción limita extraordinariamente el mercado estudiado. Esta reducción del mercado puede servir para facilitar la utilización perversa de la normativa antitrust en interés particular, desviando este Derecho de su objetivo de defender la competencia en tanto que institución básica del orden público económico. En efecto, con independencia de las circunstancias que originan la dependencia, sean propias de la empresa dependiente o debidas al mercado y por tanto ajenas a la relación, nada impide que la empresa que domina la relación se vea expuesta a la competencia de otros operadores, y que tal situación beneficie, en última instancia, a la empresa dependiente*”.

Probablemente sean estas reticencias las que hayan motivado que, tras su inclusión con la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia de 1999, se destaque por los autores como una de las novedades más destacadas en materia de tipicidad dentro de la vigente Ley 15/2007 la supresión de las figuras de explotación de la situación de dependencia económica (Alonso Soto, R.: “*La nueva regulación de la defensa de la competencia*”; Conferencia dictada el 13 de diciembre de 2007, en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid y dentro del ciclo organizado por la Academia Matritense del Notariado).

Volviendo al caso *UEFA* y aplicando al mismo las anteriores consideraciones, constatada la existencia de posición dominante, el abuso de la misma podía, en principio, consistir en una limitación de la producción o del mercado de la audiencia o de los telespectadores como consecuencia de las restricciones horarias que se vienen comentando (Art. 102 b TFUE). Se trataría de un abuso de carácter explotativo y proyección más bien vertical descendente. No obstante lo anterior, faltarían en este caso *UEFA*, los presupuestos del aprovechamiento de la

posición dominante para un fin ilícito y del resultado lesivo para el juego de la competencia. En cuanto a esto, la idea esencial era la de que la restricción horaria buscaba un fin lícito, como era el de fomentar la asistencia del público a los estadios y no perseguía restringir la competencia entre los organismos de radiodifusión ni tampoco podía llegar a producir ese efecto restrictivo por varias razones expuestas por la Comisión en su decisión y que se resumían en que, al afectar a todos los organismos de radiodifusión por igual, no colocaba a unos en una situación de desventaja competitiva con relación a los otros.

A similares conclusiones cabría llegar aplicando la institución del cártel, a la que, de hecho, se apegó más la Comisión en su Decisión. En este caso, podía, como se viene diciendo, apreciarse la existencia de una decisión de asociación de empresas de limitación o control de la producción o el mercado (Art. 101.1.b TFUE), sin embargo, por razones similares a las que acabamos de referir, al tratar del abuso de posición dominante, no cabía apreciar la existencia de un fin ilícito ni de un resultado anticompetitivo. Otra forma de salvar la licitud de la práctica pasaría por apreciar la existencia de eficiencias ligadas al progreso económico y a la ya comentada necesidad de preservar la asistencia del público a los estadios (Art. 101.3 TFUE).

Aunque no haya sido objeto de estudio en este apartado del mercado de los telespectadores – sí lo será en el del mercado de la TV de pago - la cuestión de las franjas horarias vetadas se planteó también en el caso de las tarjetas decodificadoras griegas (*vid infra*), en el que se trataba de restricciones verticales que llevaban a la compartimentación por territorios del mercado de los derechos sobre partidos de la *premier*.

La Asociación de la Liga Inglesa intentó justificar las restricciones a la prestación de servicios que suponía el reparto territorial, por estados miembros, de los derechos sobre los partidos en la existencia de franjas horarias vetadas. Las asociaciones de fútbol podían establecer una franja temporal de dos horas y media en la cual no debían emitirse partidos de fútbol. Éstas eran las horas en las que se celebraban la mayor parte de los partidos de fútbol de las ligas superiores de la asociación. Las franjas horarias vetadas estaban pensadas para evitar que los aficionados al fútbol dejasen de asistir a los partidos que se celebrasen cerca de su lugar de residencia o de participar en partidos de aficionados y de juveniles. La franja horaria era diferente en cada país, puesto que dependía de las costumbres respectivas de fijación de horarios de los encuentros. Mediante un reparto territorial de los derechos de transmisión, las asociaciones y las cadenas de radiotelevisión podían garantizar que ninguna transmisión incumpliera la franja horaria nacional.

La asociación nacional (FAPL) alegaba de forma convincente que la importación en Reino Unido de tarjetas decodificadoras griegas que permitían visualizar partidos de la *premier* dificultaba la aplicación de dichas franjas horarias vetadas, si es que no la hacía imposible, puesto que en el país de origen de la tarjeta podían protegerse otras franjas horarias diferentes a las que se protegían en el lugar de utilización de la tarjeta o, incluso, renunciarse a esta protección.

Para la Abogado General, en sus conclusiones, las franjas horarias vetadas sólo podían justificar una restricción de la libre prestación de servicios si eran adecuadas para garantizar la realización del objetivo perseguido, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo [con cita, por ejemplo, de las sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger* (C-76/90, Rec. p. 1-4221), apartado 15; de 8 de septiembre de 2010, *Carmen Media Group* (C-46/08, Rec. p. I-0000), apartado 60, y de 7 de octubre de 2010, *Santos Palhota* y otros (C-515/08, Rec. p. I-0000),

apartado 45]. Además, las medidas destinadas a poner en práctica tal política no debían resultar en ningún caso desproporcionadas respecto al citado objetivo [Sentencias *Säger* (citada en la nota 81), apartado 17; de 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania (C-318/05, Rec. p. I-6957), apartados 133 y 136, y de 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium* y otros (C-250/06, Rec. p. I-11135), apartado 44].

La fundada reivindicación de este objetivo como justificación de una compartimentación del mercado interior quedaba puesta en entredicho en ese concreto asunto por el interés económico existente al mismo tiempo en una compartimentación del mercado. Si bien se apelaba a las asociaciones de fútbol para que valorasen la necesidad de las franjas horarias vetadas y, en principio, habían de disponer en este punto de una amplia discrecionalidad, no era posible excluir *a priori* que la decisión de la asociación inglesa de fútbol acerca de la utilización de una franja horaria vetada se basase al menos también en un intento de garantizar el interés económico de los miembros más importantes de la asociación en la compartimentación del mercado interior de transmisiones de fútbol en directo. Por eso debía aplicarse un parámetro particularmente estricto al explicar la necesidad de las franjas horarias vetadas.

Era dudosa la idoneidad de las franjas horarias vetadas para fomentar la asistencia a los partidos y la participación en encuentros. Ambas actividades tenían un carácter completamente diferente al seguimiento de una transmisión en directo por televisión. No se había aclarado suficientemente al Tribunal de Justicia que las franjas horarias vetadas fomentasen efectivamente la asistencia a los partidos o la participación en encuentros. Es más, existían indicios que contradecían esta afirmación. Así, la Comisión comprobó en un análisis de las franjas horarias vetadas, realizado desde el punto de vista del Derecho de la competencia, que sólo diez de veintidós asociaciones habían establecido una franja horaria vetada. En Francia, Alemania, Italia y España, pero también en Irlanda del Norte, es decir, en el área de influencia del fútbol inglés, no se establecieron franjas horarias vetadas.

Y era evidente que en Alemania se transmitían en directo todos los partidos de la Bundesliga sin que por ello se resintiera la asistencia a los encuentros de las dos divisiones superiores (sobre el número de espectadores podía verse *DFL Deutsche Fußball Liga GmbH, Bundesliga 2010, Die wirtschaftliche Situation im Lizenzfußball*, pp. 20 y 21). Esto no excluía que en el procedimiento ante la *High Court* pudiera llegar a demostrarse que en el fútbol inglés regían otras condiciones que exigieran obligatoriamente la protección mediante franjas horarias vetadas. Ahora bien, para que la aplicación de franjas horarias vetadas pudiera prevalecer frente al obstáculo al funcionamiento del mercado interior, esta prueba debía demostrar que las transmisiones en directo tenían considerables efectos negativos sobre la asistencia a los encuentros y/o la participación en partidos de fútbol.

Por consiguiente, ni el objeto específico de los derechos sobre la transmisión de los partidos de fútbol ni -conforme a la información de que disponía el Tribunal de Justicia- las franjas horarias vetadas a las transmisiones en directo justificaban, en opinión de la Abogada general, la compartimentación del mercado interior en ese caso de las tarjetas griegas, a diferencia, por tanto, de lo sucedido en el caso UEFA.

(3) En el caso AVS III

En este caso, se trataba de que *Sogecable*, activa en el mercado de la TV de pago y en el de la TV en abierto a través de *Cuatro*, tomaba el control de la plataforma de gestión de derechos sobre contenidos, *AVS*. Al margen de determinados aspectos cooperativos de la operación, en virtud de los cuales la competencia entre *Sogecable* y *Mediapro* saldría relajada en el mercado de la adquisición de contenidos y, a resultas de ello, en el de la TV en abierto, la operación tendría que ser enfocada como concentración vertical en la que una empresa activa en los mercados descendentes de la difusión televisiva, en abierto y de pago, tomaba el control de otra activa en el mercado ascendente de la gestión de derechos sobre contenidos deportivos.

A la vista de lo anterior, habría que plantearse que calificación habría que dar al mercado de la TV en abierto, el que ahora nos ocupa, de acuerdo con la normativa sobre concentraciones. De la Sección Sexta del formulario incorporado como anexo al Reglamento de Aplicación mencionado más arriba (en análogo sentido, V. Sección 5.^a del Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), resultaría que el mercado de la TV en abierto podía ser un mercado afectado por poder apreciarse la existencia de relaciones verticales, toda vez que *AVS* contaba con una cuota muy superior al 25 % en el mercado ascendente de los derechos sobre contenidos y que *Sogecable* estaba activa en el mercado descendente de la TV en abierto a través de *Cuatro*.

En cuanto al análisis pre-concentración de la estructura del mercado español de la TV en abierto en el momento de plantearse la operación (2005), *Antena 3* era el operador líder con un 26,10 % de cuota de pantalla. La seguían *Telecinco*, con un 22,6 % de cuota de pantalla, y *RTVE*, con un 19,20 %, si se consideraban las dos cadenas que ésta poseía. Muy por detrás de las anteriores en cuota de mercado se situaban *Cuatro* y *La Sexta*, que llevaban poco tiempo operando en el mercado afectado de la TV en abierto. Lo anterior respondía al perfil que venimos definiendo del mercado español de la TV en abierto como mercado maduro, moderadamente concentrado y con tendencia al oligopolio.

Cada Club de fútbol vendía los derechos respecto de los partidos en los que participara su equipo por el ámbito temporal de una o varias temporadas y, a partir de aquí, los diferentes adquirientes habían volcado sus derechos en *AVS* que, tras ese volcado, había procedido a la asignación de partidos concretos a cada uno de los difusores en abierto.

Sobre este particular, lo más importante, en el momento de plantearse la operación de concentración, era que *AVS* había cedido en el marco del acuerdo de 24 de julio de 2006 a *Mediapro* la emisión del partido en abierto por cada jornada de Liga de Primera División. Por su parte, *Mediapro* había cedido, con alcance nacional, esos derechos a *La Sexta* y con alcance autonómico, catalán y valenciano, respectivamente, a *TVC* y a *TVV*. La situación había cambiado, por tanto, con relación al pasado en el que la *Federación de Organismos de Televisión Autonómicos (FORTA)* y *La 2 de TVE*, en las demarcaciones sin cobertura de TV autonómica, habían venido siendo quienes emitían en abierto un partido por cada jornada. Además, de los cinco partidos de Liga de Segunda División que cada jornada eran emitidos en abierto, uno lo era por la cadena de televisiones locales de *Sogecable*, *Localia*, correspondiendo los derechos sobre los cuatro restantes a *Mediapro*. En cuanto a los partidos de Copa de S. M. El Rey (salvo la final), la situación era muy variable y dependía, en fin, de que *AVS* llegara a consolidar los derechos correspondientes a los dos equipos para después cederlos a cierto difusor en abierto.

Inciendiando sobre evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la difusión televisiva, una forma de valorar la operación sería mediante el recurso a las Directrices de la Comisión de 18 de octubre de 2008 para la evaluación de las concentraciones no horizontales (verticales) con arreglo al Reglamento Europeo de concentraciones [DO C 265 de 18.10.2008, p. 6/25 (2008/C 265/07)].

Conforme a éstas, los efectos perniciosos para el juego de la competencia de una concentración vertical serían mucho menores que los de una concentración horizontal, por razones similares a las que hemos visto al tratar de los acuerdos verticales y de los horizontales, en esencia, la existencia de intereses comerciales contrapuestos entre las empresas situadas en los diversos peldaños de la escala de valor (el proveedor de contenidos deportivos aspiraría a obtener el mayor precio y el difusor en abierto en pagar el menor precio por los contenidos deportivos).

Como se destaca en las propias Directrices (Considerandos 11 y 12), las concentraciones no horizontales, ya sean verticales o conglomerales, tienden a producir menos efectos restrictivos netos para el juego de la competencia que las horizontales. La razón de lo anterior hay que encontrarla en que, a diferencia de las horizontales, no suponen una disminución directa de la competencia entre las partes concentradas dentro de un mismo mercado de referencia (lo que, al ocuparnos de las concentraciones horizontales estudiamos bajo la rúbrica de “efectos anticompetitivos no coordinados”). Razones similares, como decimos, son las que llevan a las autoridades de la competencia a ser más benevolentes con la colusión vertical que con la horizontal. A lo anterior habrá que añadir que las concentraciones no horizontales son más proclives que las horizontales a la hora de propiciar eficiencias.

Las premisas generalmente aceptadas por los economistas para el examen de los aspectos verticales de las concentraciones cabe resumirlos al modo siguiente (V. Briones, Folguera, Font y Navarro, Op. Cit., Pág. 244): **(i)** las relaciones verticales, en sí mismas, no plantean problemas de competencia pero sí pueden hacerlo a través de las repercusiones que puedan llegar a tener sobre las relaciones horizontales; **(ii)** la naturaleza de estos posibles problemas derivados de una concentración/relación vertical determinada se pueden agrupar en tres categorías principales: **(a)** que de ella se derive un efecto de exclusión de competidores (teorías de cierre de los mercados – *foreclosure* – y de incremento de los costes de las empresas rivales); **(b)** que una determinada concentración o relación vertical pueda facilitar la colusión en un mercado relacionado (ascendente o descendente), y **(c)** que en mercados con precios regulados, la integración vertical de la empresa cuyos precios se regulan pueda dificultar el control de sus costes efectivos y por lo tanto restar eficacia al control de precios.

Lo anterior motiva que, en la práctica, no sean tan frecuentes los supuestos de concentraciones verticales puras. Se cita (Briones, Folguera, Font y Navarro; Op. Cit.; Pág. 246) como el primer asunto en el que la Comisión recibió una notificación de una concentración de esta clase el asunto ICI/Tioxide (decisión de 28-11-1990; asunto IV/M.23): *“Tioxide era una filial común entre ICI, el principal suministrador de pintura del mundo, y Cookson. La operación notificada consistía en la compra de la totalidad de Tioxide por parte de ICI. Tioxide fabricaba y vendía dióxido de titanio (un pigmento blanco utilizado como materia prima por los fabricantes de pintura) a ICI y a otros fabricantes de pintura competidores de ICI. La Comisión consideró explícitamente en este caso: i) la posibilidad de que ICI limitara el acceso de fabricantes de pintura competidores a la materia prima que constituye el dióxido de titanio, y ii) la posibilidad de que ICI lograra mediante el control*

completo del principal proveedor de dióxido de titanio una ventaja significativa de costes sobre sus competidores. La Comisión autorizó la concentración tras verificar la existencia de suministradores de dióxido de titanio no integrados en la fabricación de pintura y que éstos constituirían una fuente de suministro alternativa suficiente. Por lo tanto, la Comisión concluyó que la adquisición del control de Tioxide no crearía o reforzaría una posición dominante de ICI en el mercado descendente de la pintura, al no existir riesgo de cierre del mercado en el acceso a la materia prima”.

Otro ejemplo clásico de concentración vertical es el que se refiere al asunto *Viag/Continental Can* (decisión de 6 de junio de 1991, Asunto IV/M.081) donde el productor de aluminio, *Viag*, adquiría el sector de envasado en Europa de *Continental Can* que fabricaba latas metálicas para las que empleaba acero y aluminio. También en este caso la existencia de proveedores alternativos de materias primas para el resto de fabricantes llevó a la Comisión a entender que no se producía una restricción apreciable del juego de la competencia (en general, sobre concentraciones verticales y aspectos verticales de las concentraciones puede consultarse: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.: “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 9; Págs. 243 y Ss.; sobre aspectos no sólo verticales, sino también conglomerales, Martínez del Peral Cagigal I.: “*La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas*”. GJ 1993. D-20; Págs. 83 y Ss.).

Retomando el caso *AVS*, considerando que la posición de *AVS* en el mercado ascendente era, sin duda, una auténtica posición dominante, no cabía descartar de antemano que la operación pudiera plantear problemas de competencia, teniendo en cuenta, que para que ese descarte pudiera producirse sería exigible que la cuota de mercado de la entidad verticalmente integrada en cada uno de los mercados afectados fuera inferior al 30 % y el IHH inferior a 2000 (V. considerando 25 de las Directrices). Este umbral del 30 % se aplicaba por analogía a las indicaciones que figuran en el Reglamento (CE) no 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21). A este reglamento de exención por categorías se han hecho ya menciones al tratar de la colusión vertical.

Así las cosas, habría que plantearse si la operación podía llegar a producir efectos anticompetitivos dentro del mercado afectado de la TV en abierto. Cabría apreciar la existencia de efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la concentración vertical, si, a resultas de la misma, los competidores de la división inferior de la concentrada, es decir, de *Cuatro*, pudieran perder la capacidad o el interés por competir en el mercado descendente de la TV en abierto. Se trataría de que la concentración vertical pudiera traducirse en un cierre anticompetitivo del mercado español de la TV en abierto que impidiera a los rivales acceder a las fuentes de suministro de contenidos y, en consecuencia, a los telespectadores.

Inciendiando sobre el efecto no coordinado consistente en el bloqueo de insumos, en las Directrices de la Comisión se menciona que “*el bloqueo de insumos se produce cuando, tras la concentración, es probable que la nueva entidad restrinja el acceso a los productos o servicios que en cambio habría suministrado de no existir la concentración, incrementando así los costes de sus rivales en sentido descendente al hacer que les sea más difícil obtener suministros del insumo a unos precios y condiciones similares a los que existirían si no se hubiese producido la concentración*” (Considerando 31 de las Directrices). En las mismas

Directrices se hace depender la capacidad de la entidad verticalmente integrada, en nuestro caso, *AVS/Cuatro*, para este bloqueo de insumos del carácter esencial del insumo y de la competitividad de otros proveedores activos en el mercado de la venta de esos insumos.

Respecto a ese primer factor de las características del producto o servicio que integra el insumo, la capacidad de bloqueo de la concentrada estará a expensas de que dicho bloqueo se refiera a un insumo importante para el producto descendente. Lo anterior será no sólo cuando el insumo represente una parte importante del coste total del producto descendente, sino también cuando concurren otros factores como, por ejemplo, que este último no pueda fabricarse sin aquél o que el insumo suponga un importante factor de diferenciación del producto descendente. En el caso *AVS III*, los terceros, como *Telemadrid*, se refirieron, efectivamente, al importante valor de diferenciación y de marca que confería el fútbol a las cadenas de TV en abierto, máxime en un entorno de digitalización y de multiplicación de la oferta televisiva en el que interesaba reafirmar la identidad de la cadena y, asimismo, a su función de servicio público ligada a la promoción del deporte. Sin embargo, el TDC, aún reconociendo que el fútbol era, en efecto, importante para las emisiones en abierto, sentó que, a diferencia de lo sucedido con la TV de pago, no era indispensable. El fútbol hacía subir la audiencia de las cadenas en abierto, sin embargo, no cabía afirmar que no pudieran existir emisiones en abierto sin fútbol. Lo anterior quedaba avalado por el hecho de que muchos difusores en abierto hubieran prescindido del fútbol en sus emisiones, optando, en algunos casos, por otras emisiones de contenidos deportivos que funcionaban como sustitutivos cercanos.

El segundo de los factores de los que podría depender la capacidad de bloqueo de insumos, a saber, la competitividad de otros proveedores, era casi nulo por la posición cuasimonopolística de *AVS* en el mercado ascendente, lo que llevaría a agravar el riesgo de la negativa al suministro de derechos sobre contenidos deportivos a los competidores de *Cuatro* en el mercado descendente de la TV en abierto. Sin embargo, dado que el sentido del acuerdo de 24 de julio de 2006, en sus aspectos cooperativos, de los que no tratamos aquí, era el de ceder el grueso del fútbol en abierto a *Mediapro*, el riesgo para el juego de la competencia en este sentido dentro del mercado español de la TV en abierto procedía, más que de la concentración vertical *AVS/Cuatro*, de esos aspectos cooperativos y colusorios del referido acuerdo. Esta última circunstancia dejaría también sin sentido el examen de lo incentivada o estimulada que pudiera estar *AVS* para bloquear o degradar el suministro de insumos a los competidores de *Cuatro*.

Esto que acabamos de mencionar podría ciertamente no ser así respecto de la retransmisión en España y Andorra de los partidos de la Copa de S.M. El Rey en abierto, toda vez que los derechos relativos a la emisión de los mismos en estos territorios quedaban en manos de *AVS/Sogecable*. Sin embargo, tampoco en este punto, apreció el TDC riesgo de restricción del juego de la competencia, al margen de por determinados factores coyunturales (p.e., la condición quinta del acuerdo del Consejo de Ministros de autorización de la integración de Vía Digital en Sogecable obligaba a Sogecable hasta 29 de noviembre de 2007, en el caso de adquirir de los clubes derechos en exclusiva, a garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto, asegurando el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración), por el escaso interés de los partidos de la Copa de S.M. El Rey, referidos a nichos de espectadores muy concretos, y por la constatación del elevado número de encuentros de Copa que estaban siendo retransmitidos en abierto, lo que permitía descartar

que se estuviese produciendo el bloqueo de esta clase de insumos por parte de *AVS/Sogecable*.

En definitiva, era posible que subsistieran suficientes competidores creíbles en sentido descendente – en el mercado de la TV en abierto - cuyos costes no era probable que aumentasen porque podían cambiar a insumos alternativos adecuados” (V. Considerando 50 de las Directrices), pudiendo inferirse que la concentración vertical no entrañaba una obstaculización significativa del juego de la competencia en el mercado de español de la TV en abierto.

Finalmente, cabía imaginar también la existencia de efectos anticompetitivos coordinados dentro del mercado español de la TV en abierto por el hecho de que, tras la concentración, pudiera crearse un ambiente propicio para la colusión dentro del mercado español de la TV en abierto, entre *Cuatro (Sogecable)* y *La Sexta (Mediapro)*. Sin embargo, la raíz de esta cooperación horizontal habría que cifrarla, más que en la concentración vertical en sí entre *Sogecable* y *AVS*, en los aspectos cooperativos del acuerdo de 24 de julio de 2006 a los que comenzamos por referirnos. Finalmente, podríamos remitirnos a la dificultad de mantener la concertación horizontal dentro de un mercado tan mutable como el español de la TV en abierto, cuestión de la que tratamos al hilo de los efectos anticompetitivos coordinados de las concentraciones horizontales y que se ha visto confirmada por la llamada *guerra del fútbol* desatada en nuestro país entre *Sogecable* y *Mediapro*.

(4) En el caso Gol TV

En este caso se trataba de decidir sobre unas prácticas anticompetitivas protagonizadas por *Mediapro*, activa en el mercado de los derechos sobre contenidos, y sus secciones descendentes en los mercados de la TV en abierto (*La Sexta*) y de la TV de pago (*Gol TV*).

Por lo que al mercado de la TV en abierto se refiere, tales prácticas anticompetitivas se relacionaban, en primer lugar, con los acuerdos celebrados entre *Telemadrid* y *Mediapro* para la puesta en común de derechos que se habían dejado sin examinar en el caso *AVS III – Telemadrid* cedía los derechos de algunos equipos madrileños contra la entrega por *Mediapro* del derecho a la retransmisión de los partidos – y, en segundo lugar, con los acuerdos de reventa en cuya virtud *Mediapro* había ofertado la reventa de los derechos sobre los partidos a los difusores en abierto.

Tales conductas se proyectaban, en primer término, sobre los mercados ascendentes de los contenidos; sin embargo, en la medida en que los mismos eran insumos importantes para operar en el mercado aguas abajo de la TV en abierto, las mismas podían tener un efecto de exclusión o cierre en este último mercado, al privar a los operadores de los *inputs* necesarios para operar en él.

Un análisis estático de la estructura del mercado de la TV en abierto antes de la práctica restrictiva permitía concluir lo siguiente. Los partidos de fútbol incrementaban los niveles de audiencia de las cadenas en abierto y ayudaban a conformar una imagen de marca de las mismas, especialmente interesante en un entorno digital de multiplicación de canales en que resultaba importante diferenciar la propia oferta, sin embargo, determinados factores, como por ejemplo el escaso tiempo de publicidad, impedían que las inversiones en la adquisición de esta clase de contenidos para el abierto llegaran a ser rentables. Una de las condiciones impuestas en el caso de la fusión digital en España fue la de que *Sogecable* tuviera obligación

de sublicenciar los contenidos deportivos adquiridos para el abierto. Esta y alguna otra limitación, como la limitación temporal impuesta a *Sogecable* para la adquisición de derechos, fueron aprovechadas por *Mediapro* para hacerse con una posición dominante en el mercado de esta clase de contenidos.

Lo habitual en el mercado de los contenidos había venido siendo que los adquirientes de los derechos de los clubes los volcaran en el *pool AVS* contra el derecho a retransmitir determinados partidos. Así había sucedido en los casos *AVS I, II y III*. En *AVS III* quienes habían adquirido derechos sobre los clubes habían sido *Mediapro*, *TVV* y *TVC*, que habían desplazado a la *FORTA*. En consecuencia los derechos para la emisión de esos partidos se habían asignado a *La Sexta* y a esos dos operadores autonómicos. Hasta la temporada 2006/2007 eran estos operadores los que, principalmente, habían emitido los partidos en abierto. A partir de la temporada 2007/2008, y tras el conflicto abierto con *Sogecable* en el seno de *AVS*, *Mediapro* cedió los derechos para la emisión en abierto a otros operadores autonómicos además de *TVV* y *TVC*.

La CNC facilitó los datos de 2008 sobre cuotas de audiencia y de mercado de los diversos operadores en abierto en los mercados de la TV en abierto y de la publicidad televisada respectivamente (ver más arriba). De ellos, el de mayor relevancia era el de que *La Sexta* tenía un 5,5 % en cuota de pantalla y un 5,6 % en publicidad. Es decir que la posición dominante de *Mediapro* en contenidos no se asociaba a una posición dominante de *La Sexta* en TV en abierto.

Algunos otros aspectos importantes del mercado de la TV en abierto antes de las prácticas restrictivas podían cifrarse en la eliminación de la publicidad de la parrilla de *RTVE*, la toma de control de *Cuatro* por parte de *Telecinco* o la obligación legal de emitir un partido en abierto por jornada (por la Transitoria Sexta de la LGCA).

Incidiendo ya en la práctica anticompetitiva, en 2009, *Mediapro* había dirigido a los difusores en abierto una oferta de reventa de derechos sobre partidos para su emisión en abierto sobre la base de los paquetes que ella misma de modo unilateral había conformado.

La CNC hizo una serie de reflexiones para fijar los criterios que permitían decidir cuando la cesión de derechos sobre eventos deportivos en el nivel último de la reventa, pero también en los niveles ascendentes, podía considerarse ajustada al derecho de la competencia (sobre la base de precedentes comunitarios y nacionales, de su Informe de 2008 sobre los derechos del fútbol y sobre la exégesis de los Arts. 19 y 21 de la LGCA). En general, la CNC sentó que *Mediapro* se había hecho con los derechos en condiciones de competencia, y que ello le confería un cierto margen para rentabilizarlos, explotándolos o cediéndolos en exclusiva, siempre que con ello no se produjera un cierre del mercado y teniendo en cuenta que disfrutaba de una posición dominante que permitía imponerle un patrón de conducta (responsabilidad cualificada) que no cabría exigir a otro operador que no disfrutara de la misma.

Respecto del acuerdo de puesta en común de *Mediapro* con *Telemadrid*, a consecuencia de la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, la adquisición de los derechos de *Getafe* y *Real Madrid* había quedado limitada a tres temporadas, y este límite había que hacerlo extensivo al acuerdo de puesta en común, por lo que el mismo se beneficiaba de la exención de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, sin llegar, por tanto, a entrañar una infracción del derecho *antitrust*.

Y, en cuanto a los acuerdos de reventa, su conformidad con la normativa de la competencia se hacía depender de dos aspectos, a saber, cuáles eran los derechos puestos en el mercado y cuáles eran las condiciones de esa puesta a disposición. Respecto de lo primero, la CNC entendió que *Mediapro* había cedido derechos en abierto sobre partidos de las dos categorías de la Liga y de la Copa del Rey a otros operadores en condiciones suficientes.

En cuanto a lo segundo, de lo que se trataba era de dirimir si esa puesta a disposición se había realizado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En este punto, la CNC realizó un primer análisis basado en la colusión. En cuanto al acuerdo entre *Mediapro* y *La Sexta*, la Dirección de Investigación fue de la opinión de que no podía examinarse a la luz del Art. 1 LDC (101 TFUE) pues, siendo *La Sexta* y *Mediapro* lo mismo, no se daba la multilateralidad que dicho precepto exigía. Por su parte la CNC insistió en que la cesión de *Mediapro* a *La Sexta* se hacía sin exclusiva o en exclusiva con facultad de cesión a tercero y para sólo uno de los diez partidos de cada jornada. Esto, sumado a la escasa cuota de mercado de *La Sexta* en el mercado de la TV en abierto, le sirvió para concluir que el acuerdo no tenía un objeto ni efecto anticompetitivo.

Distinto podía ser en el caso de la reventa a otros operadores en abierto (*TVV*, *TVC* o *Telemadrid*). Sin embargo, en este caso la exclusividad estaba fuertemente limitada con arreglo a criterios geográficos, temporales o basados en la plataforma tecnológica de distribución, lo que, sumado al hecho de que su duración no excediera de tres años, permitía concluir la aplicabilidad de la exención del Art. 1.3 LDC (101.3 TFUE).

En este sentido, cabría plantearse hasta que punto podría resultar de aplicación la exención por categorías a estos acuerdos verticales y lo cierto es que la cuota disfrutada por el proveedor *Mediapro* en el mercado de los contenidos, muy por encima del límite del 30 %, valdría ya para descartar esta posibilidad.

Por si lo anterior no fuera ya bastante, se trataría, además, de acuerdos entre competidores (*Mediapro*, a través de *La Sexta*, competía con las autonómicas en el mercado de los telespectadores) que el propio Reglamento 330/2010 excluye también de la exención por categorías. Respecto de estos últimos se introduce una contraexcepción que permite la aplicación de la exención por categorías, a saber, “*si el proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales, mientras que el comprador opera a nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que adquiere los servicios objeto del contrato*”. Sin embargo, tampoco la misma resultaría de aplicación teniendo en cuenta que las cadenas autonómicas competían con *Mediapro* en la adquisición de derechos de los clubes en los niveles ascendentes. Además, se excluirían también de la exención por categorías los acuerdos cuyo objeto principal sea la cesión de derechos de propiedad intelectual, entre los que se incluirían los de imagen y éste habría sido precisamente el caso.

En cuanto a la concreta forma de colusión vertical, de las previstas en las Directrices sobre restricciones verticales, en que cabría incardinar tales acuerdos verticales entre *Mediapro* y las cadenas autonómicas, tal vez la más a propósito fuera la del suministro exclusivo. En todo caso, lo anterior no tendría una especial relevancia al situarse los acuerdos dentro del límite de los 5 años que las Directrices exigen para que tales acuerdos produzcan efectos anticompetitivos en todo caso, además de tratarse de una exclusividad muy limitada, como ya se señaló. Por otra parte, tienden a exigir las Directrices para que el suministro exclusivo

tenga esos mismos efectos anticompetitivos que el comprador exclusivo – las autonómicas en nuestro caso – gocen de poder de mercado en el mercado descendente – la TV en abierto – y no sería éste el caso. En todo caso, la utilidad de la figura del suministro exclusivo quedaría muy limitada en este caso y, de hecho, una lectura de las Directrices (núms. 192 y ss.) permite colegir que se parte de situaciones en los que el poder de mercado se sitúa del lado del comprador que, precisamente por ello, puede forzar al proveedor a suministrarle en exclusiva. En *Gol TV*, sin embargo, el poder de mercado se situaba, más bien, del lado del proveedor *Mediapro* y por eso la sanción se impuso por la existencia más de abuso de posición dominante que de colusión.

En efecto, la ausencia de colusión prohibida no excluía que pudiera haberse llegado a dar un abuso por *Mediapro* de su posición dominante en el mercado de los contenidos al paquetizarlos de modo unilateral excluyendo determinados partidos de la Primera División y revenderlos con arreglo a criterios no transparentes ni objetivos ni no discriminatorios (no se sabían de antemano cuáles eran los criterios de asignación). Esa paquetización unilateral era ya de por sí reveladora de que *Mediapro* podía actuar con independencia de sus competidores y clientes en el mercado de la reventa. No era sólo que *Mediapro* disfrutara de una cuota elevada y estable, sino que además lo hacía en un mercado bordeado por fuertes barreras de entrada de tipo económico, las cuales se veían aún intensificadas a raíz de la integración vertical que presentaba *Mediapro* con *La Sexta*. Así, la posición dominante resultaba difícilmente rebatible.

En este sentido, ya había precedentes de sanción de abuso de posición dominante cuanto la conducta se desarrollara en el mercado dominado, pero sus efectos se proyectaran sobre un mercado, en nuestro caso el de la TV en abierto, en el que no se disfrutara de posición dominante (v. *supra* las referencias a los asuntos *Zoja* o *Telemarketing*).

A pesar de que *Telecinco* había ofertado para hacerse por los derechos integrados en tres de los paquetes, los mismos no se habían llegado a comercializar. Se trataba, en fin, de un abuso de exclusión con efectos sobre el mercado descendente de la TV en abierto. Lo anterior era bastante para concluir que *Mediapro* había abusado de su posición dominante en el mercado ascendente de los contenidos para excluir aguas abajo a sus competidores en el mercado de la TV en abierto. Probablemente, si acudimos a las Orientaciones de la Comisión sobre esta clase de abuso, el caso que nos ocupa podría encontrar encaje, mejor que en otras, en la figura de la denegación de suministro de un insumo objetivamente necesario para actuar en el mercado descendente de la TV en abierto.

Como se daban ciertas circunstancias atenuantes, como la mayor disponibilidad de derechos en el mercado, la sanción impuesta (medio millón de euros) se consideraba reducida con relación al volumen de negocio de la entidad. En este sentido, podía también observarse como el resultado lesivo del abuso, normalmente cifrado en el perjuicio para el bienestar del usuario final o televidente, era difícilmente perceptible pues los mismos, en el caso de haberse operado la cesión a *Telecinco*, no habrían llegado a disfrutar de muchos más contenidos en abierto, habida cuenta que ya se emitían a través de las cadenas autonómicas.

5) En el caso Cuatro

En el caso *Telecinco*, se trataba de que este grupo pasaba a adquirir el control exclusivo de la cadena de TV en abierto *Cuatro*. Esta operación se planteó en paralelo con otra consistente en la adquisición del control conjunto de *Digital +* por parte de *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco*.

Ambos expedientes se acumularon e, inicialmente, se tramitaron de modo conjunto. Sin embargo tras la presentación de compromisos en octubre de 2010, la DI desconectó ambos expedientes para su resolución por separado y entendió que la primera de las operaciones podía ser autorizada, pero no la segunda, siendo lo anterior objeto de confirmación por el Consejo de la CNC. Esto era así porque la segunda operación suponía eliminar a *Digital +* como competidor independiente alimentando la colusión de sus matrices en el seno de la misma. Así, la DI analizó la operación *Cuatro/Telecinco*, pero sin dejar de ponderar ese posible escenario de toma del control de *Digital +*.

Siendo lo anterior así, la propia DI examinó en el contexto de la operación *Cuatro/Telecinco* la eventual consideración como restricciones accesorias no sólo de los pactos adicionales a la concentración propuestos para esa operación, sino también de los que lo fueron para la operación consistente en la toma del control conjunto de *Digital +*.

En cuanto a los segundos, iban todos más bien relacionados con el mercado de la TV de pago. De los primeros, los que más se relacionaban con el mercado de la TV en abierto eran: **(i)** la obligación de *Prisa* de no competir en el mercado de la TV en abierto durante tres años desde el cierre de la operación, más allá de su participación no de control adquirida en *Telecinco* como contraprestación por la venta de *Cuatro*; **(ii)** la obligación de *Prisa* durante ese mismo plazo de no captar empleados de *Telecinco* y *Cuatro*, y de no revelar conocimientos de mercado derivados de su participación en *Cuatro*; **(iii)** la opción de tomar en arrendamiento uno de los canales de televisión de la plataforma de TDT de *Telecinco*, para la difusión en abierto de un canal de televisión de noticias 24 horas, que sería producido por *Prisa*; **(iv)** un contrato de prestación de servicios de carácter transitorio entre *Prisa*, *Sogecable*, *Cuatro* y *Digital +* (fundamentalmente relacionados con servicios conexos para la producción de canales de televisión), por un plazo máximo de 12 meses. Para la DI todos acentuaban los efectos anticompetitivos de la operación y sólo el último podía considerarse como restricción accesoria.

En cuanto al análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la TV en abierto en el caso *Cuatro*, y empezando por la estructura de la demanda, dicha estructura de la demanda resultaba muy sencilla, al estar conformada por todos los televidentes que demandaban contenidos atractivos, pero no tanto como para pagar por ellos, aunque sí como para soportar inserciones publicitarias.

La estructura de la oferta resultaba más compleja, en parte, como consecuencia del proceso de digitalización.

La misma estaba legalmente limitada por varios motivos: **(i)** la necesidad de disponer de una licencia para TDT que debía asociarse a una concesión demanial sobre las frecuencias necesarias, que eran también limitadas; **(ii)** el mandato legal de cumplir con determinados niveles de cobertura; **(iii)** por las limitaciones impuestas en la LGCA para la participación

simultánea de una misma entidad en diversos prestadores de servicios de comunicación audiovisual cuando se superasen determinados umbrales de audiencia o de acaparamiento de espectro o cuando no quedará en el mercado un número mínimo de operadores independientes.

Además debía tenerse en cuenta el proceso de multiplicación de cadenas abierto a partir del apagón analógico de abril de 2010. Centrados en los difusores privados de ámbito nacional (*Antena 3*, *Telecinco*, *Sogecable*, *La Sexta*, *Net TV* y *Veo TV*), hasta 2015 cada uno de ellos vendría a disponer de la capacidad de un múltiple digital o de cuatro canales digitales (si bien, durante una fase inicial, las tres primeras podían llegar a disponer de hasta cinco canales digitales). Sin embargo, en esta fase, se imponía una explotación compartida de los múltiples digitales y, sólo a partir de enero de 2015, estaba previsto que cada uno de ellos disfrutara de su múltiple digital sin compartirlo. Lo anterior suponía que los tres primeros operadores fueran a aumentar su capacidad con respecto al escenario anterior al apagón en un canal digital, de tres pasaban a cuatro, y también los tres últimos, que de dos pasaban a cuatro canales digitales. Finalmente, los servicios avanzados de TDT en 3-D y en alta definición, que exigían dedicar a ellos más de la mitad de la capacidad del múltiple, sólo serían posibles a partir de 2015, salvo que antes se pusieran de acuerdo las entidades que compartían un mismo múltiple.

Antena 3 y *Telecinco* habían ocupado su capacidad ampliada con canales propios en abierto. *Sogecable* tenía previsto lanzar un canal de pago en TDT. *Veo TV* había lanzado un canal de deportes producido conjuntamente con *Mediapro* y preveía ceder a terceros la capacidad del otro canal adicional. *La Sexta* había lanzado un canal propio en abierto y preveía lanzar otro de pago. También *Net TV* había lanzado un canal propio y preveía ceder a terceros la capacidad del otro. Lo anterior se hacía posible a partir de que en la LGCA se admitiera que el 50 % del múltiple pudiera destinarse a TV de pago.

Por su parte, *RTVE*, ya desde 2010, accedería a dos múltiples digitales de cobertura estatal para su explotación en régimen de gestión directa. Es decir, que de los cinco canales digitales que tenía antes del apagón pasaba a disfrutar de ocho. A la anterior oferta ampliada, debía sumarse la procedente de los operadores autonómicos y locales.

Pasando ya a ocuparnos de la evaluación post-concentración de la operación en el mercado de la TV en abierto, la misma debía hacerse sin perder de vista la posible incidencia de la operación de toma de control de *Digital +* por *Telefónica*, *Prisa* y *Telecinco*, aún cuando ambas operaciones fueran objeto de expedientes diferentes. *Telecinco* y *Cuatro* habían representado un share del 25,9 % en el segundo trimestres de 2010, frente al 24,1 % de *TVE* (sin publicidad) y al 15,3 % de *Antena 3*.

La DI distinguió entre unos efectos verticales y otros horizontales. Los primeros se daban, en primer lugar, con respecto a los mercados de los contenidos donde la nueva plataforma, que supondría 8 de los 32 canales de TDT, pasaría a tener un poder de compra inigualable por el resto de operadores. Lo anterior podría llegar a verse aún agravado en el caso de verificarse también la operación de toma de control de *Digital +* por *Telecinco*, *Telefónica* y *Prisa*. También se daban efectos verticales en relación con la gestión de múltiples de TDT pues, hasta que en 2015 se asignara a cada operador todo un múltiple digital, la posición reforzada de *Telecinco/Cuatro* podía llevar a que *La Sexta*, que compartía MUX con *Telecinco*, y a que *Net*, que lo hacía con *Cuatro*, cedieran sus canales en el MUX a la nueva plataforma en condiciones infracompetitivas para la prestación de servicios avanzados en 3 D

y Alta Definición, confiriéndole una ventaja estratégica por innovación en el mercado de la TV en abierto. También cabrían efectos verticales asociados al hecho de que otros operadores, imposibilitados para rentabilizar su oferta en el nuevo escenario digital, se vieran obligados a alquilar sus canales a la nueva plataforma o a otros grandes operadores con la publicidad incluida.

Los efectos horizontales se daban, principalmente, con respecto al mercado de la publicidad. El poder de compra en contenidos de la nueva plataforma le posibilitaría el captar mayores audiencias y reforzar sus ingresos por publicidad. Además cesaría la fuente de competencia que conformaba el mantenimiento de *Telecinco* y *Cuatro* como operadores independientes. En un escenario de multiplicación de cadenas era difícil que pudiera llegar a darse alguna irrupción con tanta fuerza como la que habían representado *Cuatro* y *La Sexta*. Se acentuaría así la brecha en el mercado de la publicidad entre *Telecinco* y *Antena 3*, por un lado, y el resto de operadores por el otro.

Finalmente todos los pactos asociados a la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, así como todos los vinculados a la operación de toma de control de *Digital +* no hacían más que agravar los anteriores efectos anticompetitivos.

Las eficiencias alegadas por *Telecinco*, básicamente, que la mejor gestión de la publicidad de *Cuatro* junto con la de *Telecinco* podía producir ahorros que invertir en la mejora de la calidad de la programación ofrecida a los telespectadores no fueron estimadas por la DI porque las mismas no resultaban acreditadas, no eran tan importantes como para enervar los efectos anticompetitivos y porque se podían obtener por otros medios menos restrictivos.

Por todo lo anterior, fue necesaria la presentación de compromisos para que la operación llegara a ser autorizada, tras haberse descartado en una primera ronda las medidas estructurales consistentes en la cesión a terceros de canales o contenidos por parte de la nueva plataforma sobre la base de argumentos como los que se expusieron ya en su lugar. Dejando al margen dos bloques de compromisos relacionados, respectivamente, con el mercado de la publicidad y con el de los contenidos, que por la interacción con el mercado de TV en abierto ejercían también una influencia decisiva sobre éste, los que se relacionaban con este último mercado de la TV en abierto fueron los compromisos noveno y undécimo. En virtud del primero, la nueva plataforma se comprometía a no alquilar nuevos canales de TDT a otros operadores para aumentar su oferta y, de acuerdo con el segundo, se comprometía a no neutralizar las mejoras de calidad de sus canales que quisieran llevar a cabo sus competidores con los que compartiría múltiple hasta 2015, *Net TV* y *La Sexta*.

La duración de los compromisos, de acuerdo con otros precedentes, se fijaba en tres años prorrogables hasta cinco si el mercado no se hacía más competitivo. La propuesta de aprobación de la operación sujeta a tales compromisos formulada por la DI fue también confirmada por el CCNC.

En cuanto a la valoración de la operación de concentración partiendo de los instrumentos europeos, como ahora nos situamos en el campo del mercado de la TV en abierto, el mismo podía ser considerado como mercado de referencia en el que *Telecinco* iba a ver ensanchada su cuota de mercado con la toma de control sobre los canales de *Cuatro*. La falta de detalle en cuanto a las cuotas de mercado o audiencia disfrutadas por separado por *Telecinco* y *Cuatro* dificultaría el cálculo del IHH anterior a la concentración y también del llamado coeficiente delta.

En cuanto a la situación post-concentración podría partirse del dato de que *Telecinco* y *Cuatro* llegarían a disfrutar de una cuota del 26 %. Partiendo de que la Comisión sólo descarta todo riesgo de posición dominante a partir de cuotas inferiores al 25 %, no cabía descartar que la operación pudiera llegar a generar una posición dominante en el mercado de la TV en abierto. Además, había determinados factores que podían contribuir a agravar lo anterior. La operación suponía la integración de un operador recién incorporado al mercado de la TV en abierto, como era *Cuatro*.

Los efectos anticompetitivos serían sobre todo los no coordinados derivados de la atenuación de la presión competitiva recíproca entre *Telecinco* y *Cuatro* por captar audiencia dentro del mercado de la TV en abierto. Habría un importante factor de agravación como era el de que la nueva entidad pudiera llegar a impedir la expansión de sus competidores, por ejemplo, a través de la coordinación de sus diversas cadenas para alcanzar a diversos nichos de audiencia. Había también otro consistente en la posible eliminación de una fuente de competencia asociada a la prestación de servicios innovadores en Alta Definición y 3 D. Los efectos anticompetitivos coordinados asociados a la posible colusión entre la nueva *Telecinco* salida de la concentración y otros operadores de TV en abierto, especialmente *Antena 3*, no eran tan importantes. De hecho, lo más probable sería que una *Telecinco* reforzada quisiera seguir ganando cuota de mercado en detrimento de *Antena 3* y del resto de operadores.

En cuanto al juego de posibles neutralizadores de los efectos anticompetitivos de la operación, en primer lugar, los televidentes no tenían un poder negociador que pudiera debilitar el de una *Telecinco* reforzada; y tampoco parecía que pudieran llegar a tenerlo ni los proveedores de contenidos ni los anunciantes, como se verá al tratar de estos mercados. En segundo lugar, y respecto a la competencia potencial, ya hemos visto que la DI entendía que no se iba a producir en el medio plazo ninguna irrupción equiparable a la que habían supuesto en el pasado *Cuatro* y *La Sexta*. Finalmente, en cuanto a las eficiencias alegadas por *Telecinco*, a saber, que las mejoras en la gestión publicitaria iban a permitir a los telespectadores disfrutar de mejores contenidos, las mismas no cumplían con los requisitos impuestos en las Directrices sobre Concentraciones de su carácter inherente a la concentración (las mismas podían obtenerse por medios menos restrictivos para el juego de la competencia) y de su verificabilidad (las mismas no eran ni concretas ni palpables).

En resumen, la nueva *Telecinco* iba a quedar con una cuota de mercado apenas un punto por encima del umbral en el que la Comisión descarta todo riesgo de restricción para el juego de la competencia; los efectos anticompetitivos eran sólo los no coordinados agravados por los riesgos para la innovación en Alta Definición y 3 D y para la expansión de los competidores; y no existían neutralizadores de los efectos anticompetitivos. A la vista de lo anterior, para que la operación pudiera autorizarse, fue necesario que la nueva plataforma se comprometiera a no alquilar más canales de terceros para ampliar su oferta y a no impedir la mejora que de la calidad de sus canales quisieran hacer sus competidores con los que compartía múltiple digital.

viii) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado español de los telespectadores

Las conclusiones sobre barreras de entrada dentro del mercado de la difusión televisiva tendrán que pasar por la distinción entre barreras normativas, tecnológicas y económicas. Empezando por las ***normativas***, necesitamos de ligar nuestro análisis a un determinado mercado geográfico nacional, nos hemos centrado en el español en el que la TV en abierto se asocia, principalmente y al menos de momento, a la plataforma terrestre. Y así hemos concluido que las principales barreras normativas de entrada se relacionan con la necesidad de disponer de título habilitante para el desarrollo de la actividad televisiva en abierto y con la disponibilidad de espectro radioeléctrico, en tanto que otras de menor intensidad, hasta el punto de ser consideradas por las autoridades de la competencia no como auténticas barreras de entrada, sino tan sólo como restricciones normativas indirectas, se refieren a la prohibición de la denominada “emisión en cadena” y a la obligación de emitir ciertos contenidos.

La necesidad de título habilitante para desarrollar la actividad de difusión televisiva en abierto tradicionalmente ha venido obedeciendo a dos razones: a la de ser, aún, una actividad de servicio público y a la de basarse en un medio soporte (las ondas hertzianas o espectro radioeléctrico) que, aún también, es bien de dominio público.

En cuanto a la primera razón, hemos hablado ya de una fuerte atenuación en los últimos tiempos de esta barrera normativa de entrada a consecuencia del repliegue de la noción de servicio público. Así en la nueva LGCA las emisiones en abierto protagonizadas por cadenas privadas dejan de ser actividad de servicio público, razón por la cual no resultará ya exigible concesión de servicio público, sino sólo la obtención de licencia, que es título habilitante con una carga de intervención administrativa mucho más atenuada que la autorización administrativa o la propia concesión.

Con relación a la segunda de las razones convendrá matizar que, si bien es cierto que el transporte de la señal de TV sobre las ondas se vincula a otros mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, más que en el de la difusión, también lo es que la disponibilidad de frecuencias es una de las más importantes razones, si no la principal, para que pueda otorgarse la concesión de servicio público a un organismo de radiodifusión en abierto determinado. Por lo anterior, no rompe la sistemática el hecho de tratar la escasez de frecuencias como barrera normativa dentro del mercado que nos ocupa de la TV en abierto. De otra parte, hemos entendido lo más clarificador tratar del espectro y de la necesidad de título habilitante por razón del mismo como barrera normativa diferente de la exigencia de título habilitante por razón de servicio público. Al igual que en el caso de las razones de servicio público, aunque no con tanta intensidad, la rigidez de la exigencia de concesión por razón del carácter demanial del espectro tiende a flexibilizarse. En este sentido, se inscriben determinados esfuerzos doctrinales críticos con la aplicación de la matriz de dominio público a la categoría del espectro radioeléctrico o la previsión legislativa de que las concesiones demaniales puedan ser objeto de comercio entre particulares.

Con relación a la exigencia de concesión para la prestación del servicio público televisivo, las dos cuestiones más importantes que hemos visto se vinieron planteando dentro de la doctrina constitucional fueron: **(a)** la de en qué medida un derecho fundamental cual es el de la libertad de expresión puede someterse a la intervención de los poderes públicos mediante la exigencia de título habilitante; **(b)** suponiendo que lo anterior sea admisible, hasta qué

punto ese título habilitante puede ser el que supone una mayor carga de intervención administrativa (concesión) o, puesto en otros términos, ¿es o no acorde a la Constitución la configuración del servicio televisivo como servicio público?

Dando una respuesta conjunta a ambas cuestiones (inextricablemente unidas), dejamos ya expuesto como la posición del TC – en sintonía con la del TEDH – es la de la licitud de esa intervención basada en la exigencia de título habilitante, incluso concesión, sobre la base de razonamientos que, muy sintéticamente, podrían ser reconducidos a lo siguiente: **(a)** esa intervención no afectaría al contenido esencial o núcleo duro de la libertad de expresión, sino todo lo más a su aspecto institucional, centrado en la garantía del pluralismo y de una opinión pública libre; **(b)** la actividad televisada no se cataloga como servicio público cuando se desarrolla sobre plataformas distintas a la terrestre (satélite, cable o ADSL); **(c)** aún en el caso de la TV terrestre cabría revisar su configuración como servicio público, en particular, cuando lo justificaran los progresos técnicos (de los que el más importante sería el de la racionalización del uso del espectro merced a la digitalización); **(d)** la configuración de la TV como servicio público podría sustentarse en valores constitucionales y en la garantía de “acceso a la palabra” de determinados colectivos así como en la necesidad de evitar monopolios informativos privados, a los que podrían conducir las fuerzas del mercado dejadas a su libre albedrío.

Inciendiando ya sobre la regulación de la concesión por razón de servicio público dentro del ordenamiento jurídico español, decir lo que sigue. Para empezar, que habiendo sido ya estudiada en los epígrafes correspondientes la evolución normativa de tal exigencia, lo mejor y más claro, aquí en sede de conclusiones relativas al mercado de la audiencia o de los telespectadores, es centrarnos en la situación reciente o actual. En este punto, cabrá que distingamos entre TV de ámbito estatal, autonómico o local, no sin recordar que, por aplicación de los criterios de sustitución en cadena analizados en otros pasajes de la tesis, será lo más probable que, desde la óptica del Derecho de la Competencia, todas las cadenas estatales, autonómicas o locales pasen a formar parte de un único mercado nacional.

Partiendo de la normativa inmediatamente anterior a la vigente, que no parece necesario reiterar (*Vid Supra*), dentro de la TV en abierto de ámbito estatal, era posible diferenciar entre la gestión directa del servicio público televisivo desarrollado por la Corporación RTVE de la gestión indirecta del mismo protagonizada por los difusores privados (*Telecinco, Antena 3, La Sexta y Cuatro*, etc.). Este panorama referido al entorno televisivo analógico, ya extinguido (2010), era también la base del escenario digital. Se seguía exigiendo concesión para la prestación en digital del servicio público televisivo. Por otra parte, el escenario final que se vislumbraba partiendo del nuevo Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal aprobado por Real Decreto 944/2005 era el de la total extinción de las emisiones analógicas; y en él tanto a RTVE, como a cada una de las entonces concesionarias privadas les sería adjudicado todo un canal múltiple digital con capacidad para varios canales digitales. El destino que debía darse al resto de frecuencias liberadas tras el cese de las emisiones en analógico estaba aún por ver (Vg., más cadenas de TV en abierto o servicios innovadores como los de TV al móvil).

En lo que se refiere al servicio público televisivo de ámbito autonómico, partiendo asimismo de normas ya estudiadas (Ley 46/1983, derogada ya por la LGCA), la concesión para la gestión del mismo podía corresponder a una sociedad anónima de capital público íntegramente suscrito por el Ente territorial autonómico. Para el nuevo escenario de implantación de la TV digital lo previsto era la reserva para cada Comunidad Autónoma de

dos canales múltiples digitales de ámbito autonómico de los cuales correspondería a los órganos de gobierno autonómico decidir si habrían de ser gestionados directamente por ellos o por particulares en régimen de gestión indirecta bajo concesión. Tras la entrada en vigor de la LGCA esta última referencia a concesión debe entenderse hecha a simple licencia.

En tercer y último lugar y con arreglo a la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por ondas terrestres (también derogada por la LGCA) y a otra normativa concordante, el servicio público televisivo de ámbito local podía corresponder ya a los municipios directamente ya a los particulares debiendo la concesión ser otorgada en ambos casos por la Comunidad autónoma correspondiente. En el caso de la TV local el único escenario que se barajaba era el digital y, a tal efecto, se preveía la reserva de, por lo menos, cuatro programas digitales (lo que vendría a equivaler a todo un múltiple digital) para ciertas demarcaciones de ámbito inferior al autonómico y consideradas de especial importancia (Vg. capitales de provincia, capitales autonómicas y municipios de más de 100.000 habitantes). Finalmente, la penuria de frecuencias dificultaría enormemente el arranque de la TV digital local que sólo cabría que se produjera definitivamente con la liberación de espectro asociado al apagón analógico. Tras la LGCA, en el caso de emisiones de TV local desarrolladas por particulares las referencias a concesión de servicio público han de entenderse hechas a simple licencia.

Al margen de quedar reflejadas en los párrafos anteriores las principales conclusiones referidas a la barrera normativa de entrada derivada de la exigencia de concesión por motivos de servicio público, es posible que nos refiramos también al espectro radioeléctrico como barrera normativa independiente. Si, como parece, el espectro radioeléctrico terminará por ser liberalizado, ese componente de barrera normativa cedería en importancia frente al de barrera económica: el principal obstáculo para el disfrute de frecuencias sería no ya la exigencia de concesión demanial para el uso privativo de un bien de dominio público, sino las fuertes sumas que habría que abonar para poder utilizar un bien preciado y dentro del libre comercio.

La cadena de la regulación del espectro radioeléctrico la formarían tres eslabones, a saber: el internacional (*UIT*), el regional europeo (*UE*) y el nacional. Con relación al segundo de ellos, ha de advertirse que no sólo se disciplina en el seno de la *UE*, sino también y principalmente en el de la propia *UIT* a través de las conferencias regionales de radiocomunicaciones o CRR.

Empezando por la regulación en el seno de la *UIT*, el principio básico que preside toda esa regulación es el de evitar que se produzcan interferencias perjudiciales entre servicios. Al margen de cuál sea el concreto organigrama de la *UIT*, el cual se dejó ya esbozado en su lugar, los órganos más importantes a nuestros fines serían la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones (CMR) y la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones (CRR), ambas convocadas cada cierto intervalo de tiempo. De las últimas CMRs, tal vez, las ideas más importantes para nuestros efectos puedan resumirse en la cada vez mayor importancia del enfoque comercial del espectro y la tendencia a su liberalización, el mantenimiento de una cierta indefinición en lo concerniente a la asignación de frecuencias y capacidad orbital asociada a las mismas que pudiera suponer primar una plataforma de entrega de TV frente a otra (Vg. la satelital frente a la terrestre) y la creciente atención prestada al fenómeno de la convergencia tecnológica mediante la reserva de frecuencias para la prestación bidireccional de servicios multimedia. Por otro lado, de la CRR de 2006 y de la CMR de 2007 con lo que cabría quedarse es con que las mismas han tenido como uno de sus principales objetivos el de una redistribución de frecuencias que permita el tránsito hacia el escenario de la TV

digital terrestre y el aprovechamiento de las bandas de frecuencias integradas en el dividendo digital para servicios de comunicaciones electrónicas de banda ancha fijos y móviles, inalámbricos, convergentes y bidireccionales (para facilitar la interactividad).

En cuanto al segundo de los eslabones, el regional europeo, la regulación a esa escala territorial se realizaría principalmente dentro de la *UIT* a través de las CRRs, como se acaba de mencionar. Ello no obstante, en el seno de la UE, se va siendo cada vez más consciente de la dificultad de escindir la regulación de las comunicaciones electrónicas de la de uno de sus principales soportes físicos (el espectro) y de lo anterior resulta la multiplicación de normas comunitarias sobre la materia, dentro y fuera del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. A pesar de ello, las plenas competencias de las instituciones comunitarias en materia de espectro sólo llegarán con su reconocimiento como sujeto de derecho con voz y voto en el seno de la *UIT*, reconocimiento con el que actualmente sólo cuentan los estados miembros.

Finalmente, el tercer eslabón de esa cadena de regulación del espectro es el conformado por la legislación nacional. En España hay que partir de la declaración en la Ley General de Telecomunicaciones vigente (Art. 43) de que el espectro es bien de dominio público. Dicho lo anterior, no parece necesario reiterar el esquema regulatorio sobre espectro contenido en esa norma legal y en otras de rango reglamentario llamadas a completarla, que quedó, por lo demás, más que suficientemente expuesto. Por otra parte, convendrá advertir que todo lo relativo al título habilitante para el uso de las frecuencias (concesión demanial, autorización o afectación) enlazará más con el mercado del transporte o de la transmisión de la señal de TV (comunicaciones electrónicas) que con el de la difusión televisiva.

Al margen de las anteriores, que son barreras normativas propiamente dichas dentro del mercado de la difusión televisiva, habría otras que cabría más bien catalogar como restricciones normativas indirectas. Dentro de éstas cabría hablar, en primer lugar, de la prohibición de emisión en cadena cuyo fundamento último era el de mantener el pluralismo de los medios de comunicación impidiendo que una misma entidad participase a la vez en diversas entidades concesionarias del servicio público televisivo y cuya regulación se encontraba en los Arts. 19 y 7 de la Ley 10/88 de TV privada y de la Ley 41/95 de TV local, respectivamente. Aquí residió, por ejemplo, la razón de que *Telefónica* hubiera de abandonar su participación en *Antena 3* tras la aprobación de la fusión digital en España. La fuerte crisis del mercado publicitario español a partir de 2007, motivó que a través, primero, del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, luego, de la Ley 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, y, finalmente, de la LGCA de 2010 se relajaran esos límites de modo importante para propiciar alianzas entre los difusores que les ayudaran a capear dicha crisis.

En segundo término, tendríamos también como restricción normativa indirecta la derivada de la obligación de destinar cierta parte del tiempo de emisión o del presupuesto del difusor a determinadas obras audiovisuales (europeas y de productores independientes), actualmente regulada en el en el Art. 5 de la LGCA.

Inciendiando ya sobre las **barreras económicas** dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores, recordar que, por lo observado en su lugar, el análisis de las mismas tenía sentido sobre todo con relación a la implantación de la TDT en nuestro país. Dentro de éstas, tendríamos en primer lugar la necesidad de invertir en ciertas infraestructuras dentro de la que tendrían encuadre: (a) la disponibilidad de un grado suficiente de cobertura de la TDT

pues la señal digital, con un alcance más corto que la analógica, exige el despliegue de un mayor número de repetidores (el actual es más satisfactorio desde el punto de vista de la cobertura de la población que de la del territorio, pues se sustenta, sobre todo, en la extensión de la misma a los principales núcleos urbanos); **(b)** la adaptación de las antenas colectivas (con relación sobre todo a los edificios de pisos construidos con anterioridad a 1998 que no hubieran adaptado ya sus antenas para la recepción de la señal de *Quiero TV*); y **(c)** la generalización de un parque de televisores aptos para la recepción de la señal digital gracias a la incorporación o acoplamiento de un sintonizador de TDT. Con relación a estas barreras de entrada cabría observar que, si bien se relacionan sobre todo con los servicios de transporte de la señal televisiva sobre plataforma terrestre, se erigieron, asimismo y sin duda, en barrera de entrada para que los operadores de TV en abierto pudieran actuar dentro del mercado de la TV en abierto. En este sentido, no deja de ser significativo el dato de que en nuestro país dos operadores de TV digital en abierto como *Neo TV* y *Veo TV* llevaran tiempo emitiendo una programación que no llegaba a ser vista por una parte importante de la población.

También, según un estudio publicado por la Comisión (*“Digital Switchover in Broadcasting - Informe final”*, 12.4.2002 por BIPE, estudio para la Comisión Europea. Publicado por la DG Sociedad de la Información), para lograr los beneficios esperados de la TDT debían superarse los siguientes obstáculos: **(1)** los operadores debían invertir en la modernización de las redes de transmisión; **(2)** los consumidores tendrían que equipar todos los receptores analógicos actuales (televisores principales, secundarios y vídeos) con convertidores/descodificadores, o reemplazarlos poco a poco por receptores digitales integrados, para recibir TDT; **(3)** las autoridades tendrían que modificar las frecuencias nacionales para poder organizarse emisiones simultáneas..

En segundo lugar, dentro de las barreras económicas, nos encontraríamos con la necesidad de invertir en contenidos. Si, decíamos, las plataformas de TV de pago han de dotarse de una programación tan atractiva como para disuadir al abonado para que satisfaga las cuotas de abonado, lo anterior llevado a lo que ahora nos ocupa supondría que los difusores televisivos de señal digital hubieran de hacerse con unos contenidos tan interesantes como para que a los telespectadores les compensara hacer frente a todos los costes de transferencia mencionados en el párrafo anterior. De nuevo aquí tendía a plantearse la problemática, tan frecuente en todas estas materias, del “*círculo vicioso*” vs. “*círculo virtuoso*” o de qué es antes, si “*el huevo*” o “*la gallina*”: la falta de recepción de la señal digital por la falta de las infraestructuras necesarias llevaba a un mayor seguimiento de la TV analógica y, consecuentemente, al desinterés de los difusores a la hora de hacer desembolsos con vistas a la adquisición de contenidos atractivos que insertar en su parrilla digital.

En tercer lugar, y por último, habría que referirse a las **barreras de entrada de tipo tecnológico**. En este punto, lo más destacable es que la importancia de estas barreras tecnológicas retrocede a medida que se avanza en el proceso de convergencia tecnológica y que los principios de interoperabilidad y neutralidad tecnológica van desplegando todos sus efectos. La clave de lo anterior ha de situarse en el empleo de Interfaces del Programa de Aplicación (APIs) y Guías Electrónicas de Programación (EPGs) estandarizadas y adaptadas a los criterios de los organismos europeos de normalización, que es lo pretendido con el desarrollo de la *Multimedia Home Platform* en el seno del *Digital Video Broadcasting Project*. Las perspectivas de lograr estos objetivos se tornaban más halagüeñas en el caso de la TDT, donde la necesidad de aprovechar un recurso escaso como es el espectro permitía a la Administración ejercer un mayor control sobre los diversos dispositivos. Algo parecido a lo acontecido con las barreras económicas asociadas a la inversión en infraestructuras

ocurriría aquí; pese a hallarnos ante impedimentos técnicos relacionados con los servicios técnicos o recursos asociados, los mismos dificultaban el acceso de los operadores al mercado de la TV en abierto. La generalización de APIs no estandarizados podía dificultar la prestación de servicios de difusión televisiva por parte de los difusores recién entrados.

El examen de todas las anteriores barreras de entrada tendría que permitirnos concluir que el juego de la competencia potencial dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores estaría muy limitada por la existencia de barreras normativas muy fuertes asociadas a la disponibilidad de títulos habilitantes y de frecuencias y, en menor medida, por la de otras económicas vinculadas a las inversiones en infraestructuras y contenidos. En cuanto a las de índole tecnológica, no parece que lleguen a contar con una intensidad bastante a disuadir a los competidores potenciales de su entrada en el mercado. Finalmente, todas las anteriores barreras de entrada se encuentran en situación de franco retroceso en el nuevo entorno digital.

2) EL MERCADO DE LA TELEVISIÓN DE PAGO

a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios de televisión de pago

El término de mercado relevante (“*relevant market*”) fue acuñado por la jurisprudencia americana en aplicación del artículo 1, párrafo 2 de la Sherman Act que sanciona la monopolización. Es precisamente en este ámbito, donde en la sentencia del Tribunal Supremo de 1957, caso *US v. Du Pont de Nemours*, 253 JS. 586-593, más conocido como “*cellophane case*”, se subrayó por primera vez la necesidad previa de delimitar el mercado relevante.

La delimitación como mercado relevante del de la difusión de los servicios de TV, que se acaba de estudiar, no deja de tener carácter puntual en las resoluciones de las autoridades de la competencia y la pauta es, más bien, la de dar al de la TV de pago la categoría de mercado independiente – casos *Stream/Telepiù*, *Sogecable/Vía Digital* o *Cablevisión* -, por más que se reconozca la existencia de una importante presión competitiva procedente de la TV en abierto. Sí parece fuera de toda discusión el hecho de que, por las razones expuestas en su lugar, no pueda, en el caso de la TV en abierto, hablarse de un mercado en sentido propio.

Enunciando casos concretos de los que estudiaremos en este apartado de la tesis:

1. **Caso de la integración de Vía Digital en Sogecable.** En el caso concreto de la fusión digital en España, las alegaciones vertidas por la parte notificante *Sogecable* sobre este particular fueron encaminadas a respaldar una definición de mercado lo más amplia posible a fin de diluir los efectos de la operación sobre el juego de la competencia. Así, en cuanto al mercado de la TV, se proponía que comprendiera tanto la de pago como la de libre acceso, pues entre las dos – se decía – existía no ya una cierta presión competitiva, como sostuvo a la postre el TDC, sino plena sustituibilidad.

Desde la posición opuesta, la *Asociación de Operadores del Cable (AOC)* propuso la definición de mercados separados dentro del de la TV de pago al objeto de hacer más acentuados los efectos de la operación sobre el juego de la competencia. En concreto, atendiendo a la existencia de una estructura diferenciada de precios y al hecho de permitir el desarrollo de formas específicas de publicidad y una oferta de contenidos diferenciada, dicha asociación propuso como mercados con entidad propia el de los servicios de TV interactiva, el de la banda ancha y el del pago por visión.

Podríamos, pues, decir que un primer paso que permitía columbrar éste de que tratamos como mercado relevante era el consistente en contraponer TV de pago y TV en abierto, con miras excluir ésta del ámbito de aquél, lo anterior sobre los razonamientos que siguen.

En la TV de pago se creaba un lazo comercial entre el operador de TV y el abonado que satisfacía una cuota contra los servicios que recibía; en la abierta aquel operador se vinculaba a los anunciantes que adquirirían espacios insertos en la programación para la promoción y difusión de sus servicios y productos. Consecuencia necesaria de lo anterior era que, en la citada en primer lugar, el éxito y volumen de ingresos dependieran del número de clientes adscritos al servicio en tanto que, en la emitida en

abierto, se hallaban en función de los niveles de audiencia y de la cantidad de telespectadores.

También en *Bertelsmann/Kirch/Premiere* había observado la Comisión: “*while in the case of fee- and advertising-financed television, there is a trade relationship only between the programme supplier and the advertising industry, in the case of pay-TV there is a trade relationship only between the programme supplier and the viewer as subscriber. The conditions of competition are accordingly different for the two types of television. Whereas in the case of fee- and advertising-financed television the audience share and the advertising rates are the key parameters, in the case of pay-TV the key factors are the shaping of programmes to meet the interests of the target groups and the level of subscriptions*”.

Idéntica línea de razonamiento había sido empleada por la Comisión europea, entre otras, en su decisión sobre el caso *MSG Media Service*: “*La televisión de pago constituye un mercado de producto independiente de los mercados de la televisión comercial financiada con publicidad y de la televisión pública financiada mediante cánones y, parcialmente, mediante publicidad.*” (apartado 32) IV/M.469 - *MSG Media Service*.

Otro rasgo esencial que confería sustantividad propia a la TV de pago frente a la que era en abierto residía en la existencia – se verá - de unos servicios accesorios de índole administrativa (gestión de abonados), comercial (captación de clientes) y técnica (métodos de cifrado, codificación, decodificación y acceso condicional, además del suministro de un aparato, complementario del tradicional de TV, conocido como decodificador).

No obstante, el proceso de digitalización dentro también de la TV terrestre en abierto supondría, como vimos, la necesidad de complementar los servicios de difusión televisiva en abierto con otros técnicos relacionados con los Interfaces del Programa de Aplicación (APIs), con las Guías Electrónicas de Programación (EPGs) y con los sintonizadores de TDT, con lo que este rasgo diferenciador tendería a atenuarse en lo referente a los servicios accesorios de carácter técnico, aunque no en lo concerniente a los de carácter administrativo o comercial (esto último podría también darse con el desarrollo de los servicios de TV interactiva sobre plataforma terrestre o con el de los servicios de TV de pago también sobre plataforma terrestre).

Sobre estas reflexiones, cabía apuntar con la autoridad italiana de la competencia (*Stream/Telepiù*) que las cuotas satisfechas por los abonados en la TV de pago en ningún caso admitirían ser equiparadas a los pagos de tasas o cánones que en ocasiones se disponían por Ley para la TV en abierto, que traían causa de la posesión de un televisor y cuyo importe, a diferencia de lo sucedido con los pagos realizados por los usuarios de la TV de pago, no se fijaba por el emitente.

Precisamente, sobre estas diferencias entre canon y cuota de abono hubo de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo (Ponente: Esteban Álamo) en su sentencia de 22 de septiembre de 1997, al conocer del recurso contencioso administrativo interpuesto por *Univisión* contra la concesión de gestión indirecta del servicio público de TV a *Canal Plus*. La argumentación de la parte recurrente incidía en la imposibilidad de que la concesionaria, prescindiendo del régimen tarifario previsto en

la legislación sobre contratos del Estado, del que se desprendía que dichas tarifas debían ser establecidas con carácter previo a la convocatoria del concurso, pudiera imponer *a posteriori* el pago de cuotas a los usuarios por beneficiarse del servicio público televisivo, por cuanto ello llevaba de desentendimiento de la Administración pública con respecto a una función pública indeclinable.

El recurso fue desestimado por el TS atendiendo a informes emitidos por la *UER* y aportados por el Ministerio de Cultura conforme a los que la TV, como servicio público, no implicaba un modo de financiación determinado con descarte de los demás, en especial, de las cuotas de abonados, así como a que el entonces vigente Estatuto de la Radio y Televisión aprobado por la Ley 4/1980, a cuyos principios se remitía la Ley 4/1988 de Televisión privada, preveía como modo de financiación del servicio público desarrollado por *RTVE* la comercialización y venta de sus productos (además de otras vías como las de las subvenciones consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, la participación limitada en el mercado de la publicidad o la tasa o canon por la tenencia de receptores). También puso el acento el TS en el dato de que el pago de la cuota de abonado no era obligado para cualquier administrado interesado en disfrutar del servicio público televisivo desde el mismo momento en que podía optar por otros concesionarios del servicio público que emitían en abierto.

Finalmente, fueron afirmaciones del Alto Tribunal: *“Por último no se puede desconocer que las actuales tendencias doctrinales, o de otra naturaleza, se decantan en el sector audiovisual por un marco de libertad de empresa que supere las situaciones de monopolio tanto en el campo de la televisión convencional, de la de pago, de la televisión digital y de los contenidos televisivos. Sin duda alguna todo lo anteriormente expuesto y razonado en relación con este tema debe conducir a la desestimación del recurso entablado por «Univisión, SA» contra la adjudicación de la concesión llevada a cabo por el Consejo de Ministros a favor de «Canal Plus, SA»”.*

Aparte cuanto queda expuesto, y a mayor abundamiento, los productos y servicios prestados por una y otra clase de TV no eran sustituibles desde el lado de la demanda. Así, la TV de pago funcionaba sobre el eje, en primer lugar, de unos paquetes básicos que comprendían unos canales generales con una programación sustentada en los contenidos *Premium* (cine y deporte), en segundo término, de unos paquetes que incluían una serie de canales temáticos y, en tercer y último lugar, de unos servicios de pago por visión. Contrastaba con la anterior la situación de la TV en abierto, en la que se emitía un único canal general. Aunque el TDC no insistiera en ello, cabría tal vez añadir a las anteriores, como característica diferenciadora, la derivada del hecho de que en TV de pago no tuviera el telespectador que pasar por la visualización de mensajes publicitarios, lo que daría también un mayor valor a la oferta de pago frente a la oferta en abierto donde, precisamente por el hecho de no pagar, el telespectador se ve obligado a tolerar la inserción de esos mensajes.

Tampoco cabría apreciar sustituibilidad desde el lado de la oferta. En su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 (*Vid Supra*) sentó la Comisión: *“La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas*

variaciones permanentes de los precios relativos. Cuando se cumplan estas condiciones, la producción adicional que se comercialice tendrá un efecto restrictivo sobre el comportamiento competitivo de las empresas afectadas. Este impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata es equivalente al efecto de sustitución de la demanda". P.e., los obstáculos sobre todo tecnológicos que cierto operador de TV pago tendría que superar para la inmediata prestación de servicios de TV interactiva, donde es necesaria una senda de ida y otra de vuelta para la señal, abona la idea de que servicios de TV de pago y servicios de TV interactiva dan también lugar a diferentes mercados de producto.

Llevando lo anterior al caso que ahora nos ocupa, tampoco cabía apreciar la existencia de sustituibilidad de la oferta entre los servicios televisivos en abierto y de pago, habida cuenta de la dificultad y costes implícitos en la decisión de un operador de prescindir de las emisiones en abierto para pasar a las de pago y al revés. Si bien y en el mercado español, recientes acontecimientos, como la apertura de *Canal +* o los canales de TDT de pago, han venido a poner en entredicho este argumento.

Sentado que los servicios de TV en abierto y TV de pago daban lugar a diferentes mercados de producto, era obligado, no obstante, insistir en la existencia de una presión competitiva recíproca entre una y otra forma de emitir TV, por fuerza de la cual los televidentes tan sólo contratarían servicios de pago en la medida en que las emisiones en abierto no satisficieran ya sus expectativas de calidad, presión ésta más perceptible si cabía en un escenario de progresiva digitalización también de la TV no de pago.

Descartada con arreglo a la precedente argumentación la TV en abierto, y centrando la atención, ya sí, en la que se pagaba por ver, debía notarse con las autoridades de competencia la indiferencia, a los efectos de delimitar el mercado relevante, de cuál fuera la tecnología y medio de difusión empleados para la prestación del servicio televisivo; y ello desde el momento en que la emisión digital era mero desarrollo de la analógica, llamada por lo demás a extinguirse, razón por la que no sería del caso el examen de una eventual existencia de mercados separados para una y otra tecnología.

Lo mismo podía decirse en cuanto a los medios de difundir la señal de TV, toda vez que el producto o servicio final que llegaba al domicilio del abonado era idéntico ya se transmitiera por cable, donde existía un tendido subterráneo de red que alcanzaba el hogar del cliente, ya por satélite, en que la señal del emisor era captada por una red satelital que la retransmitía por medio de transpondedores hasta dar con la parabólica instalada en casa del espectador, ya por tierra, cuando la señal viajaba por ondas hertzianas a través de una trama de repetidores para terminar en la antena convencional existente en esa misma casa.

Con todo no podían dejar de observarse importantes diferencias en el servicio prestado en cuanto, Vg., calidad de imagen. La TDT no podía ser considerada como HDTV por más que ofreciera una mejor calidad de imagen que la tradicional. En España, en ese momento, a la televisión de alta definición que se estaba implantando en algunos puntos de Asia y EE.UU. sólo era posible acceder a través del satélite.

En este sentido, la Comisión Europea vino a considerar en sus primeras decisiones que el mercado de la TV de pago por satélite era un mercado separado debido a razones económicas y técnicas (*Commission Decisions IV/M.469, MSG Media Service, of 6*

July 1994 and IV/M.490, *Nordic Satellite Distribution*, of 23 February 1995) con afirmaciones como, por ejemplo, la de que la concentración propuesta afectaba a: (i) el mercado de los servicios administrativos y técnicos para proveedores de TV de pago y otros servicios televisivos financiados a través de suscripciones o pagos de los televidentes; (ii) el mercado de la TV de pago y otros servicios televisivos financiados a través de suscripciones o pagos de los televidentes; y (iii) el mercado de las redes de TV por cable. Este planteamiento fue seguido por las autoridades de la competencia españolas en su decisión 423/00 de 27 de diciembre de 2000 relativa al asunto *Via Digital*.

En el mismo sentido (v. *infra*), por ejemplo, sobre todo en sus primeros pronunciamientos, referidos al mercado alemán de la TV de pago (Asunto IV/M. 1027 - *Deutsche Telekom/Beta Research*; Diario Oficial n° L 053 de 27/02/1999 p. 0031 – 0045; Asunto IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*; Diario Oficial n° L 053 de 27/02/1999 p. 0001 – 0030; ambas decisiones de fecha 27 de mayo de 1998), la Comisión fue del parecer de que TV por cable y TV por satélite podían llegar a dar lugar a diferentes mercados de producto. Se trataba, nada más, que de aplicar al campo de la TV los planteamientos formulados en otros ámbitos. Así, p.e., en la Decisión de la concentración *Otto/Grattan* (21-III-1991) y también en la Decisión *Redoute Empire* (25-IV-1991), la Comisión definió el mercado relevante como “la venta al por menor de productos no alimenticios a través de pedidos por correo sobre catálogo”. Este sistema era empleado para la venta de una gran cantidad de productos diferentes entre sí, pero era el sistema de distribución la clave para la definición del mercado.

La evolución posterior fue, sin embargo, la de considerar que ambas quedaban integradas dentro de un único mercado de la TV de pago. Ya en el informe relativo a la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* fue el TDC de la opinión de que, aunque en sus primeras decisiones dentro del sector, la Comisión había considerado que la distribución de señales de TV por satélite era un mercado diferenciado por razones económicas y técnicas, con el proceso de convergencia tecnológica había modificado sus opiniones para pasar a sostener que los servicios de TV competían entre sí con independencia de sus particularidades técnicas. Éstas conclusiones se situaban, en efecto, en línea con las vertidas por la Comisión en el asunto *TPS* (Decisión IV/36.237, *TPS*, de 3 de marzo de 1999): “No obstante, estos elementos no bastan para justificar una distinción entre un posible mercado del cable y otro del satélite. El hecho de que en las zonas cableadas el índice de penetración del satélite sea bajo o muy bajo tiende a probar, al contrario, que allí donde existe la TV de pago por cable es un sustituto de la TV de pago vía satélite.” (Véase también el Informe N-03023 del Servicio de Defensa de la Competencia *Kort Geding/Antena 3TV* de 13 de junio de 2003).

2. **Asunto de la toma de control de AVS por parte de Sogecable (AVS III)**. En el mismo fue identificado por el TDC el mercado de la TV de pago (ventana de pago y ventana de *pay per view*). Este, como el de la TV en abierto, era un mercado verticalmente relacionado aguas abajo con el mercado de referencia de la reventa de derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey (en especial de equipos de Primera División).

En este pronunciamiento, sí supuso una cierta novedad el hecho de conferir a la TV en abierto el carácter de mercado cuando, en realidad y como se viene señalando, el auténtico mercado sería más bien el de la publicidad televisada. Más bien respondía

esto último a la necesidad de contraponer TV de pago y TV en abierto, lo que en este caso hizo el Tribunal sobre la base de argumentos que reproducían básicamente los que hemos venido viendo hasta ahora.

En esencia, volvió a insistir el TDC en las diferentes características del producto ofrecido a los telespectadores (la oferta multicanal de la TV de pago frente a la oferta monocal de la TV en abierto: *vid supra*), la ausencia de sustituibilidad del lado de la oferta (ver también más arriba) o el carácter diferencial de la relación que se establecía entre el oferente y el telespectador en uno y otro tipo de televisión (ver asimismo más arriba).

Podrían también aportar algo nuevo las reflexiones del TDC en cuanto a la inclusión en el mercado de la TV de pago de la ventana de pago, de la ventana de pago por visión, de los servicios de video bajo demanda, de los servicios de video casi bajo demanda e, igualmente, de los servicios de TV digital interactiva (estos últimos, como veremos al referirnos al asunto *BiB*, han dado lugar en otros pronunciamientos a un mercado de producto independiente).

En concreto sentó el TDC: *“La televisión de pago en España se ha venido desarrollando a través de dos ventanas: la de pago y la de pago por visión (pay per view). En estos momentos, se entiende que otros servicios como son el de video bajo demanda (video on demand) o de video casi bajo demanda (video near on demand), así como los servicios interactivos ofrecidos a través de la televisión digital, están incluidos dentro del mercado de televisión de pago puesto que, en muy pocos casos, estos servicios se ofrecen al abonado de forma independiente de la suscripción a la oferta multicanal del operador de televisión de pago correspondiente”*.

También advirtió el TDC que *“la distinción entre televisión de pago y televisión en abierto puede perder nitidez con el tiempo, a medida que emerjan las ofertas digitales que combinen acceso gratis a la programación televisiva junto con canales de televisión de pago”*.

Era también de notar que el TDC desgajó del mercado de la TV de pago el de la difusión de los contenidos deportivos a través de Internet, telefonía móvil y otros medios, el cual pasaba a integrar un mercado independiente que podríamos denominar nosotros como de la comunicación audiovisual de banda ancha y que el TDC denominó *“mercado de explotación de contenidos audiovisuales futbolísticos a través de Internet, telefonía móvil y otros soportes”*.

En este sentido, uno de los terceros notificados en el expediente, *Recoletos*, insistió en la diferenciación entre los servicios de televisión y los de comunicación audiovisual desarrollados a través de plataforma de Internet. En primer lugar, mientras que en TV el telespectador disfrutaba, por lo general en directo, de partidos de fútbol completos o de resúmenes muy extensos y completos, en Internet más bien accedía a contenidos audiovisuales con una duración mucho más limitada. En segundo término, mientras que las difusiones televisivas alcanzaban una cobertura de prácticamente el 100 % de los hogares españoles, en el caso de Internet sólo un 25-30 % de esos mismos hogares disponían de acceso a Internet de banda ancha por ADSL o cable-módem para poder disfrutar de imágenes de partidos de fútbol. En tercer lugar, la oferta de televisiva proporcionaba contenidos al televidente sobre la base de una parrilla de programación

confeccionada por el difusor que ejercía la iniciativa editorial, en tanto que la provisión de contenidos audiovisuales sobre Internet desplazaba el peso de esa iniciativa hacia el internauta que decidía en cada momento cuál era el contenido al que quería acceder y el número de veces que deseaba hacerlo.

Lo mismo cabría decir del suministro de contenidos audiovisuales con destino a dispositivos móviles o portátiles sobre plataforma UMTS que, dado el grado de avance de la tecnología, sólo podía ir referido a momentos muy determinados (goles o jugadas destacadas) del partido en cuestión.

También en este caso dejó advertido el TDC que, a pesar de la actual diferenciación entre TV y comunicación audiovisual a través de esas otras plataformas, *“los procesos de convergencia tecnológica que se están viviendo hacen probable pensar que en un futuro no lejano se produzca un aumento de la potencial sustituibilidad entre medios tecnológicos que permita integrar la explotación esos derechos en un mismo mercado”*.

3. **Caso Gol TV**. La CNC mantuvo el criterio de que la diferenciación entre el mercado de la TV en abierto y el de la TV de pago sobre la base de argumentos como los que se acaban de exponer. El Consejo también entendió que, de acuerdo con los precedentes, no se debían distinguir diferentes mercados dentro de la televisión de pago según el tipo de infraestructura técnica que se utilizase para distribuir la señal (satélite, par de cobre y cable). Lo mismo debía predicarse en relación con la TDT de pago. Las diferentes plataformas de televisión de pago buscaban componer una oferta con contenidos relativamente parecidos y los consumidores las percibían como sustitutivas. Ello no impedía que existiera una evidente diferenciación de producto desde el punto de vista de la cobertura, del espectro de canales o de los servicios adicionales que mediante cada infraestructura se prestaban.

Por último, ciertamente podría diferenciarse un mercado emergente de explotación de derechos audiovisuales de clubes de fútbol a través de Internet o de telefonía móvil, y *“(...) esta segmentación se había justificado sobre la base de que la explotación de los derechos audiovisuales futbolísticos a través de Internet y de telefonía móvil sigue un modelo de explotación distinto, pues se centra en la recopilación y almacenamiento de las mejores jugadas. No obstante, no se puede descartar que en un futuro los procesos de convergencia tecnológica lleven a un incremento de la sustituibilidad por el lado de la demanda entre los distintos medios tecnológicos que permita integrar la explotación de esos derechos en un mismo mercado de televisión de pago”*. En todo caso, a los efectos del expediente no se consideraba que este mercado emergente constituyera una pieza relevante en el análisis.

Al margen de estos casos, estudiados más en profundidad en este apartado de la tesis, el mercado de la TV de pago ha sido también identificado en otros por las autoridades de la competencia. En el caso *Cuatro*, como vimos al tratar del mercado de la TV en abierto, reiteró la CNC que el mercado de la TV de pago era independiente del de la TV en abierto. Además, dentro del mercado de la TV de pago, reiteró que resultaba indiferente cuál fuera el medio de transmisión de la señal hasta el receptor del abonado: TDT, satélite, cable, TV-IP, etc., salvo en el caso de la TV móvil.

Así se decía (núms. 145 y 146 de la resolución): “Sin embargo, los precedentes señalados y todas las respuestas a los requerimientos de información a terceros no consideran en principio necesario segmentar el mercado de televisión de pago atendiendo a la tecnología utilizada, con la salvedad de la televisión móvil, a pesar de las evidentes diferencias que tiene cada infraestructura desde el punto de vista de la cobertura, la gestión técnica, los canales de televisión ofertados, etc., en la medida que todas tienen contenidos relativamente parecidos y los consumidores las perciben como sustitutivas [...] La televisión móvil ocupa una categoría distinta, pues por sus características (movilidad, pequeña dimensión de la pantalla, contenidos específicos, infraestructura específica, etc.) reúne las condiciones para constituir un mercado diferenciado por falta de sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta. En todo caso, la televisión móvil es una actividad en desarrollo, que por el momento tiene una base de abonados e ingresos relativamente reducida en comparación con las plataformas con mayor penetración”.

Pasamos también a referirnos a los casos de lanzamiento de los servicios de TV de pago en Francia y Alemania, añadiendo a las consideraciones sobre identificación del mercado una breve valoración desde la óptica desde el Derecho de la Competencia, al no tratarse de casos sobre los que vayamos a profundizar más adelante.

Así, el mercado de la TV de pago fue también identificado por la Comisión en su decisión de 3 de marzo de 1999 (IV/36.237 *hyphenTPS*; Diario Oficial nº L 090 de 02/04/1999 p. 0006 - 0022). “El mercado de la televisión de pago constituye un mercado de producto distinto del de la televisión de libre acceso, independientemente de que ésta se financie total o parcialmente mediante ingresos publicitarios” (v. apartado 25). El caso era el de que varios organismos de radiodifusión en abierto (*TF 1, France Télévision, Métropole Télévision*) y el incumbente francés de telecomunicaciones (*France Télécom*) creaban una empresa en participación, *Télévision par Satellite (TPS)*, para el lanzamiento de los servicios de TV de pago en Francia.

Las partes se comprometían a no entrar en competencia con la nueva plataforma dentro del mercado de la TV de pago mientras fueran sus accionistas. La comisión entendió que no existía riesgo de coordinación de las partes dentro del mercado de la TV de pago, porque ninguna de ellas estaba activa dentro de este mercado, y que el pacto de no competencia era una restricción accesoria necesaria para que las partes pudieran acceder al mercado emergente entonces de la TV de pago.

En cuanto al pacto en virtud del cual se confería en exclusiva a *TPS* el derecho a difundir las cadenas generalistas, *Tf1, France 2, France 3 y M6*, en forma cifrada y con calidad digital, la Comisión entendió que podía restringir la competencia, si bien concedió la exención individual entendiendo que podía servir de gancho de abonados en el lanzamiento de la plataforma de TV de pago. Esto último se consideraba que supondría importantes eficiencias: servicios innovadores y desarrollo de otros asociados a los mismos y disfrute de los mismos por parte de los usuarios.

Menos suerte que en el caso francés de *TPS*, corrió ante la Comisión el lanzamiento de la TV digital de pago en Alemania, cuestión de la que ésta se ocupó en dos decisiones conexas: (i) Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 (Asunto IV/M. 1027 - *Deutsche Telekom/Beta Research*; Diario Oficial nº L 053 de 27/02/1999 p. 0031 - 0045); (ii) Decisión de la Comisión de la misma fecha que la anterior (Asunto IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*; Diario Oficial nº L 053 de 27/02/1999 p. 0001 - 0030).

De lo que se trataba (véase más abajo el mercado de los servicios técnicos para TV de pago) era de que se pretendía adquirir el control conjunto por parte de *Deutsche Telekom* (incumbente alemán de telecomunicaciones activo en TV por cable) y de *Premiere* (difusor de satélite que quedaría controlado por *Kirch* y *Bertelsmann*) sobre empresas en participación con vistas a dominar los mercados accesorios de los servicios técnicos y, por alcance, de los mercados principales de la TV.

En la misma línea de la decisión *MSG-Media Service* (*vid supra*), fue la Comisión del parecer de que TV por cable y TV por satélite podían llegar a dar lugar a diferentes mercados de producto. Así, en su decisión relativa al asunto *Deutsche Telekom/Beta Research*, se refirió al mercado que denominó de las “redes de cable” y, en la referente al asunto *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, al que llamó de la “TV de pago”. Mientras que el primer mercado era nacional alemán, por la existencia de unos factores normativos y de regulación ligados a la red de cable, el segundo podía tener, por el alcance la huella del satélite, una dimensión supranacional que comprendiera Alemania y la comunidad germano parlante en Austria, Suiza, Bélgica y Luxemburgo.

En *Deutsche Telekom/Beta Research*, el mercado identificado de las “redes de cable” era un mercado que no comprendía la TV por satélite. Desde la perspectiva de la sustituibilidad de la demanda, la Comisión observó que para el difusor no era indiferente que la difusión de su señal fuera por satélite o cable, por el diferente grado de cobertura (18,5 millones de hogares conectados en ese momento a la red de cable, frente a los 7 ó 9 millones con parabólica instalada) y por los costes de instalación por hogar, que eran muy inferiores en el caso de la red de cable. De la red de cable alemana eran relevantes, a los efectos de la prestación de los servicios de TV sobre esa plataforma, los niveles 3 (desde la cabecera hasta la entrada al edificio) y 4 (desde la entrada del edificio hasta el domicilio del abonado). En el nivel 3, *Deutsche Telekom* disfrutaba de una posición cuasimonopolística, de modo que 16,5 millones de hogares recibían la señal de TV a través de su red en ese nivel. En el nivel 4, la competencia era mayor, sin embargo, a pesar de la entrada de otros competidores *Deutsche Telekom* seguía siendo el operador principal.

La Comisión consideró que, debido a la concentración *Deutsche Telekom/Beta Research*, se fortalecería la posición dominante de la primera en el mercado de las redes de cable para la televisión, en detrimento de los operadores de cable privados, entre otros motivos, porque, para la necesaria refinanciación de las citadas inversiones, los operadores privados de redes de cable debían de recurrir esencialmente a su actividad fundamental, el negocio televisivo. Para ello era necesario que estuviesen en condiciones de participar en la cadena de creación de valor añadido de la televisión digital. En lo referente a la plataforma técnica para la televisión de pago digital, esto estaba excluido por el mero hecho de que *Deutsche Telekom*, a través de *Beta Research*, fuera a controlar el acceso de los competidores a la principal tecnología disponible. A lo anterior debía añadirse que la prestación de esos servicios televisivos por los competidores en el nivel 4 dependía de los que *Deutsche Telekom* les facilitara acceso en el nivel 3. En definitiva, la concentración propuesta suponía reforzar la posición dominante de *Deutsche Telekom* en el mercado de las redes de cable por lo que fue prohibida.

En *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, el mercado fue, en cambio, el de la TV de pago por satélite. Lo proyectado era, por una parte, que *Canal +* se retirara de la plataforma de TV de pago *Premiere* y que *Kirch* (activo en difusión, contenidos y tecnologías de digitalización y

cifrado) y *Bertelsmann* (activo en difusión) tomaran el control por partes iguales y, por otra parte, que las mismas *Bertelsmann* y *Kirch* monopolizaran, a través de la empresa en participación *Beta Digital* (en la que también participaban a partes iguales), el mercado de los servicios técnicos para TV por satélite. El objetivo era convertir a *Premiere* en una plataforma digital de programación y distribución de televisión de pago, mediante utilización de la tecnología *beta* y el descodificador *d-box* que aportaba *Kirch*. Una vez consumado el proyecto de concentración, *Kirch* y *Bertelsmann* sólo ejercerían su actividad en el mercado de la televisión de pago y en el ascenso de los derechos de emisión en televisión de pago a través de su participación en *Premiere*.

Tras la operación, dispondría *Premiere* de su propia programación, que suministraría a través de su plataforma de TV por satélite y de la de cable de *Deutsche Telekom* y, además, de su propia plataforma técnica, gracias al control de *Beta Digital*. A lo anterior debía añadirse que tanto *Kirch*, como *Bertelsmann* estaban activos, a través de otras cadenas distintas de *Premiere*, en el mercado vecino de la TV en abierto y en el de la publicidad televisada, donde la primera de ellas disfrutaba de una cuota del 50 % por volumen de ingresos, frente al 40 % de la segunda (en Alemania, a pesar de que los niveles de audiencia de las cadenas públicas alcanzaban el 40 %, su cuota dentro del mercado de la publicidad no llegaba al 10 % por la existencia de importantes límites legales en cuanto al número de anuncios que podían insertar y al horario para hacerlo; lo anterior era posible porque su financiación tenía lugar por medio del canon). Lo anterior permitía una coordinación de estrategias entre actividades en abierto y de pago: reforzamiento del poder negociador en la puja por contenidos de fútbol y cine, coordinación de parrillas de programación en abierto y de pago (p.e. utilizar en abierto mínimos contenidos deportivos como cebo a fin de desviar la demanda hacia la contratación de una oferta mayor en TV de pago), reducciones de calidad de la programación en abierto para forzar la contratación de servicios de pago (no habría pérdida de ingresos por publicidad por las limitaciones que enfrentaban las cadenas públicas y por el hecho de que otros medios como los de la publicidad impresa no fueran sustitutivos de la TV), etc. En definitiva, la operación supondría crear y consolidar una posición dominante en el mercado de la TV de pago, por lo que fue prohibida.

La problemática enfrentada por la Comisión en las dos anteriores decisiones (Asuntos IV/M. 1027 - *Deutsche Telekom/Beta Research* y IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*) no fue más que una reproducción de la enfrentada por esa misma institución comunitaria años antes en la Decisión de 9 de noviembre de 1994 (IV/M.469 - *MSG Media Service*; Diario Oficial n° L 364 de 31/12/1994 p. 0001 - 0020). En este asunto, *Deutsche Telekom*, *Bertelsmann* y *Kirch* se proponían crear una sola empresa en participación (*MSG Media Service*) y no, como después intentaron, dos (*Beta Research* y *Beta Digital*), para la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV digital de pago.

Como hizo en esas otras dos decisiones posteriores, en *MSG Media Service*, la DG IV mantuvo la existencia de mercados de producto separados para las redes de TV por cable y para la TV de pago por satélite sobre la base de razonamientos muy similares a los empleados en esos dos asuntos, a los que valdría con remitirse. En cambio, en cuanto al mercado geográfico, y probablemente por la menor expansión de los servicios de TV por satélite ofrecidos a través de *Premiere* (*Bertelsmann/Kirch/Canal +*) que años después, entendió que era nacional alemán no sólo en TV por cable, sino también en TV por satélite. También valdría con remitirse a lo razonado por la Comisión en esas otras dos decisiones posteriores para concluir que la operación implicaba la consolidación de la posición

dominante de *Deutsche Telekom* en el mercado de las redes de TV por cable y la de *Premiere* en el de la TV de pago por satélite.

Existen otras resoluciones en las que el mercado de la TV de pago aparece claramente diferenciado del de la TV en abierto; ver por todas: Decisiones de la Comisión IV/M.779 *Bertelsmann/CLT*; COMP/M.1943 *Telefónica/Endemol*; COMP/M.1958 *Bertelsmann/GBL/Pearson TV*; IV/M.1574 *Kirch/Mediaset* y COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiu*; el expediente del TDC N-03023 *Kort Geding/Antena 3 TV*; o el N-05079 *ONO/AUNA TLC* del SDC.

A todas las anteriores consideraciones vertidas por las autoridades de la competencia para la identificación como mercado de producto pertinente del de la TV de pago en casos concretos cabría que añadiéramos nosotros otras. Ha de partirse de que la aplicación de los criterios generales sobre sustituibilidad de la demanda y de la oferta para tal identificación quedaba suficientemente expuesta en dichos pronunciamientos. Dicho lo anterior, cabría hacer referencia, como elemento de identificación del mercado de producto de la TV de pago frente al de la TV en abierto, al factor del nivel de precios. En efecto, el hecho de que los servicios de TV pago y los de TV en abierto se presten, respectivamente, por precio y de modo gratuito en el mercado español indicará que no integran un mismo mercado de producto.

Estas consideraciones las tuvo muy presentes, por ejemplo, la Comisión también en el asunto *Nestlé/Perrier*, donde la diferencia de precios que existía en Francia entre el agua mineral y los refrescos no alcohólicos (de un 200 % a un 300 %) los hacía difícilmente sustituibles. Además, el sentido de la evolución de los precios del agua mineral y de los refrescos no alcohólicos había sido la contraria, toda vez que, en los últimos cinco años, mientras que el precio del agua había subido, los de las bebidas refrescantes habían estado bajando, lo que confirmaba la apreciación previa según la que la posibilidad de sustitución del agua mineral por bebidas refrescantes no tenía incidencia alguna sobre la política de precios de los productores. Así, y en definitiva, entendió que el mercado relevante era el del agua mineral embotellada (Decisión de 22 de julio de 1992, *Nestlé/Perrier*, DOCE L 356 de 5 de diciembre; en el mismo sentido las decisiones de 2 de octubre de 1991, *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland*, DOCE L 334/42 de 5 de diciembre de 1991, p. 8, y la not. 6 de junio de 1994, *Medeol/Elosua*, DO C 169/0 de 22 de junio de 1994, ps. 10 y ss.).

En los previos de la definición del mercado de producto pertinente, de lo que se tratará inicialmente es de, partiendo de la información disponible para la autoridad de la competencia o suministrada por las empresas afectadas, definir un haz de mercados de referencia alternativos, de modo que, en muchos casos, la inclusión, dentro de uno solo, de varios de esos mercados hará desaparecer todo riesgo de restricción de la competencia dejando así zanjada la cuestión. Más allá de esto, podrá ser necesario hacer acopio de elementos de prueba, incluidos los constituidos por las alegaciones de las partes afectadas o los terceros interesados, en orden a determinar el grado de sustituibilidad de los productos.

La Comisión en sus Directrices sobre identificación del mercado relevante se refiere así a esos elementos de prueba conducentes a la definición del mercado de producto, de los que algunos podrían ser de aplicación al caso del mercado de la TV de pago, a diferencia del mercado de la TV en abierto, en el que su carácter gratuito sería un obstáculo para esa misma aplicación, sin perjuicio de que, tal vez, sí pudieran resultar de aplicación al caso del mercado de la publicidad televisada. Así, por citar algunos, podríamos referirnos a los dos siguientes:

1. **Elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente.** Se tratará de prestar atención a supuestos del pasado en los que se hubiera verificado un incremento de precios, permaneciendo constantes las restantes condiciones, y a su influencia sobre las cantidades demandadas del producto en cuestión por los clientes. Una variante sería la siguiente: ante la introducción de un nuevo producto, analizar la reducción de las ventas de otros derivada de esa introducción

Un ejemplo clásico de lo anterior se encuentra en la ya citada decisión de la Comisión 92/553/CEE [Decisión de la Comisión, de 22 de julio de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (Asunto n IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*) (DO L 356 de 5.12.1992, Págs. 1/31)]. Se trataba de decidir, en primer término, si el agua embotellada formaba parte de un mercado más amplio para las bebidas refrescantes en general (incluyendo, por ejemplo, las bebidas de cola). El análisis realizado por la Comisión Europea, basado en una evolución de los precios a lo largo de 10 años, mostraba que las correlaciones entre el precio de determinadas bebidas refrescantes y marcas de agua embotellada eran prácticamente nulas y, en algunos casos, incluso negativas; sin que cupiera hablar del mismo mercado pertinente de producto. En segundo lugar, se hacía necesario dirimir si dentro de la industria del agua embotellada existían mercados relevantes distintos para el agua de alto y bajo contenido mineral. El análisis realizado por la Comisión Europea evidenció una fuerte correlación positiva (entre 0,85 y 1) entre el precio de las diferentes marcas de agua embotellada. Sobre la base de esta evidencia, la Comisión Europea llegó a la conclusión de que ambos tipos de agua sin gas formaban parte de un mismo mercado relevante. En nuestro caso, por ejemplo, para cerciorarnos de que la oferta de productos relativamente novedosos, como *Imagenio* de *Telefónica* u *Ojo* de *ONO*, se integran dentro de un mercado de la TV de pago, comprensivo de todos los medios soporte, bastará con comprobar que esa introducción ha supuesto una reducción de ventas para el operador TV de pago por satélite *Canal Satélite Digital (CSD)*.

2. **Ensayos cuantitativos específicamente concebidos para la delimitación de los mercados.** Se trata de enfoques basados en criterios econométricos o estadísticos como, Vg., los de la estimación de la elasticidad propia de la demanda o de su elasticidad cruzada en función de los precios (Véase entre otros a Casas Pardo: “*Curso de economía*”. Madrid, 1981, págs. 187 y ss.; Samuelson/Nordhaus: “*Economía*” (duodécima edición), Madrid; MacGraw-Hill, 1988; págs. 458 y ss.).

La elasticidad propia de la demanda en función de los precios de un producto X sirve para medir la reacción de la demanda de X a una variación porcentual de su precio. En aquellos casos en que la elasticidad propia de la demanda sea elevada, lo más probable es que incluso pequeños incrementos en precios redunden en descensos significativos en la cantidad demandada y, por tanto, no resulten rentables. Por el contrario, una elasticidad propia de la demanda reducida identificará por lo general un mercado “que merece la pena monopolizar”, dado que incrementos en precios conllevarán pequeñas disminuciones en la cantidad demandada. La Comisión empleó, por ejemplo, el criterio de la elasticidad propia de la demanda o “*elasticidad precio*” en esa Decisión sobre el asunto *Nestlé/Perrier* (Decisión de 27.7.1992, asunto IV/M.190, DOCE 1992 L 356/1), constatando que la misma era reducida por la lealtad de los consumidores a su marca de agua mineral. En nuestro caso, si la elevación de precios de los servicios de pago no conduce a una reducción sensible de las contrataciones de los mismos por los

telespectadores, ello abundará en la idea de que tales servicios conforman un mercado de producto independiente.

La elasticidad cruzada entre los productos X e Y es la reacción de la demanda del producto X a la variación porcentual del precio del producto Y. Si la elasticidad cruzada de la demanda del bien X con respecto al precio del bien Y es positiva, reducciones en el precio del bien Y conllevarán reducciones en la cantidad demandada del bien X, denotando que los consumidores y clientes consideran ambos productos como sustitutos cercanos. Cuando las posibilidades de elección del consumidor se ven influidas por consideraciones distintas de los incrementos de precio, puede que la prueba SSNIP no constituya una medida adecuada de la intercambiabilidad de un producto [Véase el asunto T-25/99: Colin Arthur Roberts Valerie Ann Roberts contra Comisión, (Recopilación 2001, p. II-1881)]. En el mismo asunto *Nestlé/Perrier*, la Comisión constató que la elasticidad cruzada del agua mineral con respecto a las bebidas refrescantes no alcohólicas era reducida o incluso negativa, lo que había permitido a los fabricantes de agua mineral seguir una política de precios independiente de la de esos otros fabricantes de bebidas refrescantes no alcohólicas. El criterio de la elasticidad cruzada de la demanda fue también utilizado por el Tribunal de Justicia en *United Brands* (1978), donde, para la definición del de las bananas como mercado de producto relevante, se basó, entre otros extremos, en dos estudios de la FAO que acreditaban que, salvo en época estival y siempre en una proporción no superior al 20 %, las bananas no se veían afectadas de forma importante por los descensos de los precios de otras frutas. En el ámbito en el que estamos, si la elevación de precios de los servicios de pago llevara a una minoración importante de las contrataciones de los mismos por los televidentes, y a que estos se conformasen con los servicios en abierto, ello abundaría en la idea de que las fronteras entre los servicios de pago y en abierto estarían diluyéndose para integrarse en un único mercado de la difusión televisiva o de la comunicación audiovisual.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios de televisión de pago

El mercado de la TV de pago tendría, según opinión expresada por el TDC (caso *Sogecable/Vía Digital*), dimensión nacional por la existencia de unas fronteras culturales y de idioma definidas de las que derivaban unas condiciones de competencia homogéneas dentro del territorio español y sin que para ello fuera óbice que algunos de los canales emitidos por cada una de las plataformas se recibieran también en otros países. En idéntico sentido se manifestaron la Comisión, que en el caso *BiB* consideró innecesario entrar a discernir si dicho mercado debía ser estrictamente nacional o comprender también territorio irlandés, y el mismo TDC en el asunto de *Cablevisión*.

Estas conclusiones se vieron también confirmadas por el pronunciamiento del TDC relativo al asunto *AVS III* que hacía una remisión a varios antecedentes europeos (Decisiones de la Comisión M.410 *Kirch/Richemont/Telepiù*, M.993; *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, M.2876 *Newscorp/Telepiù*, y M.2845 *Sogecable/Canal Satélite Digital/Vía Digital*) para sostener la existencia de un mercado nacional “*dado que existen fronteras lingüísticas y culturales de carácter nacional*” y porque “*la explotación comercial de estas actividades se hace sobre la base de mercados nacionales en los que rige una normativa y unas condiciones de competencia específicas*”. Respecto del “*mercado de explotación de contenidos*”

audiovisuales futbolísticos a través de Internet, telefonía móvil y otros soportes”, el TDC diferenció la realización de estas actividades a escala nacional de la desarrollada con una dimensión internacional, para centrarse sólo en las primeras, dado el carácter esencialmente nacional de la operación de concentración.

También en otros asuntos que no estudiaremos tan en profundidad en este apartado, p.e., Decisión IV/M.779, *Bertelsmann/CLT*, de 7 de octubre de 1996, concluyó la Comisión que el mercado de la TV de pago era nacional a causa de la existencia de diferentes regímenes regulatorios, barreras lingüísticas, factores culturales y otras diferentes condiciones de competencia imperando en los mercados nacionales. También en el caso *Cuatro* (núms. 176 y Ss.) se fijaba la dimensión nacional del mercado de la TV de pago, “y ello, entre otras razones, debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores debe tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias”.

Prescindiendo de las anteriores reflexiones contenidas en pronunciamientos concretos, si atendemos a la Comunicación de la Comisión sobre definición del mercado de referencia, en lo atinente al mercado geográfico, se tratará inicialmente de definir la dimensión del mercado partiendo de la información relativa a la distribución de cuotas de mercado proporcionada por las empresas afectadas y del análisis de la fijación y diferencias de precio en los diferentes ámbitos territoriales.

Por ejemplo, en la Decisión del asunto *Pepsico/General Mills* de 5 de agosto de 1992 (asunto IV/M.232), la Comisión entendió que el mercado geográfico relevante de snacks y aperitivos era nacional, teniendo en cuenta: (i) las diferencias significativas en los precios aplicados por las mismas empresas en los diferentes estados miembros; (ii) las diferencias en las cuotas de las empresas en los diferentes estados miembros.

Relativo a estos últimos factores de la distribución de las cuotas de mercado y de la diferencia de precios, afirma Pellisé (“*La explotación abusiva...*”; Op. Cit.; Págs. 179 y 180): “Por ello, un primer paso consistirá en examinar la distribución geográfica de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, así como la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria o del Espacio económico europeo. Cuando entre dos áreas geográficas vecinas se registran de forma permanente diferencias de precios significativas para los mismos productos o cuando los proveedores de dichos productos disponen permanentemente de cuotas de mercado significativamente distintas entre una y otra área, existen claros indicios de que las condiciones entre una y otra zona no son homogéneas. Cuando estas diferencias se dan además entre Estados, en general, permiten presumir la existencia de mercados nacionales separados. Con esta operación se obtendrá un primer plano de relieve que permitirá a la Comisión centrar sus investigaciones posteriores en la mejor delimitación del mercado geográfico de referencia [...] Sin embargo, aunque la distribución de las cuotas y de los precios es un buen indicador, no es por sí sólo suficiente, pues describe el efecto pero no la causa, y por tanto nada dicen sobre si esta situación continúa en el presente o si persistirá en el futuro. Es necesario pues completar este primer análisis con otros criterios”.

Sin entrar al detalle de los datos reales, muy probablemente, los diferentes precios de comercialización de los servicios de TV de pago en España y, por poner un ejemplo, Francia, así como el hecho de que las cuotas disfrutadas en uno y otro mercado correspondan a empresas diferentes, abonarían la idea de la existencia de dos mercados geográficos de referencia distintos de la TV de pago, el español y el francés.

Sin salirnos de esos criterios generales puestos de manifiesto por la Comisión, el mercado geográfico, perfilado así de forma inicial, tendría que ser depurado aplicando el criterio de la sustituibilidad de la demanda en términos ya conocidos, es decir, precisando la medida en que un IRSNTP puede inducir a la adquisición del producto en un ámbito geográfico diferente. Sobre este análisis podrá aún superponerse otro más basado en la oferta, a fin de precisar el grado de interpenetración entre diferentes mercados geográficos y de precisar el grado en que empresas situadas en ámbitos territoriales vecinos al considerado inicialmente pueden entrar en competencia con las radicadas en este último.

Llevando lo anterior al ámbito de la TV de pago, en cuanto a la sustituibilidad de la demanda, no cabría que los abonados a una plataforma de TV de pago por satélite en España, ante un IRSNTP en sus cuotas de abono, pasaran a contratar los servicios de una plataforma, p.e., francesa, sobre todo, por esas barreras culturales y lingüísticas a las que se viene haciendo referencia. Y en cuanto a la sustituibilidad de la oferta, tampoco cabría que, ante un IRSNTP protagonizado por esa misma plataforma de TV de pago por satélite en España, pudiera otra asentada en Francia pasar a prestar, rápidamente y sin grandes costes adicionales, sus servicios en España, no sólo por esos factores lingüísticos y culturales, sino también por la necesidad de dotarse de las infraestructuras necesarias (Vg.: capacidad satelital, descodificadores, parabólicas orientadas al satélite de su elección, etc.).

Este análisis podrá también reforzarse mediante la aplicación de los criterios de la sustitución en cadena a los que se aludió, tanto desde la perspectiva de la demanda como desde la de la oferta. Un ejemplo referido al mercado de la TV de pago podría ser el siguiente: desde la perspectiva de la demanda, ante un IRSNTP protagonizado por un cableoperador A no cabría que el abonado pasara a darse de alta en otro cableoperador C, dado el criterio de demarcación territorial de la concesión que supone que en cada una de esas demarcaciones exista un solo operador de cable, pero sí que contratara el servicio del operador de satélite B (sustitutivo también de C), con lo que A y C pasarían a integrarse dentro del mismo mercado geográfico; desde el lado de la oferta la conclusión sería idéntica pues, suponiendo ese IRSNTP de A, no cabría que C pasara a prestar el servicio en su demarcación, pero sí que lo hiciera B.

Finalmente, en la definición del mercado geográfico para la evaluación de una concentración o de una empresa en participación podrá tenerse en cuenta el proceso de integración europeo que, en el corto plazo, pueda llevar a la existencia de un mercado más amplio. Este es, precisamente, el objetivo perseguido por la Directiva de Televisión sin fronteras, hoy llamada de Servicios de comunicación audiovisual, en todo el ámbito de la difusión televisiva conformado por TV de pago y en abierto y en el de los servicios de video a la carta.

Agotados todos los anteriores pasos, podría también acudir, como en el caso del mercado de producto, a ciertos elementos probatorios que actúen como complemento en orden a precisar el alcance del mercado geográfico. Estos coinciden en gran medida, aunque no del todo, con los referidos por la Comisión para la definición del mercado de producto pertinente, y de ellos podrían ser de aplicación al mercado de la TV de pago los tres siguientes:

- 1) **Elementos de prueba en el pasado de desvío de pedidos a otras zonas.** Nos remitimos al punto correspondiente definido al tratar del mercado de producto. Se tratará, en

definitiva, de estudiar la reacción de los clientes frente a variaciones de precio entre diferentes zonas y, en nuestro caso, de las suscripciones realizadas a los servicios de difusores situados en estados vecinos. Presumiblemente, en el mercado de la TV de pago, esos desvíos de pedidos serían mínimos.

- 2) **Características básicas de la demanda.** Los perfiles de la demanda del producto en cuestión pueden, en casos, ser ya bastante para precisar el mercado geográfico de referencia cuando se basa en factores como, Vg., las preferencias nacionales, el idioma, la cultura, el estilo de vida o la necesaria presencia local del producto en cuestión

P.e., en la decisión de la Comisión relativa referente al asunto Renault/Volvo (decisión de 7 de noviembre de 1990; asunto IV/M. 004), el mercado francés de autobuses continuaba teniendo una dimensión nacional por la existencia de unas acusadas preferencias de los adquirientes por las marcas nacionales. En la decisión *Nestlé/Perrier* (Op. Cit.), la Comisión consideró que uno de los elementos que más obstaculizaban el acceso al mercado francés de agua mineral era la preferencia por las marcas creada por las cuantiosas inversiones en publicidad de *Nestlé*, *Perrier* y *BSN*. En la sentencia de 16 de diciembre de 1975, as. ac. 40-48-50-54-56-111-113- 114/73, *Sukier Unie y otros*, consid. 372, el Tribunal de Justicia consideró necesario tener en cuenta en la delimitación del mercado geográfico, además de los costes de transporte, la existencia de los hábitos de los usuarios y consumidores. En *Interflora* el Tribunal, en la valoración de la sustituibilidad geográfica, tuvo en cuenta las características básicas de la demanda y sus preferencias subjetivas para considerar que, aunque el servicio de entrega a distancia de flores y plantas ornamentales abarca el envío internacional, “...las diferencias en cuanto a elementos culturales y lingüísticos, el particular comportamiento de la demanda nacional ... determinan, en conjunto, que el mercado geográfico sea el nacional.” (*Interflora* (1999), cit. supra, fund. 4 *in fine*).

Estos factores priman también en todos los mercados relacionados con el segmento de los contenidos y de la TV donde determinan que la dimensión del mercado pertinente sea la correspondiente a una determinada comunidad nacional o lingüística.

- 3) **Localización geográfica de las compras.** Se tratará de precisar donde se localizan las compras de los clientes, y así el mercado geográfico tenderá a ser, por ejemplo, europeo cuando los clientes adquieran el producto en cuestión en cualquier lugar de la UE. Como dice Pellisé Capell (Op. Cit.), “se trata, en efecto, de que el mercado geográfico, como lugar de encuentro de la oferta y la demanda, viene determinado, desde el punto de vista geográfico, por el lugar donde se encuentran los clientes destinatarios de la oferta, lo que equivale al lugar en que se suministran los productos o se prestan los servicios”. En el caso de la TV de pago, los abonos y suscripciones se realizan, pues y claramente, a escala nacional.

En su decisión en el asunto *Rhone-Poulenc/SNIA* (decisión de 10.8.1992, asunto IV/M.206) entendió la Comisión, por ejemplo, que el hecho de que los clientes de las partes siguieran una política de compras de fibras de poliamidas definida a escala comunitaria determinaba la existencia de un mercado que abarcaba toda la Comunidad.

Si nos referimos a los mercados de los contenidos, este elemento de la localización de las compras puede perder interés en un entorno digital. Frente a la escasez de la distribución física, la teoría denominada de las colas largas (“*long tails*”) parte de una

abundancia de contenidos en el mundo digital que permitirá superar las limitaciones de aquélla.

Estas limitaciones proceden, principalmente, de dos factores, a saber: **(i)** la limitación de los recursos derivada del coste de almacenamiento de cada unidad (se estima que una tienda debe vender un producto de ocio, CD, DVD, etc., al menos dos veces al año para cubrir sus gastos de almacenamiento), lo que induce al proveedor a ajustar las unidades almacenadas a la demanda previsible; **(ii)** la dispersión geográfica de la demanda que determina que aunque un producto pueda llegar a tener una demanda global apreciable, la demanda particular en una determinada zona no justifique el coste de mantenimiento del producto.

La distribución digital online no presenta las limitaciones de la distribución física, por lo que el modelo de distribución puede venir caracterizado por una abundancia de productos. Los costes de almacenamiento y gestión de cada contenido son suficientemente bajos como para que se mantengan en el catálogo online productos que serían retirados de una tienda física en poco tiempo o incluso aquellos que nunca habrían sido ofrecidos (véase GAPTEL: “*Contenidos Digitales. Nuevos Modelos de Distribución Online*”; junio 2006; estudios coordinados por Pérez, J. y editados por Red.es).

c) Entorno normativo

i) Normativa europea

El dibujo del trasfondo regulador sobre el que se desenvuelve el mercado de la TV de pago presenta muy importantes coincidencias con el del mercado de la audiencia, de los telespectadores o de la difusión televisiva. Esta será la razón de que, en esta sede, sólo contemplemos las especialidades con relación a lo dicho más arriba: *Supra* § 1.c.i “*Entorno normativo del mercado de la audiencia, de los telespectadores o de la difusión televisiva*”.

Por lo demás, tan sólo reiterar que la exposición se ceñirá tan sólo a aquellos aspectos que no resulten del contenido de otros epígrafes, en particular, del dedicado a las barreras normativas de entrada, así como que nos limitaremos a la versión vigente y consolidada de las diferentes normas y a las líneas directrices de éstas, ante la imposibilidad material de ser exhaustivos.

Dentro de la normativa europea, la norma esencial a la que estar será la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual (antes de TV sin fronteras). En este punto, resulta ser de plena aplicación lo dicho al hilo del mercado de la audiencia, de los telespectadores o de la difusión de TV, lo que se completará con lo que digamos a propósito del estudio de otros mercados.

Tras haber cristalizado la propuesta de modificación de la Directiva de TV sin Fronteras (*vid supra*) en la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaba la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 332 de 18.12.2007, p. 27/45), los efectos de tal modificación sobre el mercado de la TV de pago

fueron indudables, al pasar a quedar comprendidos, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, todos los servicios de difusión televisiva (“servicios de medios audiovisuales lineales”) sobre cualquier plataforma (incluidos cable, satélite y ADSL; los medios que en el mercado español más se relacionan con la TV de pago), además de los “servicios a la carta” (“servicios de medios audiovisuales no lineales”), los cuales quedarían también incluidos dentro del presente mercado de la TV de pago.

En la enmienda 205 de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para la modificación de la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (“Servicios de medios audiovisuales sin fronteras”) (COM/2007/0170 final - COD 2005/0260) se definía el “servicio a la carta” (servicio de medios audiovisuales no lineal) como *“un servicio de medios audiovisuales ofrecido por un prestador de servicios de medios para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador, a petición de este último, sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador de servicios de medios”*.

Con relación a estos “servicios a la carta”, el sentido de la modificación era el de extender a los mismos no todas las previsiones de la Directiva, sino tan sólo sus principios básicos, a saber: el principio del país de origen y el de la libre circulación dentro del mercado europeo de todos los servicios de medios audiovisuales.

Conforme a los considerandos 5 y 19 del Preámbulo de la Directiva de TV sin fronteras en su versión modificada {Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifica la directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva [SEC(2005) 1625] [SEC(2005) 1626] [/* COM/2005/0646 final - COD 2005/0260 */] y Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (“Servicios de medios audiovisuales sin fronteras”) [/* COM/2007/0170 final - COD 2005/0260 */]}: *“Las empresas europeas que prestan servicios de medios audiovisuales sufren de una situación de inseguridad jurídica y desigualdad en sus condiciones de competencia en cuanto al régimen jurídico que gobierna los nuevos servicios a la carta, por lo cual es necesario, tanto para evitar el falseamiento de la competencia como para mejorar la seguridad jurídica, aplicar a todos los servicios de medios audiovisuales al menos un conjunto básico de normas coordinadas. [...] El principio del país de origen constituye el núcleo de la presente Directiva, y resulta esencial para la creación de un mercado interior. Por lo tanto, debe aplicarse a todos los servicios de medios audiovisuales a fin de brindar seguridad jurídica a los prestadores de tales servicios, seguridad que constituye un fundamento necesario para los nuevos modelos de negocio y el despliegue de esos servicios. También es esencial el principio del país de origen para garantizar la libre circulación de la información y de los programas audiovisuales en el mercado interior”*.

La Directiva 89/552, en la redacción dada por la 2007/65, ha sido finalmente derogada por Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual

(Directiva de servicios de comunicación audiovisual; DO L 95 de 15.4.2010, p. 1/24). Sin embargo, esta última Directiva básicamente lo que hace es acoger las novedades ya introducidas por la 2007/65 que hemos señalado como principales. Algunas precisiones adicionales, sin embargo, cabría hacer.

Una primera sería la consistente en aclarar que las previsiones de la Directiva son sólo aplicables a los *mass media* (considerando 21) y los servicios que participen de la naturaleza de actividades económicas: *“A efectos de la presente Directiva, la definición de servicios de comunicación audiovisual debe englobar únicamente servicios de comunicación audiovisual, tanto si se trata de radiodifusión televisiva como a petición, que sean medios de comunicación de masas, es decir, que estén destinados a una parte significativa del público en general y que puedan tener un claro impacto sobre él. Su alcance debe estar limitado a los servicios tal como están definidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, por lo tanto, debe abarcar cualquier forma de actividad económica, incluida la de las empresas de servicio público, pero no las actividades que no son fundamentalmente económicas ni entran en competencia con la radiodifusión televisiva, como los sitios web de titularidad privada y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés”*.

Otra segunda podría ser la consistente en aclarar que cuando un mismo difusor emita cierta programación bajo la modalidad de servicio de comunicación audiovisual lineal y bajo la de servicio de comunicación audiovisual no lineal, se aplicaran las previsiones de la Directiva como si de un servicio de difusión televisiva se tratara, salvo que ambos servicios fueran netamente distinguibles, caso en el que cada uno de ellos quedará sometido a su propio y específico régimen (considerando 27): *“La radiodifusión televisiva incluye actualmente, en particular, la televisión analógica y la digital, la emisión en directo en tiempo real por Internet, la difusión web y el cuasivideo a petición, mientras que el video a petición, por ejemplo, es un servicio de comunicación audiovisual a petición. En general, en la radiodifusión televisiva o programas de televisión que sean también ofrecidos como servicios de comunicación audiovisual a petición por el mismo prestador del servicio de comunicación, los requisitos de la presente Directiva deben considerarse cumplidos si se reúnen los requisitos aplicables a la radiodifusión televisiva, es decir, transmisión lineal. No obstante, cuando se ofrezcan de forma paralela diferentes tipos de servicios que puedan distinguirse claramente, la presente Directiva debe aplicarse a cada uno de los servicios de que se trate”*.

Finalmente, el diferente alcance de los servicios a petición con respecto a los de difusión televisiva es lo que justifica que los primeros queden sujetos a una regulación más liviana (considerando 58): *“Los servicios de comunicación audiovisual a petición son distintos de la radiodifusión televisiva por lo que respecta tanto a la capacidad de elección y el control que puede ejercer el usuario, como a su incidencia sobre la sociedad. Ello justifica la imposición de una reglamentación más liviana a los servicios de comunicación audiovisual a petición, que solo deben observar las normas básicas contenidas en la presente Directiva”* [Ver al respecto Sentencia de 2 de junio de 2005 en el asunto C-89/04, *Mediakabel BV/Commissariaat voor de MEDIA* (Rec. 2005, p. I-4891)].

Por último, destacamos ya que la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual es norma de mínimos (v. Art. 4). De este modo, cabrá que los Estados miembros exijan a los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción el cumplimiento de normas

más estrictas o detalladas en los ámbitos regulados por esa Directiva siempre y cuando estas normas sean conformes al Derecho de la Unión.

Cuando el Estado en cuestión haya ejercido esta facultad para adoptar medidas más estrictas o detalladas de interés público general, y considere manifiesto que un organismo de radiodifusión televisiva bajo jurisdicción de otro Estado miembro, ofrece emisiones de radiodifusión televisiva dirigida total o principalmente a su territorio, se admite que se dirija al otro Estado miembro que tenga jurisdicción con miras a lograr una solución de los problemas planteados que resulte mutuamente satisfactoria, y si la petición es justificada el Estado miembro que tenga jurisdicción solicitará al organismo de radiodifusión televisiva que cumpla las normas de interés público general pertinentes.

Si el anterior remedio no fuera satisfactorio, el primer Estado podrá adoptar medidas apropiadas (objetivamente necesarias, no discriminatorias y proporcionadas a los objetivos de interés público perseguido) frente al organismo de radiodifusión cuando el organismo de radiodifusión televisiva de que se trate se haya establecido en el Estado de jurisdicción para eludir las normas más estrictas, que le serían aplicables de haberse establecido en el primer Estado miembro. Para lo anterior serán requisitos la notificación de la medida al Estado de jurisdicción y a la Comisión y que esta última entienda que las medidas son compatibles con el Derecho de la Unión, sobre lo que deberá pronunciarse en el término de tres meses desde que reciba la notificación.

Se intenta fomentar la autorregulación y la corregulación en tanto que herramientas de protección de los consumidores y de consecución de los objetivos de la propia Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. La autorregulación constituye un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí. Dado que la autorregulación tendrá ciertos límites de interés u orden público que sólo podrá abordar la legislación nacional, se impone la corregulación, en cuanto que vínculo entre el poder legislativo y los agentes económicos y cauce de posible intervención de los poderes públicos cuando la actuación de los segundos, por sí sola, no baste para la consecución de los objetivos de interés público.

Al respecto de la autorregulación podrían traerse a colación las observaciones de la CNC sobre el Proyecto de la Ley General de Comunicación Audiovisual española, llamado a trasponer la Directiva. La CNC observaba que en diversos pasajes del articulado se hablaba de códigos de autorregulación. Así: **(i)** el Art. 8 (“derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales”) aludía a las facultades de control de dichos códigos por parte de la autoridad audiovisual; **(ii)** el Art. 11 se refería al derecho que tenían los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a aprobar códigos en los que se regulasen los contenidos de la comunicación audiovisual y a las reglas de diligencia profesional para su elaboración; y **(iii)** el Art. 46.1.b) establecía que el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA) tendría entre sus funciones “*Promover la autorregulación del sector audiovisual*”, en línea con el Art. 3, apartado 7, de la Directiva Televisión sin Fronteras.

La autorregulación en este campo venía así fundamentalmente destinada a evitar la retransmisión de contenidos ilícitos o inapropiados. Sin embargo, la CNC recordaba que los códigos de autorregulación no dejaban de ser acuerdos entre competidores que podrían incluir restricciones a la competencia, en el sentido del Art. 1 LDC y 81 TCE y, en consecuencia, que eran perfectamente revisables en sede de competencia. De hecho, el

Consejo de la CNC había emitido resoluciones relativas a códigos de conducta en el ámbito audiovisual, y más concretamente publicitario (por todos, se citaba el asunto *Autocontrol* de 2008, en que se declaraba el código de conducta en cuestión exceptuable de la aplicación Art. 1.1 LDC ex Art. 1.3).

En consecuencia, resultaba pertinente recordar en la redacción del texto del Proyecto que dichos códigos eran susceptibles de ser examinados desde esa perspectiva por parte de las autoridades de competencia, proponiéndose por ello por la CNC las siguientes redacciones de los Arts. 11 y 46: *“Los códigos de autorregulación deberán respetar la normativa sobre defensa de la competencia. Las funciones de la autoridad audiovisual a los efectos del apartado 2 del presente artículo se entienden sin perjuicio de las facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto”* (Art. 11) y *“(será función del CEMA) Promover la autorregulación del sector audiovisual, dentro del respeto a las normas de competencia y sin perjuicio de las facultades de las autoridades de defensa de la competencia en su control”* (Art. 46.1.b).

Dejando atrás la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual, dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, constituido por la Directiva Marco y por las cuatro Directivas específicas, existen normas conducentes a la plena aplicación de los principios de interoperabilidad y neutralidad tecnológica con relación a los sistemas de acceso condicional, a la guía electrónica de programación y al interfaz del programa de aplicación, normas de indudable incidencia en el mercado que estudiamos de la TV de pago y, especialmente, como se dijo en su lugar, en lo referente a la supresión de barreras de entrada de carácter tecnológico. La exposición más en detalle de estas cuestiones, aparte de haberse traído ya a colación en otros apartados de este trabajo, la reservamos para los epígrafes referentes al entorno normativo de los mercados de la TV interactiva y de los servicios técnicos administrativos y comerciales para TV de pago.

ii) Normativa nacional

La Ley 25/1994, de 12 de julio, vino a trasponer al ordenamiento jurídico español la ya derogada Directiva de Televisión sin fronteras. El dato de que su contenido fuera reproducción del de la Directiva, junto con la remisión al epígrafe correspondiente del mercado de la audiencia o de la difusión televisiva exime, en este punto, de mayores consideraciones; debiendo añadirse a lo anterior la derogación de la misma Ley 25/1994 por la LGCA de 2010.

En cuanto a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada, desde el momento en que su objeto (v. Arts. 1 y 2) era regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión mediante concesión, y dado que los servicios de TV de pago por satélite, cable y ADSL (*vid infra*) se encontraban liberalizados y no se exigía concesión, su alcance, en lo que al mercado de la TV de pago se refiere, quedaba seriamente limitado. Esto, que era así antes de la LGCA de 2010, con mayor razón ha de entenderse tras la entrada en vigor de esta última, que vino a derogar también la Ley 10/1988. Y es que, como habrá oportunidad de tratar al hilo de las barreras normativas a la entrada en el mercado de la TV de pago, actualmente no es ya sólo que no se exija concesión para la prestación de servicios de TV pago, sino que ni tan siquiera se exigirá ninguna clase de título habilitante (ni autorización administrativa ni licencia), bastando una simple comunicación fehaciente a la Autoridad Audiovisual.

De indudable importancia ha sido, pues, la entrada en vigor en 2010 de la LGCA vigente. La misma parte de la plena implantación del principio de neutralidad tecnológica, conforme al cual será indiferente, con vistas a su regulación, si la TV se difunde por el aire, el cable (ADSL incluido) o vía satélite. Del mismo modo, y como se apuntó al hilo del mercado de la difusión de TV, supone un paso más en el camino hacia la liberalización, de manera que los servicios de TV, con la sola excepción de los de titularidad estatal, dejan de ser servicios públicos esenciales para pasar a ser servicios interés general que se prestan en régimen de competencia, con ciertas limitaciones derivadas de la escasez de frecuencias y de la existencia de determinadas obligaciones impuestas a los operadores de TV (Vg., para la protección de la infancia). Como consecuencia, para la prestación de servicios de TV por cable, sobre IP o por satélite bastará con esa simple notificación a la Administración a la que acabamos de hacer referencia. De la LGCA son también interesantes las definiciones de su Art. 2 más estrechamente relacionadas con el mercado que ahora nos ocupa, que es el de la TV de pago:

- 1) **Prestador del servicio de comunicación audiovisual**. Se trata de la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas.
- 2) **Servicios de comunicación audiovisual**. Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales. Los servicios de comunicación audiovisual admitirían diversas modalidades y de ellas las que podrían revestir un mayor interés respecto del mercado de la TV de pago podrían ser:
 - a. ***Servicio de comunicación audiovisual televisiva***. Es el prestado para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.
 - b. ***Servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición***. Es el prestado para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.
 - c. ***Servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o “televisión en movilidad”***. Es el que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil.
 - d. ***Servicios de comunicación audiovisual codificado***. Es aquel cuya recepción debe ser autorizada por el prestador. Se contrapone al servicio de comunicación audiovisual en abierto, que es aquel cuya recepción es libre.
 - e. ***Servicio de comunicación audiovisual de pago***. Se trata de aquellos servicios de comunicación audiovisual y servicios conexos que se realizan por el prestador del servicio de comunicación audiovisual a cambio de contraprestación del consumidor. Esa contraprestación se puede realizar, entre otras, en la forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, ya sea para visionar o escuchar canales, programas o paquetes de programas.

- 3) **Responsabilidad editorial**. Se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas, como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal, de acuerdo con la legislación nacional, por los contenidos o los servicios prestados.
- 4) **Prestador de un servicio de comunicación electrónica que difunde canales de televisión**. La persona física o jurídica prestadora del servicio de comunicación electrónica que ofrezca, conjuntamente con un servicio de acceso a comunicaciones electrónicas, una oferta de canales de televisión que en sus contenidos incluyan películas cinematográficas, películas para televisión o series para televisión, ofrecidas en un paquete seleccionado por el prestador de comunicación electrónica.
- 5) **Prestador de un servicio de catálogo de programas**. Es la persona física o jurídica reconocida como prestador de servicio de comunicación audiovisual en la modalidad de “comunicación audiovisual a petición” que, directa o indirectamente, ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas cinematográficas, películas para televisión y series para televisión en un reproductor fijo, portátil o móvil con acceso a redes de IP.

Hechas las anteriores referencias, bastará, en lo demás, con remitirnos a la exposición, más exhaustiva, que del contenido de la LGCA hicimos al ocuparnos del mercado de los telespectadores y a la que haremos al tratar de las barreras normativas de entrada en este mercado.

d) El mercado de la televisión de pago en el caso de la creación de Cablevisión por Telefónica y Canal Plus (caso Cablevisión)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso Cablevisión

Las principales empresas implicadas en la operación eran (ver Pág. 7 del dictamen del TDC):

- a) **Telefónica**, que era la concesionaria del entonces servicio público de telecomunicaciones (hoy liberalizado).
- b) **Sogecable (Canal Plus)**, que era entonces la única concesionaria en España de un canal privado de televisión de pago emitido por onda hertzianas y emitía la mayor parte de su programación codificada.

No resultarían necesarias más referencias, considerando que las empresas involucradas coincidían, en lo sustancial, con las implicadas en el caso de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* (valdrá con que nos remitamos a lo dicho más adelante).

ii) Reseña general del caso Cablevisión

En el informe emitido por el Tribunal de defensa de la competencia resolviendo en el expediente con referencia C 21/95, el caso examinado fue uno en el que *Telefónica* y *Canal Plus*, por entonces entidad gestora de un canal de pago por ondas hertzianas, protagonizaban un acuerdo estratégico para operar conjuntamente en el segmento industrial de las telecomunicaciones por cable mediante la creación de la sociedad *Cablevisión* cuyo objeto primordial era prestar servicios técnicos, administrativos y comerciales a operadores de TV por cable, además de a las operadoras locales de *Telefónica*.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Cablevisión

El TDC hizo una delimitación previa de mercados potencialmente afectados para luego centrarse, tan sólo, en los considerados relevantes, respecto de los que, más que en hacer un análisis de su estructura - se trataba de mercados emergentes por entonces -, quiso centrarse en un estudio prospectivo sobre posibles restricciones a la competencia en los mismos. Dentro de ellos se encontraba el de la TV de pago.

El TDC fue de la opinión de que el mercado de la TV de pago resultaba ser el más directamente afectado por la operación notificada, desde el mismo momento en que el acuerdo entre *Sogecable* y *Telefónica* podía conducir a que *Canal Plus* cediera su programación codificada como canal *Premium* en beneficio de *Cablevisión*, entidad creada por ambas partes, y de las filiales de *Telefónica* - lo que constituiría una indudable ventaja competitiva para éstas frente a las cableoperadoras, cuyos potenciales clientes vendrían a coincidir en lo sustancial con los que lo eran a la sazón de *Canal Plus* - y, como consecuencia de todo ello, a una práctica restrictiva que el Tribunal no dudó en catalogar de abuso de posición dominante en el mercado de la TV de pago. Aparte, de dicha práctica podía seguirse un cierre del mercado emergente de los servicios de telecomunicaciones por cable a que se hará referencia en su lugar.

e) El mercado de la televisión de pago en el caso de la creación de BiB por BSkyB, BT, Midland Bank y Matsushita (caso BiB)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso BiB

En la Decisión de la Comisión, de 15 de septiembre de 1999, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto IV/36.539 - *British Interactive Broadcasting/Open*) [notificada con el número C (1999) 2935] *Diario Oficial* n° L 312 de 06/12/1999 P. 0001 – 0037, el detalle de las principales partes implicadas era:

- 1) ***BT (British Telecommunications plc)*** era licenciataria para la prestación a particulares y empresas de determinados servicios de telecomunicaciones en el Reino Unido, incluidos los de telefonía local, nacional e internacional, suministrando también el

acceso a algunas de las infraestructuras y equipos necesarios, como las líneas telefónicas conmutadas.

- 2) **BSkyB (British Sky Broadcasting Ltd.)** prestaba servicios de TV de pago analógicos sobre plataforma satelital (servicios *Direct to Home* a través de *Astra*) y de cable en el Reino Unido e Irlanda. *BSkyB* había comenzado, justo antes de la Decisión de la Comisión, a prestar esos servicios también en modalidad digital. *BSkyB* suministraba también los servicios técnicos (acceso condicional) necesarios para la recepción de su señal. *BSkyB* estaba participada casi al 40 % por *News Corporation (Grupo Murdoch)*.
- 3) **Midland (Midland Bank plc.)** era una entidad autorizada por el Banco de Inglaterra para proporcionar una amplia gama de servicios bancarios en Reino Unido. Estaba integrada en *Hongkong and Shanghai Banking Corporation (HSBC) Holdings plc*, uno de los grupos más importantes a escala mundial en la prestación de servicios bancarios y financieros.
- 4) **Matsushita [Matsushita Electric Industrial Co. Ltd y, su filial para Europa, Matsushita Electric Europe (Headquarters) Limited]** era un fabricante de productos eléctricos y electrónicos que también suministraba el soporte lógico asociado a los mismos y tecnologías de la información para usos industriales y comerciales.

ii) Reseña general del caso BiB

La DG 4 de la Comisión, en su decisión de 15 de septiembre de 1999, hubo de dictaminar en un supuesto que era el de cuatro compañías, a saber, una prestadora de servicios de telecomunicaciones (*BT*), una entidad bancaria (*Midland Bank*), una tercera dedicada a la prestación de servicios de TV (*BSkyB*) y la última especializada en el diseño de productos electrónicos y suministro de tecnología asociada (*Matsushita*) que se concertaban para la creación de una empresa (*BiB*) prestadora de servicios digitales interactivos de pago a consumidores del Reino Unido de naturaleza diversa, Vg.: operaciones con bancos, supermercados y agencias de viaje, votaciones en concursos televisivos, publicidad interactiva, telecarga de juegos, enseñanza en línea, correo electrónico, acceso a una serie limitada de páginas web protegidas facilitadas por terceros o servicios públicos.

La DG4 analizó y examinó el juego de la competencia, además de en el mercado que ahora consideramos de la TV de pago, en los siguientes: servicios de TV digital interactiva, suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV de pago y servicios técnicos, administrativos y comerciales para la TV de pago y para la TV interactiva digital.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso BiB

El análisis de este mercado pasaba por identificar a los operadores de TV que en él se desenvolvían y por calibrar su peso o posición en el mismo. En cuanto a lo primero, y sin ello suponer una salida del ámbito considerado de la TV de pago, se imponía distinguir según que la transmisión fuera por satélite, cable o tierra.

- 1) Empezando por la difusión vía **satélite**, aún sería necesaria otra distinción, en concreto, la consistente en diferenciar los servicios analógicos de los digitales. Los primeros, los

de TV **analógica** por satélite, se ofrecían, principalmente, por *BSkyB* que poseía y operaba a través de 13 canales, a saber, 6 básicos, 6 de cine o deportes y el último de pago por visión. Aparte lo anterior, la propia *BSkyB* tenía el control de otros 11 canales más a través de empresas en participación con terceros. En cuanto a los servicios **digitales** de TV por satélite, *BSkyB* había comenzado a prestarlos el 1 de octubre de 1998 a través de unos 200 canales. Ambas clases de servicios televisivos por satélite, analógicos y digitales, eran prestados a través de *Astra* y, tal vez, la diferencia más destacable entre ambos fuera la de que mientras que los analógicos se encontraban disponibles para el Reino Unido e Irlanda, los digitales no lo estaban para esta última.

- 2) La DG 4 también examinó el segmento de la difusión por **cable**. De los varios operadores que funcionaban en el Reino Unido en el momento de plantearse la operación, los tres más importantes eran *Cable & Wireless Communications*, *Telewest* y *NTL*. De todos, algunos habían anunciado el comienzo o habían comenzado de forma efectiva a prestar servicios de TV digital de pago en 1999. En el Reino Unido, como en España antes de entrar en vigor la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, las cableoperadoras debían contar con un título habilitante referido a cada una de las distintas demarcaciones en que pretendían prestar sus servicios. A fecha 1 de julio de 1998, algo más del 75 % de los hogares británicos disponían de un aparato de TV con una licencia relativa al cable, pero tan sólo un 48 % de esos mismos hogares estaban efectivamente conectados a una red de cable, siendo la previsión la de que, en un horizonte temporal de 5 años, este último porcentaje pasara a ser del 70 %. En claro contraste con la situación de otros estados europeos, en UK la red de cable había sido concebida para prestar servicios tanto de TV como de telefonía y los cableoperadores ofrecían ambas clases de servicios. Lo anterior se había logrado extendiendo hilo telefónico a la vez que se desplegaba la red de TV por cable. Las ventajas derivadas de esta combinación parecían ser la razón fundamental de la suscripción de los abonados también a la TV de pago por cable, hasta el punto de que un 82 % de aquellos habían contratado los dos servicios.

En España, una filosofía parecida es la que sirve de inspiración en nuestras leyes recientes a la disposición adicional quinta de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la Sociedad de la Información. En ella, citando su Exposición de Motivos, *“se establece la obligación de que en la elaboración de los proyectos de obras de construcción de carreteras o de infraestructuras ferroviarias se prevea la instalación de canalizaciones para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas a lo largo de toda la longitud de las mismas y del equipamiento para asegurar la cobertura de comunicaciones móviles en todo su recorrido. Estas canalizaciones deberán ponerse a disposición de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas interesados en condiciones equitativas, no discriminatorias, neutrales y orientadas a costes”*. Se trataría, en fin, de atenuar las barreras de entrada de carácter económico asociadas al tendido de infraestructuras.

- 3) Por último, los servicios de TV digital de pago **terrestre** habían empezado a ser prestados el 15 de noviembre de 1998 por *ONdigital* (antes *British Digital Broadcasting*). La oferta inicial se limitaba, por razones técnicas ausentes en el caso del satélite y del cable, a 15 canales en total, comprendiendo esta cifra tanto los básicos como los de suplemento. De todos esos canales, algunos le eran suministrados por sus matrices y los de cine y deportes por *BSkyB* bajo contrato.

En cuanto a la segunda de las cuestiones anunciadas al comienzo de este epígrafe de la posición en el mercado de la TV de pago de los diferentes operadores, prácticamente ningún dato se revelaba en la decisión por razones de confidencialidad. En términos globales, sí se resaltó que, a 30 de junio de 1998, aproximadamente una cuarta parte de los hogares del Reino Unido se hallaba abonado a un servicio de TV de pago, además de pagar la tasa impuesta para acceder a los cinco canales terrestres de TV disponibles en abierto.

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago (y en el superpuesto de la televisión digital interactiva) en el caso BiB

El contenido algo atropellado de la resolución de la Comisión a este respecto exigiría ser ordenado a fin de permitir una exposición sistemática y por mercados delimitados del juego de la competencia. Vaya en todo caso por delante que la autoridad europea dejó bien sentado que una valoración global del acuerdo permitía la conclusión de que el desenvolvimiento de la competencia iba a resultar seriamente dañado.

Aun siendo los de la TV interactiva y de pago mercados separados, según resulta de los epígrafes que dedicamos en la tesis al análisis de uno y otro mercado, a los solos efectos del presente que dedicamos al juego de la competencia resultaría complicado desligarlos, toda vez que el soporte material y técnico de ambos servicios con alguna matización era el mismo. Se trataría, en fin, de mercados diferenciados, pero estrechamente relacionados.

Como puntos esenciales del acuerdo notificado a los efectos del presente epígrafe cabría destacar los siguientes:

- 1) Hasta tanto poseyeran acciones en *BiB* y, aun después durante dos años, las partes quedarían imposibilitadas para explotar una plataforma que suministrara en el Reino Unido servicios de TV interactiva digital a través de cualquier medio de difusión y también para poseer participación superior al 20 % en una empresa que pudiera tener el mismo objeto.
- 2) Cualquiera de dichas partes que deseara suministrar servicios de TV interactiva digital a través de banda ancha sólo podría hacerlo tras ofrecer a *BiB* la oportunidad de ejercitar un derecho de prioridad o adquisición preferente que esta última tendría a tal efecto concedido.
- 3) Se pactaba que el precio de suscripción a los servicios de TV de pago digital vía satélite de *BSkyB*, soporte físico y lógico de los de TV interactiva, no podría ser más alto que el de los analógicos para así estimular la contratación de aquellos otros.
- 4) *BSkyB* tendría que realizar importantes inversiones para la promoción de sus servicios de TV de pago digital por satélite y procurar que la programación difundida por canal satélite analógico lo fuera simultáneamente a través del digital por satélite.
- 5) También se pactaba que *BiB* hubiera, por su parte, de invertir gran parte de su presupuesto para publicidad en TV digital y que la publicidad de los servicios de *BiB* tendiera a confundirse con la de los de la propia *BSkyB*.

- 6) Las partes negociarían un acuerdo para que *BT* prestara a *BiB* todos los servicios de telecomunicaciones que esta última pudiera necesitar hasta transcurridos tres años de su lanzamiento.

A la luz de estos acuerdos, la Comisión concluyó que la participación de *BSkyB* y *BT* en *BiB* suponía una restricción apreciable de la competencia en el mercado de los servicios de TV interactiva digital que afectaba al comercio entre Estados miembros.

Ello era así porque, antes de la creación de *BiB*, *BT* y *BSkyB*, sus matrices, eran competidoras potenciales en la prestación de los referidos servicios de TV interactiva digital, pues ambas disponían de los recursos necesarios para desarrollarlos. Lo anterior se explicaba por el proceso de convergencia tecnológica que permitía a *BT* y al resto de los operadores de telecomunicaciones prestar el *triple play* con el añadido de los servicios interactivos. En el caso de *BSkyB*, su infraestructura física y lógica, como se ha venido apuntando, coincidiría en lo esencial con la necesaria para prestar servicios de TV interactiva. De otra parte, la necesidad de disponer de contenidos *Premium* como gancho para los servicios de pago haría, dada la fuerte posición de *BSkyB* en el mercado de los mismos, improbable la entrada de un nuevo operador en satélite y además colocaría a las cableoperadoras y a *Ondigital*, activa en TV digital terrestre, en una situación de fuerte dependencia respecto de la propia *BSkyB*.

Las partes argumentaron ante la Comisión que era necesaria una base mínima de un millón de abonados para obtener las escalas necesarias para la prestación de los servicios de TV digital interactiva. También subrayaron que las ventajas competitivas de que disfrutaban los cableoperadores eran evidentes y que, tras el reagrupamiento del sector, las redes de cable resultantes en el Reino Unido – *Cable & Wireless Communications*, *NTL* y *Telewest* – cubrían cada una más de un millón de hogares aparte de contar con la capacidad bidireccional necesaria, sin necesidad de adaptaciones, para la prestación de los servicios de TV digital interactiva.

Un proceso similar se dio en España con la integración de *ONO* y *AUNA*. Estos dos, que eran los dos cableoperadores de mayor envergadura, emprendieron una carrera en la que fueron integrando cada uno por separado a otros cableoperadores de menor tamaño (p.e., *ONO* adquirió al cableoperador de Castilla y León, *Retecal*, y *AUNA* al de Navarra, *Tenaria*). Terminado este proceso de integración de otros cableoperadores más pequeños, se planteó una pugna entre *ONO* y *AUNA* por ver quién adquiriría a quien, pugna que terminó de dirimirse mediante la adquisición de *AUNA* por *ONO*.

Basándose sobre todo en este poder de mercado de los operadores de cable, la Comisión decidió conceder la exención prevista en el entonces Art. 81.3 del Tratado, entendiendo que se cumplían los requisitos impuestos por ese mismo precepto.

No obstante, dada la fuerte posición de *BT* y *BSkyB* en mercados cercanos y vinculados al propio de *BiB* y protegidos por fuertes barreras de entrada, la DG4 consideró justificada la imposición de condiciones de las que tal vez la más importante, en lo que a estos dos mercados complementarios, TV de pago y TV interactiva, se refiere, fuera la descrita a continuación. Consistía ésta en que *BT* no se expandiera en el sector del cable con el fin de preservar la posición de los operadores existentes sobre la base de razonamientos que, en síntesis, fueron los siguientes.

Los cableoperadores disponían de capacidad potencial para competir con *BT* en el mercado de las telecomunicaciones y con *BiB* en la prestación de servicios de TV interactiva digital. *BT* copaba el 86 % de las líneas fijas telefónicas en uso y su red telefónica pública conmutada (RTPC) era la única que cubría todo el país. Si *BT* quisiera expandirse en el sector del cable y al tiempo entrar en *BiB*, podría no tener incentivos para prestar a través de sus redes servicios de TV interactiva digital ni para facilitar el acceso a los terceros (cableoperadores) con el mismo fin.

f) El mercado de la televisión de pago en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso Vía Digital

Una cabal comprensión del sentido y alcance de la operación pasaría por una identificación previa de todos los agentes económicos involucrados en la misma. El detalle de estos sería:

- 1) **Sogecable**. Sociedad constituida en 1989, ostentaba todo el capital social y explotaba el canal de pago de tecnología analógica *Canal +* en virtud de una de las tres concesiones de TV privada otorgadas al amparo de la Ley 10/1988, además de la plataforma de TV digital por satélite *Canal Satélite Digital* en la que era titular de un 83'25 % del capital social. También operaba en los mercados de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, contenidos Premium deportivos y cinematográficos, canales temáticos y obras audiovisuales para TV.
- 2) **Prisa (Promotora de Informaciones)**. Era un grupo español de medios de comunicación con intereses en los sectores de prensa, editorial, radiofónico y de TV de pago. Por ilustrar con datos lo anterior, *Prisa* contaba entre sus publicaciones el diario *El País*, la financiera *Cinco Días* y la deportiva *As*, además de ser propietaria de *Santillana*, dedicada a la publicación de libros educativos y generales, y de ser titular de la radio cadena de cobertura estatal *SER*. *Prisa* estaba directamente controlada por *Promotora de Publicaciones* e indirectamente por *Timón* controlada, a su vez, por una persona natural, don Jesús de Polanco Gutiérrez.
- 3) **Groupe Canal +**. Aparecía como la cabecera de la división europea de cine y TV del grupo *Vivendi Universal*, desarrollando sus actividades en el segmento de la TV de pago terrenal, por satélite y cable, la producción y comercialización de canales temáticos para TV de pago, obras audiovisuales y películas y la adquisición y venta de derechos deportivos. A través de *Canal + Technologies* venía desarrollando y dedicándose al suministro de *software* de acceso condicional y de aplicaciones interactivas. Todas las acciones de *Groupe Canal +* eran propiedad de *Vivendi Universal*, que no estaba controlada ni directa ni indirectamente por ninguna persona física o jurídica y que era sociedad cotizada en la Bolsa de Nueva York y en el *Euronext* de París.
- 4) **Vivendi Universal**. Era la compañía resultante de la integración de la antes también denominada *Vivendi*, de *Canal +* y de las ramas de música, cine y TV de *Seagram*. Operaba en el sector de la música a través de *Universal Music Group*, en TV, en cine a través de *Canal +* y *Universal Studios*, en telecomunicaciones mediante *Cegetel* y

Vivendi Telecom International, en Internet por medio de *Vivendi Universal Net*, en el campo editorial mediante *Vivendi Universal Publishing* y en medio ambiente a través de *Vivendi Environment*.

- 5) **DTS Distribuidora de Televisión Digital**. Giraba en el tráfico como *Vía Digital* y era la compañía objetivo en toda esta operación cuya actividad se centraba en gestionar la plataforma de TV digital de su titularidad y operar en el mercado audiovisual.
- 6) **Admira**. Socio mayoritario de *Vía Digital*, agrupaba y gestionaba las participaciones de *Telefónica* en el mercado audiovisual y en éste era una de las mayores compañías en el mundo del habla hispano-portuguesa. Su caracterización como principal proveedor de contenidos de *Telefónica* darían un especial relieve a su papel dado el entorno de convergencia tecnológica que implicaba el *triple play*.
- 7) **Telefónica**. Era el operador de telecomunicaciones líder en el mundo de habla hispano-portuguesa y el segundo europeo por capitalización bursátil.

ii) Reseña general del caso *Vía Digital*

Aún sin abandonar la sistemática que venimos siguiendo, nos dedicaremos con un mayor detenimiento al estudio de los casos de concentración empresarial verificados en el mercado de la TV de pago en España, integración de *Vía Digital* en *Sogecable* (Expediente de concentración económica C74/02 *Sogecable/Vía Digital*), y en Italia, concentración de *Stream* y de *Telepiù*. La proximidad geográfica y temporal de estas operaciones y la similitud de los mercados italiano y español de la TV de pago justificarían un análisis más pausado que el realizado para otros supuestos de concentración empresarial.

Con carácter previo al análisis de los mercados y del juego de la competencia en ellos, avanzar, a fin de ponernos en situación, la delimitación de mercados hecha por el Tribunal en los siguientes términos: **(i)** mercado relevante de la TV de pago, que absorbería, para comprender dentro de sí, a sus accesorios (servicios de TV interactiva digital y servicios técnicos, administrativos y comerciales); **(ii)** mercado afectado de los contenidos *Premium* deportivos (fútbol); **(iii)** mercado afectado de los contenidos *Premium* cinematográficos (producciones de los *majors*) en primera y segunda ventana; **(iv)** mercado afectado de los canales temáticos; **(v)** mercado afectado de las obras audiovisuales para TV; **(vi)** mercado afectado de la “prestación de servicios de telecomunicaciones”.

Teniendo bien presente el papel de cada uno de los operadores involucrados en la operación realizada más arriba, sería ya posible pasar a la descripción de ésta. La operación notificada consistía, en síntesis, en la integración de la plataforma multicanal de TV de pago *Vía Digital* en *Sogecable*.

La forma de articular esta integración pasaba por una ampliación de capital en *Sogecable* tras la que *Admira*, *Prisa* y *Groupe Canal* + quedarían en ella con participaciones iguales del 16,38 %. Además, *Telefónica*, a través de *Admira*, dispondría de un número, entonces no desvelado, de representantes en el nuevo Consejo de administración de *Sogecable*, aparte de reservarse el nombramiento de su Presidente. Por último, *Groupe Canal* + y *Prisa*, en virtud de pacto de accionistas de fecha 28 de junio de 1999, mantendrían el control conjunto sobre *Sogecable*.

En la operación podían diferenciarse dos grandes hitos. Uno primero consistía en la propuesta de ampliación de capital en *Sogecable*, que tendría como sus destinatarios a los socios a la sazón de *Vía Digital*, de los que el mayoritario era *Admira* con un 48,627 % del capital social, comprometida a arrastrar en la suscripción a los demás, quienes suscribirían las acciones emitidas mediante la aportación de sus títulos de participación social en la propia *Vía Digital*. En virtud del segundo hito, la participación indirecta de *Admira* en *Audiovisual Sport (AVS)*, empresa en participación por entonces controlada de forma conjunta por *Sogecable*, la misma *Admira* y *Televisió de Catalunya*, sería objeto de adquisición por *Sogecable*.

Tras ser, de forma inicial, la operación notificada a la Comisión Europea, el expediente fue recabado por las autoridades españolas de la competencia conforme a lo dispuesto en el Art. 9 del Reglamento del Consejo 4064/1989. Del texto de éste se desprendía que podría la Comisión remitir el caso a las autoridades competentes del Estado miembro, para que aplicaran la legislación sobre competencia de dicho Estado, cuando la operación amenazara con crear o reforzar una posición dominante de la que resultara la obstaculización de manera significativa de una competencia efectiva en un mercado interior del Estado miembro que presentara los caracteres de un mercado definido.

Verificada que fue la anterior remisión, una nota sucinta elaborada a propósito de los extremos fundamentales del caso, conforme ordenaba el Art. 14 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, de desarrollo de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, fue girada a las empresas implicadas en la operación, proveedores de contenidos, asociaciones de productores de contenidos audiovisuales, asociaciones de proveedores de acceso a Internet, organizaciones de consumidores y al Consejo de Consumidores y Usuarios (en total, fueron declaradas parte interesada unas 30 entidades).

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso Vía Digital

Las referencias hechas por el TDC al mercado mundial de la TV de pago no serían de tanto interés, habida cuenta que el geográfico de referencia era, como se dijo, el nacional. En lo que hace al mercado español de la TV de pago, comenzar por una breve reseña de la historia anterior a la operación que ofrecerá la perspectiva necesaria para pasar a abordar otras cuestiones.

Canal + analógico terrestre mantuvo el monopolio en el mercado de la TV de pago desde 1990, en que comenzó a funcionar, hasta 1997, en que aparecieron las dos plataformas de difusión de TV digital por satélite: *Canal Satélite Digital* de *Sogecable* y *Vía Digital* de *Telefónica*. Este estado de cosas vino a completarse con la entrada en escena de los operadores de cable, con capacidad para el desarrollo del triple juego, y de un único operador de TV digital terrestre, *Quiero TV*, finalmente disuelta y en liquidación.

Concluyendo, y partiendo de estos datos, en España en el momento de notificarse el proyecto de concentración, la oferta de TV de pago procedía de *Canal +* (TV analógica terrestre) y *Canal Satélite Digital* (TV digital vía satélite), ambos pertenecientes al grupo *Sogecable*, *Vía Digital* (difusión digital por satélite) propiedad del grupo *Telefónica* y las diferentes operadoras de cable.

Las operadoras de TV digital vía cable eran *ONO* (Comunidad Valenciana, Murcia, Albacete capital, Huelva, Cádiz, Puerto de Santa María, Baleares y Cantabria); *Aunacable*, que agrupaba a *Madritel*, *Cable de Aragón*, *Canarias Telecom*, *Menta de Cataluña* y *Supercable* de Andalucía; la *Asociación de Operadores de Cable (AOC)*, que agrupaba a *Euskaltel* y a los operadores de Asturias, Castilla-León, La Rioja y Navarra y a otras cableoperadoras locales. Posteriormente a esta operación, tendría lugar un proceso de integración de la inmensa mayoría de todos los anteriores cableoperadores en *ONO*.

En cuanto a las características de la oferta de TV de pago procedente de las dos plataformas de TV digital vía satélite involucradas en la operación, ambas tenían cobertura en todo el territorio nacional y era similar la estructura de su oferta basada en un canal *Premium*, canales temáticos, canales de pago por visión y servicios interactivos.

En contenidos *Premium*, *Canal Satélite Digital* poseía el derecho a retransmitir en exclusiva un partido de fútbol por cada jornada de la Liga española de Primera División y otro de segunda división y contaba también con los derechos para la explotación en exclusiva de las películas de siete grandes estudios en primera y segunda ventana (*Universal*, *Paramount*, *Columbia*, *Disney*, *Dreamworks*, *Fox* y *Warner*). Por su parte, *Vía Digital* poseía los derechos en exclusiva para la explotación de las películas del otro gran estudio en primera ventana (*Metro Goldwyn Mayer*).

La oferta de canales temáticos internacionales de ambas plataformas era similar, en tanto que los nacionales eran de producción propia, en el caso de *Sogecable*, y adquiridos de terceros en el de *Vía Digital*. Existía, en fin, un importante grado de integración vertical en las dos plataformas que, además de proporcionar los servicios de TV de pago, se dedicaban a la producción y distribución de cine y a la edición y comercialización de canales temáticos.

La demanda de TV de pago estaba integrada por todos aquellos telespectadores abonados a alguno de los canales de pago antes enumerados y que en el año 2001 supusieron más de 3,5 millones, los cuales eran, además, la primera fuente de ingresos, toda vez que los procedentes de la publicidad sólo suponían el 4 % de los de *Sogecable* y el 1,9 % de los de *Vía Digital*. El mercado potencial de la TV de pago lo componían todos los hogares españoles que, según los datos del *Instituto Nacional de Estadística*, eran 13,6 millones. El grado de penetración de la TV de pago en nuestro país a diciembre de 2001 era del 25,6 %. Este nivel de penetración era inferior al de algunos países europeos como Reino Unido (48,1 %), Francia (36,4 %) o Alemania (64,4 %), pero superior al de otros como Italia. No obstante, las estimaciones realizadas y que constaban en el expediente transmitían que el nivel de penetración para España en el 2006 sería del 50 %, el mayor crecimiento de Europa.

Eran datos del Informe anual de la CMT que *Sogecable* y *Vía Digital*, sumaban 2.823.787 abonados, un 79,6 % de todos los existentes en España, de los que correspondían a *Canal Satélite Digital* un 34,7 %, a *Vía Digital* un 22,7 % y a *Canal +* un 22,2 %. Los porcentajes correspondientes a los operadores de cable y a *Quiero TV* eran, respectivamente, un 16,6 % y un 3,7 %.

En el periodo comprendido entre 1996 y 2001, los abonados a TV de pago se habían incrementado a un ritmo del 19,8 % y los ingresos al del 34,4 %, siendo estas tasas de crecimiento superiores a las de Reino Unido, Alemania, Francia o Italia. La tasa de crecimiento habría sido superior en el caso de *Vía Digital*, un 83 % para el periodo comprendido entre 1999 y 2001, que en el de *Sogecable*, un 51 % para el mismo periodo.

Aparte, la tasa de crecimiento del volumen de abonados a los operadores de cable había sido mucho mayor, un 466 % para el citado periodo de 1999 a 2001, que el de las plataformas por satélite, un 62,4 % para idéntico periodo, y aún cabía esperar una intensificación de esta tendencia a medida que fueran culminando con el despliegue de su red y pudiendo centrarse en un ámbito más comercial.

En cuanto a los operadores de cable, hoy prácticamente todos fusionados en *ONO*, desde 1998 habían comenzado a desarrollarse en España invirtiendo grandes cantidades en tendido de redes e infraestructura. Su oferta contaba con una ventaja competitiva importante, pues comprendía la tripleta de servicios y otras utilidades adicionales como la mayor posibilidad de ofrecer vídeo a la carta, acceso a Internet de alta velocidad y mejores servicios interactivos.

Estas ventajas se habían visto en alguna medida neutralizadas por las que ostentaban las plataformas por satélite en cuanto a los contenidos, debidas a su calidad de primeros entrantes en el mercado y donde se cifraban sus mayores costes. De hecho, esta última circunstancia había tornado a los cableoperadores en unos meros transportadores de contenidos ajenos, siendo sus principales ingresos los procedentes de telefonía y acceso a Internet.

La oferta de TV de pago vía cable en España estaba compuesta por diversas plataformas multicanal que operaban a lo largo de la geografía nacional y cuya cobertura venía determinada por los criterios territoriales de la concesión correspondiente, sin que ninguna cubriera más del 15 % del territorio español. La oferta en TV de pago de los diferentes operadores de cable era similar: canales generalistas y temáticos adquiridos, principalmente, de *Sogecable* y de *Vía Digital*, servicios de pago por visión y servicios interactivos. El dato esencial era, pues, el de que carecían de producción propia.

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso Vía Digital

(1) Consideraciones generales sobre juego de la competencia

Su carácter de primer entrante le valió a *Sogecable*, a través de *Canal +*, el acceder a los contenidos más atractivos y el adquirir una importante base de abonados en un corto periodo de tiempo. De aquí se derivó para la misma *Sogecable* un fuerte poder de negociación de cara a la adquisición de nuevos contenidos *Premium* que se vio aún intensificado a raíz de la irrupción en el mercado de *Canal Satélite Digital*.

Partiendo de los datos recabados por la CMT, y que con detalle se han dejado reflejados en el epígrafe anterior, la plataforma resultante de la fusión coparía el mercado de la TV de pago con más de 2.800.000 abonados, dato que traducido en cuota de mercado suponía la del 80 %. La operación significaba erigir a *Canal Satélite Digital* en la única plataforma de TV de pago vía satélite en nuestro país y respetar como su única competencia a los operadores de cable en las demarcaciones geográficas en las que hubieran resultado adjudicatarios de las concesiones correspondientes y efectivamente desplegado las infraestructuras adecuadas, lo que era tanto como decir el 33 % de los hogares españoles.

Situaciones muy similares llegaron a darse también en otros mercados. La Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América del Norte rechazó el 10 de octubre de 2002 la concentración propuesta por *Echostar* y *HughesDirectTV*, las dos mayores empresas de televisión por satélite que hasta entonces competían entre sí y con los operadores de cable.

Entre los argumentos expuestos como base del rechazo se encontraba el de que la concentración crearía un duopolio en las áreas territoriales ya servidas por los operadores de cable, en las que el número de competidores descendería de tres a dos, mientras que en casi todas las demás áreas, rurales sobre todo, la operación crearía un verdadero monopolio, no siendo el designio de las Leyes *antitrust* facilitar las concentraciones que derivasen en duopolios, especialmente en mercados caracterizados por altas barreras de entrada, ya que sus efectos se traducen en menor competencia, mayores precios, menos innovación y menores beneficios para los consumidores.

Concluía la Comisión Federal norteamericana resumiendo, a través de las declaraciones concordantes de sus miembros, que todo ello suponía “*la antítesis de lo que el interés público demanda*” y que, de aprobar la operación, “*estaríamos eliminando lo que existe de competencia en un sector para favorecer algo que [...] se parece mucho a un monopolio*” (la cita es de Espín Templado en su voto particular a la STS 7.11.05 (RJ 2005\7427).

Así las cosas, en el caso *Via Digital*, *Sogecable* quedaría en posición elevar los precios en aquellas áreas territoriales en las que, al no competir con el cable, disfrutara de una situación de monopolio y ajustarlos en aquellas otras en las que hubiera de afrontar dicha competencia, con lo que todo ello podría suponer de grave perturbación de la unidad del mercado en perjuicio de la transparencia y el bienestar del consumidor final.

Con ser claro lo anterior, el TDC se encargó, no obstante, de matizarlo en el sentido de que el juego de precios quedaría limitado, modulado cuando menos, por el hecho de que la demanda de los servicios de TV de pago fuera muy sensible al precio y a la calidad de la oferta de TV en abierto. Por otro lado, la posición en el mercado de la empresa resultante de la concentración no tendría carácter estructural o duradero atendiendo al dato de que, el segmento de la TV de pago vía satélite, no presentaría importantes barreras que pudieran tornarse en impedimento a la entrada de nuevos competidores salvo, por descontado, las derivadas de los costes de acceso a los contenidos *Premium*.

La parte notificante insistió, no obstante, en la inexistencia, sobre la nueva plataforma de TV, de un control conjunto ejercido por la propia *Sogecable* con *Telefónica*, desde el mismo momento en que ésta última cedía el que de hecho había venido disfrutando en *Via Digital* sin adquirir, como contrapartida, un poder de decisión determinante en *Sogecable* con quien, por otro lado, habría de entrar en competencia a través de su proyecto de TV por ADSL, caso de prosperar el mismo. A éste, ya de por sí importante factor de competencia en el mercado de la TV de pago, habría aún que añadir el constituido por la oferta de servicios procedente de los cableoperadores y de la TV en abierto.

(2) Las eficiencias asociadas a la operación

Sobre las posibles eficiencias de la operación, y partiendo de los razonamientos del TDC, podía resaltarse lo siguiente. El mercado de la TV de pago se caracterizaba por unos elevados costes fijos o hundidos derivados de la necesidad de adquirir contenidos, en el caso de la difusión vía satélite, y de extender el cableado, en el de la transmisión por cable.

Además, los costes incrementales tendían a reducirse de forma que, una vez adquiridos los contenidos o desplegada la infraestructura de red y rebasado cierta cifra o umbral de abonados, los costes para ofrecerlos a una mayor cantidad de éstos se hacían sensiblemente inferiores. En otras palabras, a partir de cierto número de usuarios suscritos se obtenían las necesarias economías de escala.

Los operadores de TV de pago competían en el mercado ascendente de la adquisición de contenidos y en el descendente de la captación de abonados. Ambos mercados se encontraban interrelacionados y entre los dos existía interacción, pues unos mejores contenidos redundaban en un incremento del número de abonados, y éste incremento era lo normal que fuera a traducirse en unos mayores ingresos bastantes a propiciar la adquisición de más contenidos *Premium*.

En España, a cinco años vista de su creación, ninguna de las plataformas había conseguido entrar en beneficios y rebasar los umbrales de masa crítica de abonados. El mercado español era relativamente pequeño, 13,6 millones de hogares y niveles de penetración rondando el 25,6 %, y, ciertamente, de dimensión inferior, atendiendo a estos parámetros, a los de otros países de su entorno como Alemania, Reino Unido o Francia. Partiendo de lo anterior, la fusión propuesta se revelaba como medio de rebasar los niveles de rentabilidad referidos.

En lo económico, las alegaciones de *Sogecable* partían de un informe encargado a *Nera Economic Consulting* en el que se destacaba la necesidad de mantener las exclusivas en contenidos a fin de hacer frente a las ventajas de otras tecnologías. En el informe se hacía referencia a que no sólo se soportaban pérdidas desde cinco años ha, sino que además las mismas serían insostenibles. Mientras que las pérdidas acumuladas de *Canal Satélite* eran de 414 millones de euros, las de *Vía Digital* eran de 1.932 millones de euros.

Partiendo de las previsiones de ingresos y gastos de la plataforma de *Telefónica*, tendría ésta un VAN (valor actual neto; cantidad de dinero que vale hoy una corriente futura de ingresos y gastos como, por ejemplo, un proyecto de inversión o una empresa) negativo de 771 millones de euros. La consultora apuntaba a que los proyectos con VAN negativo no eran rentables ni debían acometerse desde el punto de vista económico. El valor actual neto de la futura *Sogecable* sería de 4.998 millones de euros; su tasa de crecimiento anual de abonados sería del 11,48 % anual y la de sus ingresos del 14,04 %. Igualmente, por ejemplo, en el asunto *Newscorp/Telepiù*, el informe de expertos (*JPMorgan*) sobre la viabilidad financiera de *Stream SpA* mostraba que *Stream* no era financieramente viable como negocio independiente en el futuro próximo y que, sin una financiación continua de sus dos accionistas, se vería forzada a la quiebra en la primera mitad de 2003.

De lo anterior que la notificante reprodujera, en alguna medida, las argumentaciones en torno a la *failing firm* vertidas por las partes ante la autoridad italiana de la competencia, apuntando que en el mercado español, dada la imposibilidad de los puros operadores de TV de pago de diferenciarse entre sí, quedarían éstos obligados a compartir clientela sin

posibilidades de expansión por lo que su oferta estaría abocada a ceder frente a la de los servicios integrados procedente de los cableoperadores. A la vista de lo anterior, se planteaba como única vía de escape la de la fusión de las operadoras, máxime considerando la existencia de costes por contenidos que impedirían entrar en umbrales de rentabilidad con respecto a cada abonado.

Ante este estado de cosas, la previsión del TDC fue la de que la nueva plataforma adquiriría mejores contenidos y rebajaría precios con el fin de obtener las escalas necesarias para entrar en una dinámica de rentabilidad. La operación incrementaría la cuota de abonados hasta niveles del 80 %, según informes de la CMT de 2001, y generaría eficiencias económicas para la plataforma de TV resultante ya con una cifra de clientes rayana en la masa crítica.

A partir de aquí se abriría el camino de la entrada en beneficios merced a la conversión de los costes fijos relacionados con la adquisición de derechos sobre contenidos *Premium* en costes variables y al buen aprovechamiento de las economías de escala propias de este modelo de negocio. La nueva plataforma estaría incentivada – siempre según criterio del TDC - para trasladar a los consumidores estas mayores eficiencias a través, tanto de una reducción de precios como de una mejora de contenidos, dado que esta política comercial le permitiría seguir ganando cuota en un mercado con tasas de penetración relativamente bajas.

El TDC, con estos antecedentes, terminó por sentar la conclusión de que los efectos negativos de la operación propuesta sobre el juego de la competencia podían ser revertidos mediante la imposición de una serie de condiciones. La filosofía que había de inspirar tales condiciones debía ser la de que, para configurar un ámbito competitivo en el sector audiovisual y garantizar el mantenimiento del pluralismo informativo en los medios de comunicación, la nueva plataforma de TV tenía que ser concebida como un sistema abierto y accesible para productores y distribuidores independientes.

(3) Condiciones impuestas por el TDC para preservar el juego de la competencia

Sobre la base de lo expuesto en los anteriores epígrafes y de lo que se dirá con respecto a cada concreto mercado en otras partes de este trabajo, terminó el TDC por dictaminar que existía el riesgo de que la operación pudiera obstaculizar el juego de la competencia en el mercado de la TV de pago y que, por esta razón, la autorización de la concentración había de subordinarse a diez condiciones, cuyo cumplimiento debía dejarse a la supervisión de la CMT, las cuales admitirían ser sintetizadas en lo más importante y sistematizarse atendiendo al mercado al que más directamente afectaban.

De las diez, la que directamente iba referida al mercado de la TV de pago era la consistente en que *Sogecable* se comprometiera a no cargar a los abonados de *Canal Satélite Digital* o *Vía Digital* ningún coste relativo a la integración de estas dos plataformas y a mantener una política de precios uniforme para todo el territorio nacional, sin distinción de zonas en función de la presencia o no en ellas de operadores de cable.

Esta condición encontró su reflejo en las condiciones 17ª y 18ª del posterior Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 conforme a las que:

“Decimoséptima: Sogecable no podrá repercutir sobre los abonados de Canal Satélite Digital o Vía Digital ningún coste relativo a la integración de estas dos plataformas y

deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional, sin discriminar entre zonas con o sin presencia de operadores de cable.

Décimooctava. *Durante el plazo de cuatro años desde el presente acuerdo, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios por encima de un límite fijado como IPC-X, siendo IPC el límite superior objetivo de inflación del Banco Central Europeo para el año correspondiente y X un porcentaje que será determinado con carácter anual atendiendo a la evolución, estructura competitiva y demás características de los mercados afectados. En todo caso, Sogecable no podrá incrementar los precios cobrados a los abonados por la prestación de sus servicios durante el año 2003”.*

Además del resto de condiciones, que serán abordadas al tratar de los diferentes mercados, las condiciones 20ª a 24ª del referido Acuerdo tenían un valor, sobre todo, instrumental e iban referidas a aspectos como: **(i)** la presentación del Plan de Actuaciones por parte de *Sogecable* ante el Servicio de Defensa de la Competencia; **(ii)** la incorporación al mismo de un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de conflictos entre *Sogecable* y los terceros con los que pudiera llegar a contratar que, a falta de acuerdo, se encomendaría a la CMT; **(iii)** la emisión por la CMT de un informe anual sobre cumplimiento de condiciones y, sobre la base del mismo, la actuación del Servicio de Defensa de la Competencia con vistas a garantizar el cumplimiento de condiciones; **(iv)** la fijación también por el Servicio de Defensa de la Competencia del valor para el parámetro X de la condición decimoctava; **(v)** la fijación de un plazo de duración de 5 años para las condiciones que no tuvieran señalado un término especial de duración.

Frente a las condiciones 17ª y 18ª, además de otras, se interpuso recurso contencioso-administrativo por varios interesados, todos ellos desestimados (véanse: STS 7.11.05, RJ 2005\7664, Ponente Óscar González: desestimando el recurso contencioso-administrativo núm. 32/2003 planteado por las entidades *Sogecable, SA, Telefónica, SA y DTS, Distribuidora de Televisión Digital, SL* / STS 7.11.05, RJ 2005\7427, Ponente Óscar González: desestimando el recurso contencioso-administrativo núm. 33/2003 deducido por la entidad mercantil *Gestevisión Telecinco, SA* / STS 3.10.06, RJ 2006\6651, Ponente Óscar González: desestimando el recurso contencioso-administrativo 38/2003 deducido por la entidad mercantil *Auna Telecomunicaciones, SA* / STS 7.11.05, RJ 2005\7718, Ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza: desestimando los recursos contencioso-administrativos acumulados – 65/2003 y otro - deducidos por las entidades mercantiles *Buena Vista Internacional, Inc* y *The Walt Disney Company Iberia, SL*).

Refundiendo las argumentaciones del Alto Tribunal podría observarse lo siguiente. Entre las dos posibilidades que preveían los apartados b) y c) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, a la sazón vigente, resultaba menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación, de modo que esta última únicamente cabía acordarla cuando, a través de las condiciones, fuera imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia. El determinar cuándo se daba esta imposibilidad y cuándo no, así como cuáles fueran las condiciones a aplicar en este último supuesto, era cuestión que correspondía al Gobierno, que en este campo actuaba con criterios de discrecionalidad.

No significaba lo anterior que la discrecionalidad fuera tan absoluta como para permitir la arbitrariedad, pues, como señalaba la propia sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2002 (RJ 2002\9844) (caso *Prosegur/Blindados del Norte*), “La validez, en principio, de esta

modalidad de Acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a derecho de su contenido". En el mismo sentido se había manifestado la sentencia de 9 de junio de 2000 (RJ 2001\450) (caso *Unión Radio*), al indicar que se trataba de *"un acto administrativo cuyo control jurisdiccional se atribuye en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa"*. El Gobierno, tenía el deber de motivar el acto y de expresar los criterios seguidos para tomar su decisión y, sólo en el caso de ser esos criterios arbitrarios, irracionales o manifiestamente erróneos, cabía la intervención de los Tribunales a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establecía para el control de la discrecionalidad, pero sin que, en ningún caso, pudieran sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998\1741). Era ésta también la postura que en relación con los acuerdos sobre concentraciones adoptados por la Comisión Europea había mantenido el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias de 6 de junio de 2002 (TJCE 2002\187) (apartados 26 y 32) y 30 de septiembre de 2003 (TJCE 2003\433) (apartado 119).

En el caso concreto de la condición 18^a, aún siendo cierto que el TDC había afirmado que la operación iba entrañar eficiencias para los consumidores, pues la nueva plataforma estaría en disposición de rebajar los precios aplicados a estos, también lo era que las mismas no iban a ser inmediatas, siendo ésta la razón de que, por un plazo de cuatro años, se considerara oportuno evitar la elevación de precios. Esto, junto con el hecho de que en el caso *Prosegur/Blindados* las entidades financieras contaran con un poder de compra del que carecían los abonados a TV de pago, determinaba la inaplicabilidad de la doctrina derivada de este pronunciamiento.

Para una visión crítica del planteamiento del TS en este caso, probablemente, la mejor fuente a la que acudir fuera el voto particular formulado por uno de sus magistrados (Espín Templado). La línea argumental era la de que dicha cláusula era exorbitante y desproporcionada a la finalidad perseguida, en la medida en que incidía sobre la libertad empresarial restringiendo la facultad de las empresas para decidir su política empresarial y de precios en el marco de la libre competencia dentro de un sector que no se encontraba intervenido. Había, en fin, *"otras medidas menos gravosas encaminadas al mismo fin (en este caso la repercusión de las eficiencias a los usuarios), como podrían serlo las establecidas en la condición decimoséptima y en el párrafo segundo de la condición decimoctava –congelación de precios durante 2003, mucho más moderada–, o una notificación de cualquier modificación de los precios al Servicio de Defensa de la Competencia para que este organismo pudiera valorar su pertinencia"*.

(4) Reflexiones críticas sobre el juego de la competencia a partir de los votos particulares

De las opiniones discrepantes hechas votos particulares en el dictamen del TDC (Castañeda, Comenge, Martínez Arévalo, Muriel, Franch Meneu), conforme a las que los efectos negativos de la operación sobre la competencia no serían susceptibles de ser revertidos mediante condiciones, podrían extraerse ciertas consideraciones que a continuación pasamos a exponer por su carácter ilustrador.

Así, para el mercado de TV de pago se quisieron destacar las siguientes cifras referidas a la nueva plataforma y consecuencia directa de la operación: un 80 % de abonados, el 95 % por cuantía de ingresos, un índice HH de 10.000 (monopolio perfecto) en la mayor parte del

territorio español donde el cable no estaba presente y de 8.500 en el resto del país. Lo anterior se apuntaba para acto seguido pasar a resaltar que datos menos concluyentes habían bastado a las autoridades de la competencia para prohibir la operación propuesta por los operadores económicos en reiteradas ocasiones.

Se adujo también la falta en el expediente de datos relativos a los umbrales necesarios para lograr economías de escala por parte de los operadores de TV. De otra parte, las economías de alcance que la notificante pretendía atribuir a los cableoperadores, con sustento en el argumento de que éstos podían distribuir sus costes fijos entre los diferentes servicios prestados (telefonía, acceso a Internet y TV de pago), se hallaban – se decía - severamente recortadas por su dependencia de *Telefónica* para la terminación de llamada y de las plataformas digitales para la obtención de contenidos valiosos para TV de pago.

También se argumentó en el sentido de que la tan traída y llevada saturación del mercado podía ser remediada mediante una política de rebaja de precios con la que ganar abonados y que, de hecho, esta política era la que había permitido a *Vía Digital* obtener más cuota de mercado en detrimento de *Sogecable*.

Respecto de la aplicabilidad de la doctrina de la firma desfalleciente, conforme a la que el resultado de la operación propuesta resultaba irrelevante desde el punto de vista de la competencia ya que, en todo caso, uno de los competidores, con toda seguridad *Vía Digital*, se vería abocado a desaparecer del mercado, se descartó por lo siguiente.

Para empezar, la situación financiera de *Telefónica* hacía inaplicable dicha teoría a *Vía Digital*. Por lo demás, postular dicha doctrina en el caso a examen era hasta cierto punto falaz y soslayaba que a una eventual desaparición de *Vía Digital* seguiría la liberación de importantes activos, tanto físicos como intangibles (derechos de transmisión), los que, tras su adquisición, habilitarían a otros operadores para irrumpir en el mercado, así como que de la misma resultaría igualmente la desvinculación de los 800.000 suscriptores de los servicios de dicha empresa, que así se tornarían en clientes potenciales de esos otros operadores. De ahí que desde la perspectiva de la libre concurrencia no resultara indiferente que el hipotético abandono del negocio por parte de *Vía Digital* se articulara a través de su absorción por su principal competidor o merced al natural desenvolvimiento de los mecanismos propios del mercado.

Tampoco existían motivos para entender que la plataforma resultante de la operación hubiera de tener incentivos para trasladar a los consumidores las mayores eficiencias – se expusieron más arriba - derivadas de la misma. Se hacía referencia al excedente de los consumidores. Como dicen Gutiérrez, I., y Padilla A. J., en “*Tratado de Derecho de la Competencia*” (Dir. Beneyto Pérez, J.M., y Coord. Maillo González Orús; Tomo I; Pág 11; Primera Edición; Bosch; Barcelona, 2005): “*Como ya hemos mencionado, los consumidores derivan utilidad de los consumos que realizan. La diferencia entre lo que un consumidor estaría dispuesto a pagar por consumir un bien y lo que finalmente paga se denomina excedente del consumidor*”. Pues bien, según esos vocales discrepantes, la teoría del monopolio enseñaba que éste tiende a apropiarse del eventual excedente que pudiera aprovechar al consumidor y, en el concreto caso de la operación notificada, nada permitía pensar que las cosas fueran a ser distintas.

Cierto que, antes de la fusión propuesta, la situación imperante en el mercado era la del duopolio y que ésta, por esa misma naturaleza, distaba de ser la de perfecta concurrencia de

todos los agentes del mercado, pero ello no permitía desconocer que en un régimen duopolístico quedaba siempre un importante margen para el juego de la competencia lo que, desde luego, no acontecía en el monopolio.

Además, no cabría, siendo razonables, pedir a una autoridad administrativa como era la de la competencia la definición de condiciones bastantes a compensar los efectos de la operación sobre hasta doce mercados distintos, con mayor razón si se consideraba que la legislación española de la competencia, a diferencia de la europea no preveía consultas a las partes interesadas sobre esas posibles condiciones.

Así pues, el efecto combinado de una elevadísima cuota de mercado de la empresa resultante de la operación junto con las fuertes barreras de entrada existentes, letal para la competencia, resultante de la concentración, persistiría aún a pesar de las condiciones propuestas.

La posición en el mercado de la empresa resultante se haría dominante a la par que inexpugnable. De aquí se seguirían importantes restricciones para la competencia desde el mismo momento en que la empresa gestora de la nueva plataforma quedaría con capacidad de limitar el poder de elección de los usuarios, restringir la demanda de los contenidos suministrados por proveedores distintos a los de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos e incrementar la dependencia de sus competidores, el cable, con respecto a los contenidos que tendría, no sólo en exclusiva, sino acumulados en una sola empresa.

La operación, que provocaría un cambio estructural tan perjudicial para la competencia y que afectaría a tantos mercados conexos en la creación, distribución y explotación del producto audiovisual, podría incrementar la eficiencia de la empresa resultante, pero, en ausencia de competencia efectiva, no supondría transmisión de esas eficiencias ni de beneficio alguno a los usuarios.

Realmente, ese traslado de eficiencias casi sólo cabría imaginarlo en situaciones de monopolio cuando no existan barreras de entrada que impidan el acceso al mercado, lo que no sería el caso. En esas situaciones, como dice Pascual y Vicente, J. [*“La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy”*, 207 GJ, 14 (mayo/junio 2000)], el monopolista sólo podrá mantener su cuota de mercado siendo absolutamente eficiente y trasladando a los consumidores y clientes esas eficiencias en términos de calidad, cantidad, precio o innovación, a fin de evitar la entrada de competidores potenciales. Por eso, sin barreras de entrada, sólo perdurarán los monopolios que no obtengan rentas extraordinarias de su posición privilegiada porque, en otro caso, nuevas empresas accederán al mercado.

No era, en fin, posible imponer condiciones que pudieran compensar el deterioro de la competencia que la operación suponía sin desnaturalizar su objeto (Vg. la exclusión de *Telefónica* de la empresa resultante o la cesión de derechos exclusivos sobre contenidos esenciales a empresas competidoras) o incurrir en una dudosa acción reguladora del mercado mediante la imposición de códigos de conducta, labor que no correspondía al TDC.

En la misma línea de este voto particular que comentamos parecen apuntar ciertas consideraciones de los autores (Briones y otros, Op. Cit., Pág 275): *“La Comisión no tiene, sin embargo, poder para imponer unilateralmente ningún tipo de condiciones a las partes. Esto es, la Comisión no puede rediseñar por iniciativa propia la operación notificada. Sólo puede imponer condiciones o modificaciones a la operación notificada una vez que las*

partes han propuesto esas condiciones, con vistas a solucionar el problema de competencia identificado por la Comisión”.

Se decía, finalmente, que, yendo más allá de lo estrictamente mercantil, la necesidad de toda sociedad libre de disponer de una pluralidad de ofertas informativas y de contenidos audiovisuales podía, en opinión de alguno de los vocales discrepantes, verse amenazada por una posición de fuerte dominio en TV de pago por satélite que podía llegar a generar estrategias de concertación con la emisión en abierto (este temor pudo, hasta cierto punto, verse acentuado con la posterior apertura de *Cuatro*).

Al hilo de esto último cabría también hacer algunas citas. Para Hamelink (“*World Communication. Disempowerment & Self Powerment*”, Londres, Zed Books, 1995, Pág. 90): *“la oligopolización en la industria de la comunicación tiende a socavar el derecho civil y político de la libertad de expresión. Este es el caso cuando la concentración hace disminuir el número de canales que los ciudadanos pueden usar para expresar o recibir opiniones. En mercados oligopolísticos es mucho más fácil para intereses que los controlan rechazar la distribución de ciertas emisiones [...] La cuestión clave es si la consolidación crea condiciones estructurales adecuadas para la libertad efectiva de comunicación”.*

También, entre nuestra doctrina, se ha ocupado de esta problemática el profesor De la Quadra-Salcedo (Vid. T. De la Quadra-Salcedo, “*Informe preliminar sobre el régimen jurídico del audiovisual*”, elaborado para el Seminario sobre el Régimen Jurídico del Audiovisual, Barcelona, 26/27.11.1998, p. 55.), para quien una de las cuestiones cruciales en esta materia “*consiste en determinar cuál es la proporción adecuada de concentración en una sociedad globalizada, para, sin renunciar a la dimensión óptima necesaria en una actividad como la audiovisual, evitar el dominio de la información, la formación de la opinión y de la cultura en manos de unos pocos*”. Y del mismo modo, el profesor Sánchez Tabernero (Vid. A. Sánchez Tabernero y otros, “*Concentración de la comunicación en Europa*”, 1993, p. 30.), quien destaca la necesidad de controlar las concentraciones que se produzcan en este sector, y de prohibir aquéllas que tengan como efecto e incluso como objeto la reducción de la competencia en este mercado o/y la disminución del número de voces distintas que participan en el debate y, por consiguiente, de la diversidad de opiniones.

También en su sentencia relativa al caso de *Antena 3 de Radio SA/Sociedad Española de Radiodifusión SA/Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A.*, de 9 de junio de 2000, el Tribunal Supremo, confirmando las apreciaciones del TDC, sentó que la concentración dentro del sector de los medios de comunicación social debía ser examinada no sólo a la luz del principio de libertad de empresa derivado del Art. 38, sino además a la de la libertad de expresión del Art. 20 de la CE, en cuanto que garantía del pluralismo sobre el que debe cimentarse todo Estado Democrático.

En UK podría citarse el asunto *Newspaper Publishing* (*Newspaper Publishing*, decisión de 14-3-1994, asunto IV/M.423; V. Briones/Folguera/Font/Navarro: “*El control ...*”; Págs. 333 y Ss.). Se trataba de la adquisición de una empresa editora de un periódico británico por parte de un consorcio internacional formado por periódicos británicos y holdings españoles e italianos activos en el sector de los medios de comunicación. A pesar de que la operación había sido notificada a la Comisión Europea, las autoridades británicas de la competencia justificaron su intervención invocando la excepción de pluralidad de medios, la necesidad de preservar la objetividad en la presentación de las noticias o la libertad de expresión. Siguiendo el principio general de “*utilizar el medio menos restrictivo para la consecución*

del fin perseguido”, la Comisión exigió a las autoridades británicas en su decisión de autorización ser informada de cualquier condición a la que considerasen apropiado someter la operación.

g) El mercado de la televisión de pago en el caso de la integración de Stream en Telepiù (caso Stream)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso Stream

En el procedimiento n. 10716 de que conoció la autoridad italiana de la competencia – *L’Autorita’Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) – la reseña de las diferentes partes intervinientes, necesaria para entender la dimensión y alcance de la operación, era la siguiente:

1. **Groupe Canal + (Canal +)**. Era la entidad adquirente, activa en la producción de programas para TV y en la distribución de servicios televisivos de pago en Francia, Bélgica, Holanda, Italia, España y los países escandinavos y también de productos cinematográficos y audiovisuales a través de dos compañías instrumentales, a saber, *Studiocanal* y *Universal Studios*. *Groupe Canal +* estaba bajo el control de *Vivendi Universal*, sociedad por acciones del derecho francés, acciones dispersas entre una multitud de accionistas, ninguno de los cuales ostentaba una participación superior al 6,1 % del capital social. *Vivendi* estaba presente en el sector de las comunicaciones, editorial, de los productos y servicios multimedia y del entretenimiento. *Vivendi*, a través de *Canal +*, era también, ya vimos, uno de los operadores involucrados en la fusión planteada en España.
2. **Telepiù Spa (Telepiù)**. Era una sociedad controlada por *Canal +* que operaba en Italia desde 1991 emitiendo TV de pago, difundiendo programas con tecnología analógica terrestre y, a partir de 1996, con tecnología digital vía satélite y por cable. Además, *Telepiù*, de forma experimental, transmitía en alguna zona del territorio nacional también en modalidad digital terrestre. *Telepiù* ofrecía los canales producidos tanto por *Canal +*, como por otras sociedades junto con otros servicios varios de pago por visión y de TV interactiva. *Telepiù* controlaba también diversas sociedades, alguna de las cuales como *Europa TV Spa* y *Prima TV Spa* producían y editaban canales, incluidos los deportivos, con valor *Premium*, al margen de ser titulares de distintos derechos televisivos. Otra compañía controlada por *Telepiù*, *Atena Servizi Spa*, operaba en la gestión de servicios técnico-administrativos para la plataforma digital y adquiría derechos de transmisión sobre canales producidos por otras sociedades para ponerlos a disposición del público. De lo anterior resultaría que el papel y posición en el mercado de *Telepiù* resultaría ser muy similar al desempeñado por *Sogecable* en el caso español, con la particularidad de que ésta última, a diferencia de aquella otra, no tenía entonces presencia en los sectores de la prestación de servicios de TV digital terrestre y por cable.
3. **Stream Spa (Stream)**. Era la compañía objetivo, constituida inicialmente bajo la denominación de *Stet Spa* en el año 93 con el fin de desarrollar y proveer servicios multimedia interactivos. *Stream* se encontraba controlada conjuntamente por *News Publishing Australia Limited (Npal)*, sociedad del grupo encabezado por *The News Corporation Limited (Newscorp)*, y por *Telecom. Italia Spa (Telecom.Italia)*. *Stream*

ofrecía una serie de canales digitales de TV de pago y de pago por visión y servicios de TV interactiva como el video bajo demanda o la banca y la compra a domicilio. El núcleo de su actividad estaba constituido por la provisión de servicios de TV vía satélite y, en menor medida, vía cable. *Stream* detentaba el 51 % de *Team TV Spa* que transmitía vía satélite programas de TV local e información internacional. *Newscorp* controlaba la *Fox Entertainment Group Inc.*, activa en el desarrollo, producción y distribución de obras cinematográficas, programas televisivos y canales temáticos. De lo anterior resultaría que el papel desempeñado por *Stream* en la fusión digital italiana habría sido muy similar al de *Vía Digital* en el caso español, con la particularidad de la presencia en el capital de la propia *Stream* no ya sólo del operador nacional de telecomunicaciones (como ocurría en nuestro país), sino además de *Newscorp* a través de *Npal*, y con la de que *Vía Digital* no funcionaba en la prestación de servicios de TV por cable (sí *Stream*).

Desde mediados de 2000, *Stream* estaba controlada conjuntamente y a partes iguales por *Newscorp* y *Telecom Italia*. Este control conjunto fue autorizado por la Comisión (Asunto COMP/M.1978 - *Telecom Italia/News Television/Stream* de 29 de junio de 2000³³).

ii) Reseña general del caso Stream

El caso italiano de integración de las plataformas digitales de TV de pago, *Stream* y *Telepiù*, fue una fiel reproducción de la fusión en España de las plataformas de TV por satélite (o al revés) y respondió al mismo entorno macroeconómico de crisis descrito al analizar el sector de la radiodifusión televisiva en Europa. La delimitación y análisis de los mercados y del juego de la competencia realizados por la autoridad italiana de la competencia no fueron, ni con mucho, tan pormenorizados como los verificados por el TDC español. Estas circunstancias justifican una mayor dedicación a este caso italiano que a otros europeos, aunque sin llegar a los niveles del caso español.

La operación notificada consistía en la adquisición por parte de *Canal +* del cien por cien del accionariado de *Stream*. Con carácter previo, estaba previsto que *Npal* adquiriera la participación consistente en el 50 % de las acciones de *Stream* detentada por *Telecom. Italia*. La operación se instrumentaba a través de dos acuerdos: uno, el principal, denominado *Share Purchase Agreement* y suscrito por *Canal +* y *Vivendi Universal*, de una parte, y *Newscorp* y *Npal*, de la otra; otro, el llamado *TI Agreement*, firmado por *Telecom. Italia* y *Npal*, que regulaba la posibilidad para la primera de vender su participación en *Stream* a *Newscorp*, acuerdo, este segundo, que incorporaba un documento, con la rúbrica de *Business Integration Letter*, suscrito por los representantes de *Canal +*, *Newscorp* y *Telecom. Italia*.

De la descripción que se deja expuesta resultaría, tal vez, una mayor sencillez de la operación y también un menor alcance que en el caso español, habida cuenta que en este último estaría más presente el factor de integración de contenidos y transmisión (redes y servicios) merced a la participación de *Telefónica* en el accionariado de *Sogecable*, con lo que la concentración habría de alcanzar también al naciente mercado de la prestación de los servicios globales de telecomunicaciones.

³³ Publicada en el sitio Internet de la Comisión: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

La operación comportaba la adquisición del control de una empresa y, en cuanto tal, suponía una concentración en el sentido del Art. 5 de la Ley 287/90 italiana, sujeta a la obligación de comunicación previa impuesta por el Art. 16 de esa misma Ley.

Los términos de la operación planteada ante la autoridad italiana de la competencia no eran coincidentes exactamente con los de la que, tiempo después, llegaría a plantearse ante la Comisión (Diario Oficial n° L 110 de 16/04/2004 p. 0073 - 0125; Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003 por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y el Acuerdo EEE, Asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*). En aquel caso, era *Canal + (Grupo Vivendi)* quién adquiriría *Stream*, mientras que, en este último, los términos de la operación se invertían para que fuera *Newscorp (Grupo Murdoch)* la que adquiriese *Telepiù*.

Lo anterior era consecuencia de haber desistido *Grupo Vivendi* de la operación inicialmente autorizada, bajo condiciones, por la autoridad italiana de la competencia. El resultado de la operación llegaría a ser, no obstante, el mismo, a saber, el de la integración de ambas compañías, *Telepiù Spa* y *Stream Spa* en una sola plataforma de TV de pago por satélite.

Existía, además, otra diferencia importante, a saber: mientras que, al plantearse la operación de la autoridad nacional de la competencia italiana, *Telecom Italia*, el incumbente italiano de telecomunicaciones, desinvertía en la nueva plataforma, al hacerlo ante la Comisión, este operador histórico de telecomunicaciones quedaba con una participación minoritaria del 19,9 % en la nueva plataforma integrada de TV de pago por satélite (el otro 80,1 % correspondía a *Newscorp*).

La Comisión identificó también el mercado de la TV de pago, no sin advertir que la digitalización de la TV en abierto contribuiría a difuminar las diferencias entre ambos mercados. En lo que se refiere a este mercado principal de la TV de pago, sus conclusiones fueron coincidentes con las de la AGCM: la operación entrañaría la creación de un cuasimonopolio en el mercado italiano de la TV de pago.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso Stream

La principal diferencia con respecto al pronunciamiento del TDC radicaría en que la AGCM no hizo una delimitación de mercados tan nítida como la realizada por aquél, de modo que, prácticamente, vino a conformarse con la identificación de la TV de pago como mercado dotado de sustantividad con respecto al de la TV en abierto, recurriendo a razonamientos idénticos a los de la autoridad española, para, a continuación, centrarse en su análisis y en el juego de la competencia en él.

En su resolución, el órgano italiano comenzó por sentar el dato de que los principales medios de difusión de TV de pago en Italia eran, como en España, cable y satélite, en tanto que la TV digital terrenal, aún en fase experimental (en el momento de dictarse la resolución, tan sólo dos operadores prestaban en Europa estos servicios de TV digital terrenal: *Quiero TV* en España e *ITV* en el Reino Unido), era previsible pudiera cobrar relevancia una vez superada esa fase, tomando en cuenta que gran parte de los países europeos se habían mostrado proclives a promocionar el desarrollo de ese modo de difusión televisiva. La razón de esto último residía en que, frente al cable y al satélite, la TV digital terrenal no exigía para su instalación ni cableado ni parabólica, sino sólo un decodificador acompañado, en algunos casos, de una sencilla adaptación de la antena convencional.

En difusión digital terrenal, *Telepiù* era titular de una de las dos licencias - la otra pertenecía a la *RAI* - de carácter experimental que le había permitido ya realizar emisiones de prueba en un ámbito geográfico limitado. A diferencia del caso español, el papel de los cableoperadores tenía, en el mercado italiano de la TV de pago, carácter marginal, razón por la que la prestación de servicios televisivos a través de este medio se desarrollaba principalmente por las mismas *Stream* y *Telepiù* y no por cableoperadores independientes.

Otro dato de importancia en el mercado de la TV de pago en Italia, subrayado por la AGCM, era el del valor residual de la publicidad como fuente de ingresos, en 2000 un 4 % de lo facturado. Este dato vendría a coincidir con el mismo pero referido al mercado español y contrastaría con los de otros mercados, europeos (UK) o no (USA).

En cuanto a la estructura de la oferta de TV de pago, resultaba ser idéntica a la existente en el caso español, a saber, canales *Premium*, canales temáticos, canales de pago por visión, con la salvedad de que la AGCM integró también dentro de esa estructura de oferta el apartado correspondiente a los servicios de TV interactiva (a los que el TDC no dispensó mayor atención).

Respecto de estos últimos, insistió en que eran de importancia reducida y en que apenas si quedaban constreñidos a información general, guía de programación, ocio y tiempo libre y banca a domicilio, pero también anunció que resultaba previsible su desarrollo hasta el punto de abarcar los de *home shopping*, publicidad, servicios financieros avanzados y, en general, bienes, servicios y contenidos de lo más variopinto provenientes de diferentes proveedores. De esta manera, servicios interactivos y de telecomunicaciones tradicionalmente prestados a través del cable podrían serlo en el futuro a través de las otras plataformas (satélite y ondas hertzianas).

El mercado nacional de la TV de pago estaba, como el español, presidido por la existencia de relevantes costes fijos, representativos de casi un 80 % de los totales, tales como los de amortización o los derivados del empleo de infraestructuras técnicas (vg. la adquisición de capacidad de transpondedor o de la infraestructura de *hardware* y *software* necesaria para la transmisión y para la gestión de abonados), de los que los más importantes eran los llamados costes de programación, casi un 60 % de los totales, derivados de la necesaria adquisición de derechos sobre programas y contenidos. Así, los costes globales soportados por ambos operadores por la adquisición de derechos rayaron en 2000 los 1.600.000 millones de liras. Paralelamente, este mercado se caracterizaba por la presencia de fuertes economías de escala, pero siempre supeditadas a la superación del *break even point* o punto de inflexión.

Otra de las características definitorias de este mercado sería la de la existencia de tasas de penetración bajas, más incluso que las del mercado español. En los cuatro años siguientes a la fecha en que ambos operadores habían lanzado los servicios de TV por satélite, la dimensión del mercado de la TV de pago, en términos de abonados, había llegado a duplicarse. Aún así, el número de éstos en el mercado italiano seguía siendo inferior al de otros de su mismo entorno como el francés, español o británico. A fines de 2001, el número de usuarios en Italia superaba en poco los dos millones y medio y la tasa de penetración en las familias italianas apenas si se situaba entre el 10 % y el 14 % de los hogares, frente al 25 %, Vg., del mercado francés.

El mercado de la TV de pago en Italia presentaba como principal característica, común al caso español, la presencia de dos solos operadores: *Telepiù* y *Stream*:

1. **Telepiù**. En los tres años anteriores al momento de plantearse la operación, *Telepiù* había visto crecer su base de abonados desde un millón hasta un millón y medio. Sin embargo, la irrupción de *Stream* en el mercado de la TV de pago supuso una mayor competencia a la hora de adquirir contenidos para TV de pago y pago por visión y un correlativo incremento de costes hasta el punto de que la retribución anual satisfecha por *Telepiù* por la adquisición de los referidos derechos había llegado a duplicarse entre 1998 y 2000. Con este estado de cosas y en un momento también de expansión de su cifra de clientes, *Telepiù* registró a fines de 2000 una pérdida neta superior a los 800.000 millones de liras.

En el momento de plantearse la operación la tasa de penetración de *Telepiù* no rebasaba el 8 % y su cuota de mercado parecía ya no crecer. Y lo que era más, en los ocho primeros meses del año 2001, la tasa de crecimiento de abonados se había tornado negativa. En este contexto, las previsiones de *Telepiù* en punto a la ruptura del *break even point*, punto de inflexión superado el cual sería ya posible entrar en economías de escala o alcance, se situaban en un horizonte temporal de 10 años, perspectiva ésta que resultaba inaceptable.

2. **Stream**. En cuanto a *Stream*, pese a haber sido fundada en 1993 con vocación de proveer la más amplia gama de servicios multimedia de carácter interactivo como, Vg., los de pago por visión, vídeo bajo demanda o banca y compra a domicilio, hasta el final de 1997 su estrategia comercial se había venido enfocando hacia nichos de mercado bien definidos y concretos. En ese momento, fines del 97, *Stream* contaba con 46.000 abonados conectados vía cable. Mediado el 98, la compañía se lanzó a la prestación de servicios por satélite, lo que supuso un cambio en su orientación para centrarse en el mercado nacional de la TV de pago. Este cambio de filosofía llevó aparejado un relanzamiento comercial y una nueva campaña de *marketing* que hicieron necesarias fuertes inversiones en publicidad y, así, de 30.000 millones de liras en costes publicitarios en 1998 se pasaron a más de 100.000 en 2000.

De aquí se siguió también un decidido fortalecimiento de la red de ventas y, más importante, la adquisición de contenidos con valor *Premium*. Además, *Stream* optó por una política de precios especialmente agresiva con lo que el precio de su abono básico era ya en 2000 notablemente más bajo que el de *Telepiù*. Consecuencia de lo anterior era que dicha compañía hubiera comenzado a imponerse, que en 1998 el índice de notoriedad de la marca *Stream* hubiera superado el 30 % y el 70 % en 1999, que su ritmo de facturación en el bienio 1999/2000 hubiera aumentado hasta una tasa media anual del 200 % y que su base de abonados se hubiera incrementado de forma significativa.

En el contexto de crecimiento que en los años anteriores a la operación había venido presidiendo el sector de la TV de pago en Italia, la cuota de mercado por número de abonados correspondiente a *Stream* había pasado del 8 % a fines de 1998 al 30 % en 2001. Esta evolución recordaba, sin duda, a la de *Vía Digital* en España, que, merced también a una política de rebaja de precios, había conseguido ir ganando cuota de mercado frente a su competidora *Sogecable*.

Paralelamente, a lo anterior habría seguido un aumento sensible de sus costes fijos y también un incremento de sus pérdidas que en neto pasaron de ser 337.000 millones de liras en 1998 a 687.000 millones en 2000. Y ello como consecuencia, fundamentalmente, de los elevados costes de programación y de adquisición de derechos sobre contenidos para TV de pago y de pago por visión, sobre todo los deportivos que en el 2000 representaban más del 60 % de tales costes y que pasaron de 74.000 millones de liras en el 98 a 589.000 en el 2000.

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso Stream

(1) Argumentación de las partes y de los terceros sobre el juego de la competencia

La línea de su argumentación vino a coincidir en lo sustancial con la de los razonamientos de *Sogecable* en el caso español. Así, las partes adujeron que los graves desequilibrios que presentaban las cuentas de las dos compañías se debían, en parte, a la reducida dimensión de cada una de las dos por separado. Supuesta la base de abonados de que disfrutaban cada una de ellas y de la que era previsible disfrutaran en el medio plazo, no era probable que ninguna de las dos entrara en economías de escala bastantes a superar los costes medios por abonado y a propiciar una rentabilización del capital invertido. Así, el mercado nacional no parecía ser lo bastante amplio como para admitir a dos operadores, de donde se seguiría la más que probable desaparición de uno de los dos.

Lo anterior ponía en evidencia una dificultad estructural del mercado de la TV de pago, común a todos los europeos, en el que su evolución natural habría de conducir a la presencia de un único operador, entre otros motivos, por la existencia de una oferta en abierto especialmente cualificada. Subrayaron que, aún en el caso de no ser autorizada la operación, resultaría imposible evitar la salida o “huída” del mercado de uno de los dos operadores, con toda seguridad *Stream*, y la subsiguiente absorción de su cuota de mercado por parte de la misma *Telepiù*.

En cuanto a la teoría de la *failing firm defense*, tanto *Telepiù* como *Canal +* afirmaron que su aplicación dependía no tanto de la existencia de un estado previo de insolvencia de la compañía objetivo como de que ésta estuviera próxima a salir del mercado, lo que concurría en el caso a examen. En un escenario de pérdidas progresivas como el que se ha venido describiendo resultaba harto improbable que los accionistas persistieran en sus aportaciones y que no terminaran huyendo de la sociedad. Diversamente, y atendidas las economías de escala logradas tras la operación, era dable suponer que en tres años contados de ésta habría sido ya rebasado el *break even point*.

Partiendo de un informe de contraste elaborado por *Lehman Brothers*, resultaba que el plan de negocio elaborado por el Consejo de administración de *Stream* no se había visto confirmado por la realidad posterior y que los datos sobre pérdidas consignados en éste habían resultado ser inferiores en más de tres veces a los reflejados en aquél. El referido plan de negocio se había también revelado inexacto en punto a las previsiones sobre número de abonados. Aparte, todos los intentos conducentes a la venta de la sociedad para su reflatamiento habían resultado insuficientes sin que ninguna de las compañías con las que se

emprendieron tratos a tal fin a lo largo del año anterior a la notificación hubiera mostrado su interés por reanudarlos.

Las partes, en cuanto a los efectos de la operación, insistieron en que éstos no se concretarían en la existencia y consiguiente abuso de una posición dominante por la propia estructura ya expuesta del mercado italiano, la existencia de medios alternativos de difusión y, por último, la fuerte presión competitiva procedente de la TV en abierto y de la propia TV digital terrestre cuyo lanzamiento estaba previsto para 2006. Finalmente, se quiso recalcar que a la concentración seguiría una racionalización de la oferta por ejemplo en cuanto a los partidos de la Liga de que los usuarios podrían disfrutar mediante un único abono.

Diverso fue el parecer de los terceros consultados con respecto a los efectos de orden concurrencial de la concentración propuesta. Dichos terceros pusieron de manifiesto la existencia de fuertes barreras de entrada en lo concerniente a la adquisición de contenidos. Aparte, y en particular, los editores de canales temáticos subrayaron las dificultades que de la existencia de una única plataforma derivaban para su presencia en la misma como consecuencia de la contracción de la demanda de sus productos. De otra parte, los titulares de los derechos sobre los diferentes eventos deportivos quisieron poner de relieve sus reservas ante el fortalecimiento del poder negociador de la nueva plataforma, ya sin competencia.

(2) Valoración de la AGCM sobre el juego de la competencia

(a) La doctrina de la firma desfalleciente

La doctrina de la firma desfalleciente tiene su origen en el derecho norteamericano y, aunque sin apoyo legal fuera de las *Merger Guidelines*, se aplica con las siguientes cuatro condiciones (Knable Gotts, I; Didden, D: “*The Goldilocks Standard: Getting the Antitrust Review Standard «Just Right» for the Telecommunications Industry*”; Verano de 2004; apuntes facilitados para la *Communications and Competition Law Conference 2004* auspiciada por la *International Bar Association*; Págs. 22 y Ss.): (1. ª) la firma no es capaz de atender a sus obligaciones financieras en el futuro cercano o, en otras palabras, la firma es insolvente o está cerca de serlo; (2. ª) la firma es incapaz de reorganizarse bajo la legislación concursal y de quiebras (Capítulo XI de la *Bankruptcy Act*); (3. ª) la empresa ha realizado todos los esfuerzos exigibles desde la buena fe para solicitar ofertas con un menor efecto anticompetitivo, sin que hayan llegado a plantearse soluciones menos dañinas para la competencia que la concentración; (4. ª) Los activos de la empresa abandonarán el mercado en ausencia de la concentración. De las cuatro anteriores condiciones, las tres primeras han sido aceptadas por los Tribunales de Justicia norteamericanos; sin embargo, la cuarta, la prueba de que los activos de la empresa saldrán del mercado, no siempre ha sido objeto de esa aceptación (Knable Gotts, I; Rooney, W.H.; Konoff, J. J.: “*Transactions with financially Distressed Entities*”, 2002).

La aplicación de las anteriores cuatro (o tres) condiciones supone reservar la aplicabilidad de esta doctrina para los casos más extremos en los que la compañía objetivo se encuentra en una situación de debilidad tal que su adquisición vía absorción no tendrá efectos lesivos para el juego de la competencia. Sin embargo, no son pocos los esfuerzos doctrinales que pretenden ampliar la aplicación de esta doctrina a aquellos otros casos en los que la *target company*, aún sin estar en situación de quiebra inminente, obtiene unos beneficios bajos, plantea, a largo plazo, una situación de declive, habiéndose realizado todos los esfuerzos razonables para encontrar un comprador con menos efectos anticompetitivos.

De esta interpretación podría llegar a resultar un beneficio para los consumidores toda vez que, no existiendo un comprador que presente menos efectos anticompetitivos, la única alternativa sería la de dar a los activos un uso muy inferior a su valor (p.e., destinándolos a chatarra). En estos casos la venta al rival reduce la producción mucho menos que las restantes alternativas. Bajo esta interpretación más flexible, lo relevante no será si la empresa va a abandonar el mercado y cuándo, sino cómo de lejos se encuentra de ser considerada como irrelevante en términos competitivos su salida del mercado.

La doctrina de la firma desfalleciente puede permitir ciertas consolidaciones generadoras de eficiencia de ciertos activos de producción de industrias específicas que se plantean esa salida del mercado a través de un uso de menor valor. Lo anterior se explica por el dato de que la salida causara que la demanda deba enfrentar a la firma superviviente recortándose y tornándose menos elástica; conduciendo a un incremento de precio en todo caso, mientras que, en el caso de la adquisición, pueden producirse eficiencias de coste que pueden mitigar este resultado. Esto significa que el precio subirá menos y que la producción crecerá en el caso de que la fusión genere eficiencias, incluso con una firma dominante, lo que no llegaría a darse en el caso de salida [ver Campbell, T. J.: “*The Efficiency of the Failing Company Defense*”, 63 Tex. L. Rev. 265 (1984); Shugart, W. F. & Tollison R. D.: “*The Welfare Basis of the «Failing Company» Doctrine*”, Antitrust Bulletin 362 (1985)].

Como contrapartida, esa misma doctrina puede sin embargo generar costes al retardar la asignación de los recursos a operadores más eficientes, y al permitir que saquen provecho operadores diferentes de esos más eficientes, normalmente los dominantes, que se verán animados a adquirir firmas en situación de crisis, lo que puede llegar a resultar ineficiente desde el punto de vista del Derecho de la competencia. En la medida que la doctrina de la firma desfalleciente no garantiza que los activos sean transferidos a los operadores más eficientes, pueden llegar a producirse situaciones más lesivas incluso para el juego de la competencia que la salida de esos activos fuera del mercado; así si dichos activos llegan engrosar los del monopolista dentro del mercado de referencia (ver Shugart, W. F. & Tollison R. D., *Idem Supra* 363).

Se razona además [Coate M. B.; Kleit A. N.: “*Antitrust Policy for Declining Industries*”, Federal Trade Comisión Working Paper No. 175, 2 (Oct. 1989)] que la doctrina de la firma desfalleciente puede no ser de utilidad en industrias en las que el problema reside en la forma óptima o más eficiente de eliminar capacidad. Destacan que las firmas supervivientes pueden no estar por la labor de adquirir los activos de la firma desfalleciente que cumplan con los estrictos criterios expuestos más arriba para la aplicabilidad de dicha doctrina toda vez que dichos activos serán, probablemente, los que arrojan un peor resultado y se encuentran obsoletos. Permitir una consolidación de los activos que no lleguen a cumplir con esos estrictos criterios puede permitir a industrias que no son las más fuertes combinar sus activos y retirar los menos eficientes del mercado.

A mayor abundamiento, la referida más arriba condición de la quiebra inminente necesariamente lleva a las autoridades de la competencia a centrarse la salida del mercado en el muy corto plazo, cuando ya puede ser tarde. En una industria en declive puede ser posible para los operadores sobrevivir combinando sus factores productivos, aunque las tendencias puedan revelar en el largo plazo un declive de la producción y de la demanda. Impedir la integración con tiempo de antelación porque no se cumplen los estrictos criterios de la *failing*

firm supone penalizar a los consumidores y a los operadores privando de los potenciales beneficios en el largo plazo derivados de la eficiencia asociada a esa integración.

Todos los anteriores esfuerzos doctrinales dirigidos a flexibilizar las estrictas condiciones que para la aplicabilidad de la doctrina de la firma desfalleciente imponen las autoridades norteamericanas y, más aún, como hemos visto, la Comisión Europea, necesariamente han de relacionarse con los debates teóricos en torno a la existencia de una “*efficiency defense*” o también “*General Dynamics Defense*”. No parece que la Comisión, bajo una interpretación rigorista, se plantee siquiera su existencia y, al efecto, observa la doctrina española (Calvo Caravaca y Goñi Urriza; *Ídem Supra*; Pág. 279): “*Parece que la Comisión europea no admite en la evaluación de la autorización de las concentraciones lo que en Derecho antitrust norteamericano se llama la efficiency defence cuya vigencia se duda desde la sentencia General Dynamics (U.S. v. General Dynamics, 415 U.S. 486 (1974) y A. FISHER/R. LANDE, «Efficiency Considerations in Merger Enforcement», California Law Review, 1983, p. 1580). Además, el artículo 2 del Reglamento 4064/89 no lo incluye como criterio para valorar la compatibilidad de la operación notificada con el mercado común (Vid. artículos 2.1 b), y el preámbulo, núm. 13, Dec. Com. de 18 enero 1991, Asunto IV/M.09, AT & T/NCR, en EC merger control repórter, vol. 1, pp. 45-51, conocr. considerandos 28-30; Dec. Com. de 2 octubre 1991, Asunto IV/M.053, Aerospatale-Alenia/De Havilland, DOCE L 334, de 5 diciembre 1991, núm. 65-71 y Dec. Com. de 9 noviembre 1994, Asunto IV/M.922, MSG Media Service, DOCE L 364, de 31 diciembre 1994)*”.

Observan los tratadistas norteamericanos (Knable Gotts, I; Didden, D; *Idem Supra*, Pág. 25 y Ss.) que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció la General Dynamics Defense en 1974 (United States v. *General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 586 (1974) tal y como se aplica por las agencias y se pone en vigor en la sección 1.521 de las *Merger Guidelines*, reconociendo que las evidencias de representaciones pasadas no dan, por lógica, una visión apropiada de la capacidad de la compañía para competir en el futuro. Bajo la justificación General Dynamics todas las circunstancias deben ser tenidas en cuenta en la valoración de los efectos anticompetitivos de la operación, pero sin tener que tomar en cuenta circunstancias que, más allá de un amplio horizonte temporal, puedan determinar que el significado de la competencia en todo un sector de la industria, más que de una firma dentro de él, pueda estar en peligro. Para esto último debe atenderse a los efectos razonablemente predecibles de las cuotas de mercado y del grado de concentración para fijar el futuro competitivo de una determinada firma, más que a criterios históricos. Atendiendo a esos razonamientos, puede llegar a considerarse que la situación financiera de la firma se encuentra tan dañada que su salida del mercado podría no lesionar el juego de la competencia de forma sustancial.

Sin embargo, se argumenta, la *General Dynamics Defense* no permite que los competidores potenciales sean correctamente valorados, particularmente, si el mercado en que los mismos actúan se considera diferente del mercado más estrecho de producto en que las partes implicadas en la fusión actualmente compiten; máxime considerando el horizonte temporal de dos años para su entrada en el mercado establecido en las *Merger Guidelines*. Por otra parte, este criterio no sólo prescinde del criterio histórico, sino que, además, no permite considerar cuando toda una industria, y no sólo una firma activa dentro de ella, se encuentra deprimida. De esta manera, no permite tener en cuenta que bloqueando la fusión entre empresas activas en un sector deprimido pueda llegar a ocasionarse una subóptima

asignación de recursos y, posiblemente, la ineficiente o dañosa salida de esos recursos del mercado.

Como observa la doctrina patria (Calvo Caravaca, A.L.; Goñi Urriza, N; “*El control de las concentraciones de empresas en Europa*”; Madrid 1999, editado por Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado; Págs. 279 y Ss.), la Comisión aceptó la aplicación de la doctrina de la firma desfalleciente partiendo de la redacción del Art. 2.2 del derogado Reglamento de Concentraciones de 1989 (hoy sería el mismo artículo del vigente Reglamento 139/2004) y de la necesidad de que la operación propuesta sea idónea o susceptible de obstaculizar la competencia de forma significativa, en particular, como consecuencia de la creación o reforzamiento de una posición dominante.

Según su sentencia de 31 de marzo de 1998 en el asunto *Kali und Salz* (Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95: Francia/Comisión), el Tribunal de Justicia dictaminó que una concentración puede considerarse de salvamento si el deterioro de la estructura competitiva resultante de la concentración ocurriría en una forma similar incluso si la concentración no tuviera lugar. Tan sólo en la medida en que tales condiciones fueran satisfechas, sería dable sostener la inconsistencia del nexo causal existente entre la concentración propuesta y la degradación de la estructura del mercado. O lo que es lo mismo, y en palabras del Tribunal de Justicia, sólo en el caso de verificarse todas las condiciones que referiremos quedaría garantizada la plena neutralidad de la operación desde el punto de vista concurrencial. A la mayor laxitud del TJCE, con respecto a la Comisión, a la hora de aplicar la doctrina de la firma desfalleciente se refieren en nuestro país Calvo Caravaca y Goñi Urriza (*Ídem Infra*; Págs. 281 y Ss.): “*El TJCE parece ser más flexible en la aplicación de la excepción de empresa en dificultades que la Comisión*”.

Así pues, partiendo de la doctrina comunitaria sobre la materia, varias eran las condiciones que permitían la aplicación de la citada teoría. La carga de probar su concurrencia incumbía a las partes notificantes. Además, las mismas debían darse cumulativamente o, como observan Calvo Caravaca y Goñi Urriza (*Ídem Infra*, Págs. 280 y Ss.): “*La falta de pruebas de las tres condiciones anteriores hizo que la Comisión no aceptara la aplicación de la doctrina de la empresa en dificultades y prohibiera la operación en el caso Toys «R» Us (Dec. Com. de 26 junio 1997, Asunto IV/M.890, Blokker/Toys «R» Us, DOCE L 316, de 25 noviembre 1997, puntos núm. 109-114)*”. Dichas condiciones eran en fin:

- 1.^a **Salida del mercado.** La empresa cuya adquisición se pretendiera debía tener previsto salir del mercado en un breve lapso de tiempo caso de no ser adquirida por otra.

Al respecto de esta condición, la Comisión, en su decisión posterior (*vid supra*) resumió las argumentaciones de las partes: “*Newscorp sostiene que Stream es actualmente una «empresa en quiebra» que saldrá del mercado si no se produce la concentración porque la lógica económica y empresarial dicta que la decisión de los accionistas de declarar a Stream en quiebra se basa en una comparación del valor neto actual (negativo) de los flujos futuros de efectivo (antes del servicio de la deuda) si siguiera activa con el valor (posiblemente negativo) de la quiebra. Si este valor asociado con la quiebra es superior al de «permanecer en el negocio», entonces la decisión racional es declararse en quiebra dado que no hay perspectivas realistas de que Stream sea rentable como entidad independiente*”.

No obstante, la autoridad de la competencia europea, soslayó estas argumentaciones aplicando un razonamiento similar al de la autoridad italiana de la competencia y relacionado, sobre todo, con la doctrina de la *failing division*: “*Newscorp actúa como sociedad de cartera y Stream solamente supone parte de las actividades económicas y filiales del grupo Newscorp. La retirada de Stream del mercado italiano de televisión de pago tomaría en consecuencia la forma de una decisión de gestión de abandonar una actividad económica cuyo desarrollo no cumplió las expectativas de la dirección de la empresa*”.

- 2.^a **Ausencia de opciones menos restrictivas para el juego de la competencia.** No debía existir otra alternativa con un efecto anticoncurrencial menos intenso o, en otras palabras, no debía haber otro comprador que suscitara menos problemas de competencia.

Los mismos Caravaca y Goñi Urriza proponían: “*Aquí debería incluirse, aunque ni la Comisión ni el TJCE lo han hecho en este caso, el examen sobre la posibilidad de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad en el mercado en el futuro. Este criterio fue el que inclinó la balanza en favor de la incompatibilidad de la operación entre Saint-Gobain, Wackler-Chemie y NOM, ya que la Comisión estimó que la prohibición de la creación de la empresa común concentrativa era la solución menos dañina para el mantenimiento de la competencia efectiva. [Dec. Com. de 4 diciembre 1996 (Asunto IV/M.774, Saint-Gobain/Wackler-Chemie/NOM, DOCE L 247, de 10 septiembre 1997)].*”

También se encuentra una cierta insistencia en la necesidad de que fuera muy débil la posibilidad de reorganizar la compañía bajo la legislación de quiebras en *Citizen Publishing Co. V. United States* [394 U.S. 131 (1969)].

- 3.^a **Asunción por la absorbente de la cuota de mercado de la absorbida.** La cuota de mercado de la empresa próxima a desaparecer habría de ser, en este preciso caso de desaparición, adquirida por la compañía absorbente.

Según el Tribunal de Justicia (Apartados 115 y siguientes de la sentencia *Kali und Salz*), la introducción del criterio de que la empresa compradora adquiriría la cuota de mercado de la adquirida si se viera forzada a abandonar el mercado está previsto para asegurarse de que la inexistencia de un nexo causal entre la concentración y el deterioro de la estructura competitiva. El criterio de la absorción de cuotas de mercado, aunque no considerado por la Comisión como suficiente en sí mismo para impedir cualquier efecto nocivo de la concentración en la competencia, por lo tanto ayuda a asegurar los efectos neutros de la concentración por lo que se refiere al deterioro de la estructura competitiva del mercado.

La Comisión, en *BASF/Eurodiol/Pantochim*, entendió que para asegurar esa neutralidad no sólo sería necesaria la concurrencia del criterio de la absorción de cuotas a que nos acabamos de referir, sino además que los activos objeto de la compra inevitablemente fueran a desaparecer del mercado en el caso de no llegar a producirse la concentración. La razón de lo anterior habría que encontrarla en el hecho de que pudiera llegar a verificarse una toma de control por terceros de los activos de las empresas concernidas en caso de quiebra. Si tales activos fueran absorbidos por los

competidores en el curso del procedimiento de quiebra, los efectos económicos serían similares a una absorción de las empresas en quiebra por un comprador alternativo.

A este requisito también se refiere la jurisprudencia norteamericana. En *Brown Shoe Co. V. United States* [370 U.S. 294 (1962)], el debate fue planteado íntegramente en términos de competitividad de los factores: si los activos se encontraban próximos a perderse en la “inmensidad del océano” – se decía – entonces ningún juego de la competencia habría que pudiera salir perjudicado.

En la STJCE de 31 marzo 1998, (68/94 y 30/95, Rec. 1, pp. 1375 y ss.), por un lado, se establecía que:

[...] el hecho de que las condiciones fijadas por la Comisión para considerar que no existe una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia no coincidan totalmente con las condiciones establecidas en el marco de la teoría americana de la «failing company defence» no es en sí un motivo de invalidez de la Decisión controvertida. En efecto, sólo la circunstancia de que las condiciones fijadas por la Comisión no pudieran excluir la posibilidad de que una concentración sea la causa del deterioro de las condiciones de competencia del mercado podría constituir un motivo de invalidez de la Decisión controvertida.

Y, por otro lado, al referirse al criterio aplicado por la Comisión de que la empresa adquirente debe obtener, en cualquier caso, la cuota de mercado de la empresa adquirida si ésta desaparecía del mercado, afirmaba:

“[...] a falta de dicho criterio, cabría considerar que, siempre que se cumplan los demás criterios, una concentración no es la causa del deterioro de las condiciones de competencia del mercado incluso si resultase que, de no existir dicha concentración, la empresa adquirente no obtendría la totalidad de la cuota de mercado de la empresa adquirida. Así pues, podría descartarse la existencia de una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia del mercado, aun cuando, sin la concentración, el deterioro de las condiciones de competencia del mercado fuera de poca monta.

De hecho, la introducción de este criterio pretende garantizar que la existencia de una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia del mercado sólo pueda excluirse en el caso de que el deterioro de las condiciones de competencia que seguiría a la operación de concentración, se produciría también aunque no existiera dicha operación. Por tanto, el criterio de la absorción de las cuotas de mercado, aunque la propia Comisión no lo considere suficiente por sí sólo para excluir el carácter restrictivo de la operación de concentración para el juego de la competencia, contribuye a asegurar la neutralidad de dicha operación en lo que respecta al deterioro de las condiciones de competencia del mercado, lo que es conforme al concepto de causalidad que figura en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento.

Para la Comisión existe esa falta de causalidad porque el abandono del mercado por parte de la empresa en dificultades crea o refuerza una posición de dominio inevitablemente y no como causa de la operación; la creación o reforzamiento de la posición de dominio se produciría a pesar de la prohibición de la operación. En este caso, la Comisión entiende que no se producen los efectos jurídicos del artículo 2.3 del Reglamento 4064/89. Esta situación sólo se produce en casos excepcionales, y en

condiciones normales se presume que si una operación de concentración crea o refuerza una posición dominante también es la causa del deterioro de las condiciones de la competencia. Por tanto, la carga de la prueba de la ausencia de nexo causal entre la operación y la restricción de la competencia corresponde a las empresas participantes en la concentración. (Vid., Dec. Com. de 14 diciembre 1993 (Asunto IV/M.308, Kali + Salz/MDK/Treuhand, DOCE L 186, de 21 julio 1994) y Dec. Com. de 20 agosto 1991, Asunto IV/M.116, Kealt/American Express, en EC merger control reporter, vol. 1, pp. 341-343)''.

(b) La aplicación de la doctrina de la firma desfalleciente en el caso Stream

Las valoraciones de las partes expuestas más arriba no fueron, no obstante, compartidas por la AGCM, cuya opinión fue la de que la entidad de los costes fijos en TV de pago no era endémica y dependía más bien de una determinada forma de estructurarse la oferta y la demanda en el ámbito de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos sobre la base de contratos plurianuales y con severos pactos de exclusividad. En fin, y en contra de lo sostenido por las partes, la autoridad italiana de la competencia entendió que el mercado nacional de la TV de pago anunciaba una dinámica de crecimiento potencial, al menos en el medio plazo, a la luz de las estimaciones de cuatro consultoras (*Kagan, Baskerville, DataMonitor* y *Merrill Lynch*) referidas al número de abonados a TV de pago en Italia en un horizonte temporal de 5 años.

La operación, en los términos en que fue comunicada, encerraba la constitución de un monopolio en manos de *Canal +*, multinacional caracterizada por un alto grado de integración vertical, dentro del mercado italiano de la TV de pago. De esa posición de dominio era previsible pudiera seguirse una limitación de la libre competencia bastante a irrogar serios perjuicios a los consumidores derivados de una eventual fijación de precios elevados y de la ausencia de incentivos que pudieran alimentar la mejora de la calidad y variedad de los servicios.

Por lo que hace a la aplicabilidad de la teoría de la *failing firm defense* pretendida por las partes, la autoridad italiana de la competencia vino a poner de relieve que, conforme al ordenamiento comunitario, los presupuestos de tal aplicabilidad eran del todo excepcionales y rigurosos, al punto de haber autorizado la Comisión europea dicha aplicación tan sólo en dos supuestos absolutamente extraordinarios, a saber, en el caso *Kali und Salz*, donde de lo que se trataba era de una empresa pública sostenida principalmente gracias a la ayuda del Estado y sometida a un programa de reestructuración [Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, relativa un procedimiento de conformidad con el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, asunto IV/M.308 - *Kali - Salz/MdK/Treuhand* (DO L 186 de 21.7.1994, p. 38)], y en el de *Basf/Eurodio/Pantochim* en que la empresa objetivo se hallaba en situación de quiebra [Decisión de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim* (DO L 132 de 17.2.2002, p. 45³⁴)].

Así las cosas, cabría sentar la conclusión de que ninguna de las condiciones sobreindicadas concurría en el caso a examen:

³⁴ También publicado sobre el sitio Internet de la Comisión: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

1. **Salida del mercado de Stream.** *Stream* había venido con regularidad asumiendo sus obligaciones sin que la situación de endeudamiento en que se encontraba la compañía diera para suponer su inmediata salida del mercado. De hecho, en la misma situación se encontraba *Telepiù*, razón por la que podía la misma ser considerada como característica de la fase entonces vigente de evolución del mercado de la TV de pago.

Sólo a partir de la segunda mitad de 1998 habría *Stream* desembarcado con todas las consecuencias en el mercado nacional de la TV de pago asumiendo fuertes inversiones en la adquisición de derechos sobre contenidos y extendiendo su presencia en el sector del satélite. Atendido lo anterior, resultaría lo razonable sostener que dicha sociedad se encontraba en una fase de *start up* dentro de un sector en el que la impronta, ya se ha dicho, era la existencia de unos elevados costes fijos y donde el *break even point* se situaba en un horizonte temporal más o menos lejano.

Las partes no habían probado – así lo entendió la autoridad italiana de la competencia – que *Stream*, salvo posibles decisiones estratégicas de los accionistas, estuviera destinada a salir del mercado en un periodo corto de tiempo. Aparte, no debía perderse de vista el dato de que dicha compañía se encontraba bajo el control de *Newscorp* y *Telecom. Italia*, grupos multinacionales caracterizados por una sólida estabilidad financiera y patrimonial.

Lo anterior permitía inferir que la desaparición de *Stream* tan sólo llevaría aparejada una salida de dichos grupos del segmento de la TV de pago en Italia. Al respecto, quiso recordarse como, más que de la doctrina de la *failing firm*, la Comisión había en ocasiones preferido hablar de la de la *failing division* donde los requisitos a que se viene aludiendo y su prueba se tornarían aún más rigurosos. Decisión de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, relativa a los procedimientos conforme al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo (asunto IV/M.1221 - *Rewe/Meinl*) (DO L 274 de 23.10.1999, p. 1).

2. **Ausencia de otra medida menos anticompetitiva.** Tampoco las partes llegaron a probar la ausencia de alternativas a la adquisición de *Stream* por parte de *Telepiù* con un efecto menos contrario al juego de la competencia. En el curso de la investigación había venido a ponerse de relieve que ni los accionistas de *Telepiù* ni tampoco los de *Stream* habían tan siquiera barajado la hipótesis de poner la operación en términos diversos y menos restrictivos de la libertad de concurrencia dentro del mercado considerado. Más bien, lo único evidente era la existencia de una decisión estratégica en el seno de los grupos *Telecom. Italia* y *Newscorp* consistente en el abandono del sector de la TV de pago en Italia.
3. **Absorción por Telepiù de la cuota de mercado de Stream caso de desaparecer ésta.** Finalmente, tampoco las partes habían acreditado que la cuota de mercado de *Stream* estuviera inevitablemente abocada a ser absorbida por *Telepiù* en ausencia de la operación de concentración. No era, pues, descartable que la actividad de *Stream* comprensiva de aspectos como eran la puesta en marcha, el desarrollo, la adquisición de derechos, el tendido de red de distribución, los servicios de asistencia pre y post-venta o la gestión de abonados, por poner algunos ejemplos, pudieran, en todo o en parte, ser adquiridos por otros operadores con el objetivo de acceder al mercado italiano de la TV de pago.

La conclusión de todo lo anterior era, en síntesis, la de que, aun admitiendo que ambos operadores hubieran sufrido pérdidas notables, las partes no habían demostrado la concurrencia de los requisitos precisos para la aplicación de la doctrina de la *failing firm*, o *failing division* si se quiere. Este planteamiento de la autoridad de la competencia italiana en cuanto a la aplicabilidad de la doctrina de la firma desfalleciente fue confirmado en la posterior decisión de la Comisión (2004/311/CE: Decisión de la Comisión, de 2 de abril de 2003, Op. Cit., números 205 y Ss.). La DG 4 vertió una serie de consideraciones en torno a lo que denominó “*Concentración de Salvamento*”. En parte como ya se ha anticipado, entendió que no se habían probado las condiciones de la “*quiebra inminente*” ni el de la “*inexistencia de un comprador con menos efectos anticompetitivos*”. En cuanto a la “*condición de la absorción de la cuota*”, que examinó junto con la del “*abandono del mercado por los activos de la empresa*”, se refirió a esta cuarta condición la Comisión en su decisión sobre el asunto *Newscorp/Telepiù* (considerandos 218 y 219; *Vid Supra*), a pesar de no haberlo hecho la autoridad italiana de la competencia, en términos como los siguientes: “*Según Newscorp los activos objeto de la compra inevitablemente saldrían del mercado. Actualmente hay dos activos principales de Stream cuya asignación futura es crítica para las condiciones de competencia: su base de abonados y los derechos de contenido que posee actualmente. Los abonados DTH de Stream seguramente se pasarían a Telepiù porque no hay ninguna otra plataforma por satélite y el cable sólo está disponible en áreas limitadas. Por lo que se refiere a los derechos de contenido especial de Stream, Newscorp sostiene que seguramente serían adquiridos por Telepiù. Tras la quiebra de Stream los derechos volverían a sus propietarios, que podrían ponerlos en venta de nuevo [...] Según Newscorp, sería más probable que Telepiù se hiciera con estos derechos (y no los operadores gratuitos o e.Biscom). Sin embargo puede afirmarse razonablemente que por lo menos cierto contenido (por ejemplo, los derechos de la Liga de Campeones o de tenis) no sería adquirido necesariamente por Telepiù. Según lo indicado anteriormente, las televisiones gratuitas y las de pago pueden competir por lo menos hasta cierto punto para la adquisición de estos derechos y estarían en mejores condiciones de hacer una oferta si la situación financiera de Telepiù fuera más débil que la de la plataforma combinada resultante de la concentración. Newscorp no ha dado ninguna indicación sobre la posible adquisición por Telepiù u otras empresas de otros activos de Stream, tal como marcas registradas y redes de distribución*”.

En cualquier caso, el riesgo de que la empresa objetivo pudiera llegar a salir del mercado si fue tomado en cuenta por la Comisión a la hora de autorizar la operación bajo ciertas condiciones, aun cuando no llegara formalmente a declarar aplicable la doctrina de la *failing firm*.

(3) Medidas adoptadas por la AGCM para salvaguardar el juego de la competencia

(a) Introducción

Los efectos de la operación sobre el juego de la competencia cabría resumirlos en uno, a saber, la salida del mercado de la TV de pago del único competidor de *Telepiù* (*Canal +/Vivendi Universal*), no otro que *Stream* (*Npal/Newscorp; Telecom. Italia*) con la consecuente supresión del juego de la competencia en el mercado de referencia. Tal supresión tan sólo admitiría ser contrarrestada imponiendo mecanismos que, al menos, pudieran determinar una competencia potencial y limitando el poder de mercado del operador dominante.

Partiendo de que la AGCM hizo un enfoque centrado en el mercado relevante de la TV de pago, sin hacer mayores segmentaciones dentro del mismo, con la excepción, si acaso, de los ramos de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos, pasaremos a estudiar, salvo en cuanto a estos últimos, las medidas propuestas por las partes para preservar el juego de la competencia en el mercado relevante de la TV de pago y la formulación definitiva de las mismas por la AGCM.

En este sentido, *Telepiù*, aún sin hacer renuncia de su posición conforme a la cual la operación propuesta no llevaba aparejada una restricción sensible y duradera de la competencia, si manifestó desde el primer momento su disposición a asumir ciertos compromisos, los cuales cabría aglutinar en dos bloques, a saber:

- a. La garantía del acceso a la plataforma DTH gestionada por *Telepiù* de ofertas de TV de pago concurrentes gestionadas por terceros operadores y, como instrumento para lo anterior, el aseguramiento de la asistencia y el suministro de servicios técnicos por parte de la nueva plataforma a otros operadores de TV de pago bajo supervisión de un organismo de control independiente;
- b. La renuncia por *Telepiù* a operar redes de difusión en la modalidad digital terrestre y su compromiso de vender a terceros, en un lapso de tiempo razonable, la totalidad de las frecuencias terrestres y las instalaciones eléctricas utilizadas a la sazón para su transmisión en técnica analógica.

El plazo máximo propuesto por *Telepiù* para la vigencia de todos sus compromisos, incluidos los referentes a contenidos *Premium*, de los que nos ocuparemos en su lugar, fue el de cinco años. Este plazo fue considerado insuficiente por la AGCM, atendidos el importante efecto de la operación sobre la estructura del mercado y la necesidad de garantizar el acceso de nuevos operadores a la plataforma satelital de TV digital y de propiciar el desarrollo de medios de difusión alternativos al DTH. A fin de generar condiciones suficientes para permitir el ingreso de potenciales competidores en el mercado de interés, consideradas sus específicas características y, en especial, las relacionadas con los elevados costes fijos y el largo tiempo de retorno respecto a las inversiones efectuadas, la AGCM estimó necesario sustituir la fecha final de los compromisos propuesta por las partes de mediados de 2007 por la de 31 de diciembre de 2010. La AGCM consideró también que AGCOM, el equivalente a nuestra Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, habría de ser el sujeto idóneo para la resolución de las controversias que pudieran suscitar el cumplimiento de los compromisos dadas su independencia, competencias y las amplias facultades que el ordenamiento jurídico italiano le concedía.

(b) Los compromisos propuestos por las partes y las condiciones impuestas por la AGCM en difusión digital terrestre

En el campo de la difusión televisiva digital terrestre, *Telepiù* renunciaba a ser operador por término de cinco años contados de la conclusión de la fase transitoria tal cual quedaba ésta definida en el Reglamento relativo a la radiodifusión terrestre en técnica digital. Asimismo, y sin salir de este último campo, *Telepiù* se comprometía a enajenar, en condiciones de mercado y a través de un procedimiento abierto, transparente y no discriminatorio, todas las frecuencias que tenía reservadas para la aplicación digital terrestre. Lo anterior se pretendía instrumentar a través de la venta de las compañías *Europa TV* y *Prima TV*, previa escisión de los activos ajenos a la actividad de difusión televisiva terrestre tanto analógica como digital.

La AGCM puso el acento en el dato de que, a la luz de tales compromisos, *Telepiù* podría aún continuar desenvolviéndose en dicho sector durante la fase transitoria de experimentación y aún después conservaría un importante papel en cuanto que operador de redes. Asimismo, vino a llamar la atención sobre la dificultad de precisar qué habría de entenderse por condiciones de mercado a la hora de enajenar dichas sociedades y sobre el grado de discrecionalidad que con ello se confería a la misma *Telepiù*.

La autoridad italiana consideró necesaria, por lo expuesto, la renuncia del título habilitante con que contaba la compañía tanto para el desarrollo de la actividad digital terrestre durante la fase experimental, como después en calidad de operador de red.

También entendió que lo era la designación de un fiduciario que supervisara el citado proceso de escisión, garantizando que el traspaso comprendiera, en efecto, la base de abonados correspondiente y que las sociedades beneficiarias pudieran realmente y a la postre desarrollar su actividad en el campo de la actividad televisiva terrestre, y ello tras un proceso de transferencia en condiciones de mercado en el que habría de darse preferencia a las ofertas conjuntas para la adquisición de ambas compañías: *Europa TV* y *Prima TV*. Para dotar de efectividad a lo anterior, la AGCM estableció la necesidad de conferir una autorización irrevocable de venta al fiduciario a ejercitar por éste si transcurrido cierto tiempo la enajenación de las sociedades no había tenido lugar.

La salida de *Telepiù* de la digital terrestre en los términos expuestos vendría a facilitar el ingreso de nuevos operadores a través de dicha plataforma alternativa lo que, unido al crecimiento del cable, al desarrollo de otros medios tales como Internet y UMTS y a la disponibilidad de contenidos *Premium* para su difusión mediante todas las anteriores tecnologías, habría aún de ocasionar la aparición de nuevos servicios multimedia e interactivos aglutinadores tanto de los estrictamente audiovisuales, como de otros más vinculados a las telecomunicaciones.

(c) Los compromisos propuestos por las partes y las condiciones impuestas por la AGCM en el acceso de los terceros a la plataforma satelital

Siguiendo con los concretos compromisos puestos sobre la mesa por *Telepiù*, y en cuanto a la apertura de la plataforma satelital, se aceptaba la supervisión de la gestión de esta última por parte de un organismo de control independiente y el acceso por parte de los terceros a dicha plataforma garantizado mediante el suministro de los servicios técnicos e instrumentales precisos para la difusión a través de la misma de los diferentes canales televisivos tanto en abierto como de pago.

Dentro de los servicios técnicos e instrumentales citados quedarían englobadas las licencias propiedad de las partes sobre los sistemas de acceso condicional, tanto en la tecnología *mediaguard*, como en la *videoguard*, así como el acceso a los descodificadores, vendidos o de alquiler, instalados en los hogares de los abonados a la oferta de las partes notificantes.

En este punto, las consideraciones de la autoridad italiana de la competencia fueron en el sentido de que, en la medida en que dichos compromisos sirvieran para garantizar el acceso a la plataforma y el suministro de los servicios técnicos necesarios en condiciones iguales, transparentes, no discriminatorias y orientadas a los costes, resultarían idóneas para atenuar las barreras de entrada en beneficio de potenciales competidores.

H) El mercado de la televisión de pago en el caso de la adquisición por Sogecable de Audiovisual Sport (caso AVS III/concentración)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso AVS III/concentración (remisión)

Esta identificación se hizo ya al tratar de este mismo asunto al referirnos a su incidencia sobre el mercado de la TV en abierto (*Vid supra* pág. 316 Cáp. III § 1.F.i.). Valdría, pues, con remitirse a lo dicho allí.

En resumen, las partes implicadas eran, principalmente: **(i)** *Sogecable* (activa en los mercados de la TV de pago, de la TV en abierto, de la producción de obras audiovisuales para TV, de la producción de canales temáticos para TV, de la producción y distribución de obras cinematográficas, de la compra, gestión y venta de derechos sobre contenidos deportivos *Premium*, de los servicios de TV digital interactiva y de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para comunicación audiovisual, etc.); **(ii)** *Prisa* (matriz de *Sogecable* y titular de un conglomerado mediático con ramificaciones en prensa, en radio, en el mundo editorial, en TV local, en servicios de la Sociedad de la Información, en publicidad, en comunicaciones electrónicas inalámbricas, etc.); **(iii)** *Telefónica* (incumbente español de telecomunicaciones); **(iv)** *Mediapro* (intermediario en la adquisición, gestión y venta de derechos audiovisuales sobre contenidos deportivos y que, junto con la mejicana *Televisa*, ejercía el control estratégico sobre la cadena de TV en abierto *La Sexta*); **(v)** *Audiovisual Sport-AVS* (era la compañía objetivo y su principal actividad era la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey desde 1996).

ii) Reseña general del caso AVS III/concentración (remisión)

De nuevo, para una reseña de la operación, procede remitirse a la que se hizo al tratar del mercado de la TV en abierto (*Vid supra* pág. 319 Cáp. III § 1.F.ii.).

Si acaso, recordar que lo sometido a la autoridad de la competencia era el acuerdo de 24 de julio de 2006 suscrito por *Sogecable* y *Mediapro*, dentro del cual existían dos aspectos netamente diferenciados, a saber: **(i)** el concentrativo, en virtud del cual *Sogecable* asumía el control exclusivo de *AVS* con una participación del 75 % y sin que al otro socio, *Mediapro*, con el 25 % restante, le fuera posible ejercitar ningún derecho de veto sobre las decisiones adoptadas; **(ii)** el colusorio o relacionado con la concertación, que suponía la existencia de ciertos pactos cooperativos entre *Sogecable* y *Mediapro* que, por exceder del natural alcance de la concentración, no cabía que fueran considerados meras restricciones accesorias y que suponían, en apretada síntesis, lo siguiente: primero, que *Mediapro* cediera a *Sogecable* los derechos que la primera había adquirido para la retransmisión de los partidos de determinados clubes con vistas a permitir su explotación a través de *AVS*; segundo, que *AVS* cediera a *Mediapro* los derechos para la difusión de ámbito nacional y en abierto de los partidos de Liga; tercero, que *AVS* también cediera a *Mediapro* la comercialización de los derechos de explotación audiovisual en abierto de los partidos de Liga española y Copa de S.M. el Rey en el extranjero; y cuarto, la modulación de la competencia que, para lo

sucesivo, hubieran de hacerse entre sí *Sogecable/AVS* y *Mediapro* en la adquisición de derechos sobre partidos de Liga y de Copa del Rey.

Lo anterior habría que completarlo con una serie de incidencias, anteriores y posteriores a la resolución del TDC, las cuales se dejaron, igualmente, tratadas al ocuparnos del mercado de la TV en abierto. Tal vez destacar de las posteriores las siguientes: (i) que, contraviniendo la literalidad del pacto de julio de 2006, *Mediapro* siguió con su política de adquisición de derechos de varios clubes con lo que su posición negociadora resultaba sustancialmente más sólida que al notificarse e, incluso, resolverse por el TDC la operación notificada; (ii) que lo anterior arrojaba serias incertidumbres sobre la virtualidad o eficacia del pacto de julio de 2006; (iii) la existencia de un contencioso judicial entre *Sogecable* y *Mediapro* en el que la segunda pretendía invalidar su entrada en el capital de *AVS*, manteniéndose en su papel de adquirente de derechos independiente de *AVS*; (iv) la necesidad de que por la autoridad de la competencia fuera elaborado un informe sobre el mercado español de la adquisición de derechos deportivos para depurar posibles defectos o fallos desde la perspectiva del derecho de la competencia.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso AVS III/concentración

Sabemos ya que en el caso *AVS III*, el TDC identificó como mercado afectado el de la TV de pago (ventana de pago y ventana de *pay per view*), en tanto que mercado verticalmente relacionado aguas abajo con el mercado de referencia, que era el de la reventa de derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey, (en especial de equipos de Primera División). Idéntica condición recaería en el mercado descendente de la explotación de imágenes de tales partidos a través de Internet y UMTS en España

De acuerdo con el Informe Anual de la CMT relativo al año 2005, la TV en abierto continuaba representando la parte más importante del mercado televisivo. La TV de pago tenía un papel mucho menos trascendente, sin que la misma hubiera llegado a confirmar las perspectivas de crecimiento generadas en torno a ella. Uno de los terceros intervinientes en el expediente, *ONO*, recalca que el mercado de TV de pago en España era el menos avanzado en la oferta de nuevos servicios, tenía la tasa de penetración más baja y las más bajas perspectivas de crecimiento, ofrecía los precios más altos de Europa (considerando los niveles de renta), tenía la menor tasa de distribución de contenidos multi-plataforma y era el que ofrecía el menor número de canales en oferta.

En 2003, el mercado español de la TV de pago representaba por volumen de ingresos 1.835,69 millones de euros y por número de abonados el de 3.497.422. En 2005, esas mismas cifras eran, respectivamente, de 1.854,60 millones de euros y de 3.385.130 abonados. Es decir, que a lo largo de ese bienio se redujo el número de abonados, que pasaron a pagar precios más elevados, lo que permitió un leve incremento de los ingresos. Al tratarse de un mercado con escasa tasa de penetración resultaba difícil repercutir los altos costes de los contenidos *Premium* entre una base amplia de telespectadores para ir, progresivamente, proporcionando mayor número de programas y diversificando los contenidos.

Además, esa escasa tasa de penetración llevaba aparejados unos altos precios, sobre todo por parte de *Sogecable*, el operador dominante. La evolución del ingreso medio por abonado de *Sogecable* mostraba, en efecto, un crecimiento del 21 % del año 2003 al año 2005,

pasando de 635 a 774 euros por abonado, según datos de la notificación. Por su parte, los operadores de cable mantenían un ingreso medio por abonado que era alrededor de un 30 % del que se atribuía a *Sogecable*.

El posterior Informe de la CNC sobre la Competencia en los Mercados de Adquisición y Explotación de Derechos audiovisuales de fútbol en España se hizo eco de los datos del Informe de la CMT, referidos a un escenario inmediatamente posterior al del caso AVS III/concentración, conforme a los cuales: (i) en 2006 el negocio de la TV de pago en España representó unos ingresos de 1.906 millones de euros de los que 1.369 eran por cuotas de abono y 224 por pago por visión; (ii) en 2007 representó unos ingresos de 1.969 millones de euros de los que 1.323 eran por cuotas de abono y 174 por pago por visión.

En 2006, el número de abonados, 3.467.242, era algo mayor que en 2005, pero esta circunstancia parecía deberse a la consumación de la migración completa de *Canal +* analógico a *Digital +*, lo que situó a *Sogecable* por encima de los 2 millones de abonados. Para ese mismo año 2006, la tasa de penetración de la televisión de pago en España era del 21,7 % de todos los hogares y, según *ONO*, de solamente un 28 % de los hogares con TV. Estas cifras arrojaban, en efecto, la imagen de un mercado de la TV de pago con una progresión casi nula y contrastaban con las de la propia *Sogecable* que preveía, en su notificación de la operación *Vía Digital* ante la Comisión Europea, que el mercado español de la TV de pago sería el que más crecería en penetración de toda Europa alcanzando en 2006 una penetración del 50 %.

También en el posterior Informe de la CNC sobre la Competencia en los Mercados de Adquisición y Explotación de Derechos audiovisuales de fútbol en España se hacía notar que “entre 2002 y 2007, la televisión de pago ha experimentado un crecimiento inferior al 8 % en términos de número de abonados, con lo que se puede afirmar que existe cierto grado de estancamiento en cuanto al grado de penetración de este servicio en el mercado”.

Por plataformas de entrega se observaba la siguiente evolución. En **TV por satélite**, en 2002 el volumen de ingresos era de 1.015,73 millones de euros y el número de abonados de 1.995.669; en 2005 de 1.377,35 millones de euros y de 1.960.030 abonados. En **TV por cable**, en 2002 el volumen de ingresos era de 149 millones de euros y el número de abonados de 811.378; en 2005 de 318,07 millones de euros y de 1.217.278 abonados. En **TV de pago terrestre** (el único operador era la malograda *Quiero TV*), en 2002 el volumen de ingresos era de 301,89 millones de euros y el número de abonados de 720.199; en 2005 de 141,61 millones de euros y de 1.250 abonados. En **TV sobre protocolo Internet (TVIP)**, en 2005 (no había datos anteriores) el volumen de ingresos era de 17,58 millones de euros y el número de abonados de 206.572; en 2006 (tomando los datos de sólo los tres primeros trimestres) de 56,73 millones de euros y de 306.266 abonados.

Estos datos permitían observar que la plataforma de peor comportamiento había sido la digital terrestre. Algo mejor que el de esta última había sido el comportamiento de la plataforma satelital que, no obstante, presentaba una regresión en número de abonados. La plataforma de cable presentaba, en cambio, una progresión lenta pero constante en número de abonados. Finalmente, la plataforma de más rápida progresión parecía ser la de TVIP, gracias, en parte, a la ventaja tecnológica de que disfrutaba *Telefónica* consistente en la disponibilidad de la red telefónica y en los escasos costes de adaptación de la infraestructura del par de cobre para la difusión de televisión, lo cual le permitía ser muy competitiva en precios.

De las tres principales plataformas supervivientes que aún competían en TV de pago, se observaba que la satelital basaba su atractivo en el reclamo ejercido por determinados contenidos con un fuerte valor *Premium* (incluido el fútbol en directo). En el caso de las otras dos, cable y ADSL, ese atractivo venía, en cambio, a sustentarse en la oferta *triple play* que permitía al abonado disfrutar a través de una única infraestructura de los servicios de telefonía, TV y acceso a Internet. Esto determinaba que la televisión por cable (*ONO*, como operador de implantación nacional, y operadores regionales) y la televisión IP (plataforma *Imagenio* de *Telefónica*) se presentaran como competidores particularmente próximos el uno respecto del otro, por la existencia de cierta correlación entre la penetración de uno y la pérdida de clientes del otro. En ello influía, en efecto, la semejanza en las ofertas de ambas clases de operadores, basada fundamentalmente en ofertar productos y servicios vinculados, frente a la estrategia tradicional del operador vía satélite que, por carecer de la posibilidad de ofrecer servicios de telefonía, se había basado en el gran peso del contenido en su oferta televisiva.

Los tres principales operadores en TV de pago en nuestro país venían, básicamente, a corresponderse con cada una de las tres plataformas de entrega a las que acaba de hacerse referencia, a saber, *Sogecable* (*Digital +*) en satélite, *ONO* (*OJO*) en cable y *Telefónica* (*Imagenio*) en ADSL/TVIP. En cable, a pesar de la persistencia de otros operadores de ámbito regional (*Euskaltel*, *R Cable*, *Telecable*), era *ONO*, tras la adquisición de *AUNA* en 2005, el principal operador. En ADSL/TVIP el principal operador era *Telefónica*, pese a que otros operadores de telefonía (*Jazztel*, *Ya.com* y *Orange*) que utilizaban tecnología ADSL y ofrecían telefonía e Internet habían empezado a comercializar en 2006 servicios de vídeo a la carta y paquetes básicos de canales temáticos.

Las cuotas de mercado correspondientes a cada uno de esos tres principales operadores de TV de pago eran las que siguen en 2005. *Sogecable* contaba con 1.960.030 abonados (cuota del 57,9 %) e ingresó 1.518,96 millones de euros (cuota del 81,9 %). *ONO* contaba con 871.817 abonados (cuota del 25,75 %) e ingresó 233,93 millones de euros (cuota del 12,61 %). *Telefónica* contaba con unos 206.572 abonados (cuota del 6,1 %) e ingresó 17,58 millones de euros (cuota del 0,95 %). En ese mismo año 2005 *Sogecable* cobraba 774,97 euros por abonado, *ONO* 268,32 euros y *Telefónica* 85,10 euros.

El valor de los contenidos *Premium*, y en particular del fútbol, era determinante con vistas a sustentar la posición de cada operador en TV de pago tanto por número de abonados como por volumen de ingresos. En este sentido, se observaba que en ventana de TV de pago sólo *Sogecable* disfrutaba del derecho a la retransmisión en exclusiva de un partido por jornada ligera a través de *Digital +*. Además de lo anterior, las emisiones de *La Sexta* se integraban también dentro de la propia oferta de *Digital +* y de la de *Imagenio*, con lo que también a través de la oferta de estos otros dos operadores podía verse el partido en abierto de *La Sexta*, que no alcanzaba entonces una cobertura del 100 % en analógico.

Dentro del mercado de la TV de pago, el TDC, coherentemente con los pronunciamientos de otras autoridades de la competencia (V. Caso *Stream/Telepiù*), incluyó tanto la ventana de pago, como la de pago por visión o *pay per view*. En esta última ventana, para que el usuario disfrutara de los contenidos *Premium* emitidos bajo esa modalidad, eran necesarias dos decisiones, una primera de abonarse al servicio de TV de pago del operador y otra segunda de contratación del concreto contenido audiovisual que se quería disfrutar. Al margen de otros contenidos con un menor valor *Premium*, se observaba que en 2003 el número de

contrataciones o “pinchazos” de partidos de fútbol había sido de 8.525.133 mientras que en 2005 había sido de 13.535.470,0. Frente a lo anterior, el número de “pinchazos” para películas dotadas de ese mismo valor *Premium* había sido de 7.879.884 en 2003 y de 8.235.565 en 2005. Es decir, que era mayor el número de contrataciones para ver partidos de fútbol en pago por visión que para ver cine de estreno.

Según el mismo Informe posterior (Op. Cit.), los más de 16 millones de “pinchazos” de fútbol en 2006 supusieron unos ingresos de 138,8 millones de euros, de acuerdo con el Informe Anual de 2006 de la CMT y: *“La importancia del fútbol como contenido para la televisión de pago no se circunscribe únicamente al volumen de ingresos del sector en sí mismo considerado, sino que también alude a su valor para conseguir una adecuada penetración de este servicio. En la actualidad, España presenta una tasa de penetración de la televisión de pago ligeramente superior al 25 % de los hogares, claramente inferior a países como Francia o Reino Unido (superior al 45 %), Alemania (superior al 60 %) o Suecia (cerca del 90 %). Algunos operadores del sector plantean que, en parte, ello se puede deber a las condiciones de acceso a los contenidos, en particular al fútbol, existentes en la actualidad”*.

Los derechos para la comercialización de los partidos de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey en la modalidad de pago por visión estaban desdoblados de manera que *Canal Satélite Digital, S.L.* (100 % propiedad de *Sogecable*) ostentaba la nuda propiedad de los mismos en tanto que el usufructo correspondía a *AVS*. Todos los operadores de TV de pago tenían suscrito un contrato, tanto con *Canal Satélite Digital, S.L.*, como con *AVS*, para que les fueran cedidos los derechos de los partidos para su explotación aguas abajo en la modalidad de pago por visión. La contraprestación satisfecha por esos operadores a *Sogecable* podía consistir ya en una retribución mínima garantizada ya en otra calculada a partir del número de “pinchazos”.

Los datos reflejaban que *Sogecable* contaba con una cuota superior al 80 % de las contrataciones de fútbol en pago por visión de ámbito nacional mientras que la cuota, tanto de *ONO* como de *Imagenio*, se situaba por debajo del 10 %. Esta ratio de 8 a 1 no se correspondía con la ratio de abonados de una y otras operadoras, es decir, *Sogecable* no tenía 8 veces más abonados que *Telefónica* o que *ONO*, de donde extrajo el TDC la conclusión de que la disponibilidad en exclusiva del fútbol en la ventana de pago por la plataforma de *Sogecable* ejercía un efecto de arrastre sobre la contratación del pago por visión sin cambiar de plataforma, a pesar de que otras operadoras, teóricamente, presentaban la misma oferta de partidos en pago por visión que la propia *Sogecable*. A consecuencia de lo anterior, se observaba que el abonado tipo de *Sogecable* demandaba más servicios de fútbol en *pay per view* que los abonados del resto de operadoras.

Como comenzamos diciendo, el TDC se refirió también a otros *“Mercados de la explotación audiovisual de los derechos del fútbol mediante otras tecnologías en España”* como mercados afectados separados de la explotación comercial de estas imágenes por televisión, en sus distintas modalidades.

Para la retransmisión de fútbol en directo, incluyendo aquí la retransmisión inmediatamente posterior a la finalización del encuentro, los dos medios alternativos más conducentes eran, en ese momento en nuestro país, Internet y la tecnología móvil basada en el sistema UMTS. Bien era cierto que, hallándose ambos en un estadio germinal, su importancia económica con respecto a la de la difusión televisiva resultaba más bien residual.

Los derechos para la explotación a través de esos dos canales de los derechos audiovisuales correspondientes a partidos de la Liga y de la Copa de S. M. El Rey para España y Andorra eran titularidad de *AVS*. Los derechos para la explotación internacional correspondían también a *AVS*, pero ésta debía contar con la autorización de *Mediapro*, que no podría denegarla de modo injustificado. Pasando a diferenciar, dentro del análisis estático o estructural entre cada uno de esos dos canales, tendríamos:

- a. **Explotación audiovisual de los derechos del fútbol a través de Internet.** Dentro de este submercado podríamos referirnos con el TDC a la *estructura de la demanda* y a la *estructura de la oferta*.

En cuanto a la *estructura de la demanda*, a fines de 2006 la comunidad de internautas en España era de 14,025 millones. Este dato, a pesar de suponer un incremento del 10 % con respecto a 2005, reflejaba que la penetración de Internet seguía siendo en nuestro país más baja que la media en la UE (el porcentaje de personas que accedían a Internet todas las semanas era del 39 %, frente al 47 % de media de la UE). Pero no todos los internautas españoles eran potenciales demandantes de contenidos audiovisuales a través de Internet, sino sólo aquellos que disfrutaran de conexión de banda ancha. Y a este respecto se observaba que, a 31 de diciembre de 2006, el total de líneas de banda ancha en España ascendía a 6.660.434, lo cual significaba un incremento del 31,10 % en relación a diciembre de 2005. Ello suponía una penetración de 14,9 líneas por cada 100 habitantes.

Pasando a la *estructura de la oferta*, cabría también hacer las siguientes observaciones. El perfil de los oferentes de los contenidos futbolísticos a través de Internet era, principalmente, el de los grupos de comunicación que prestaban servicios de información a través de sus propias páginas web, los cuales veían en el fútbol un contenido atractivo que podía incrementar el número de visitas de los internautas y, por tanto, sus ingresos por publicidad. Así, se observaba como, desde enero de 2007, distintos portales de Internet ofrecían resúmenes de partidos de Liga de una duración de 5 mins. aproximadamente con comentarios y otros añadidos, los cuales estaban disponibles a partir de la media hora posterior a la finalización del último partido de la jornada (www.elpais.com; www.as.com; www.plus.es; www.cadenaser.com; y www.elmundo.es).

En todo caso, el TDC no fue muy concluyente respecto a este mercado del que dijo: *“Como se ha dicho, la puesta en marcha de este servicio a través de los proveedores de contenidos de Internet ha tenido lugar recientemente. Por ello es imposible aventurar si a corto plazo una cantidad significativa de operadores va a demandar la comercialización de estos derechos. De ahí que, este momento, resulte incierta la importancia que este servicio puede cobrar dentro de los contenidos de la página web, el valor añadido del mismo como elemento competitivo, y el grado en que su disponibilidad pueda influir en la determinación de los ingresos de las páginas de Internet que los incorporen”*.

- b. **Explotación audiovisual de los derechos del fútbol a través de la tecnología UMTS.** La tecnología móvil de segunda generación, que sustituyó a la de primera generación o analógica, fue la tecnología GSM (*Global System for Mobile*) que permitía no sólo una mejor calidad del servicio telefónico móvil, sino además servicios adicionales o de

valor añadido como, por ejemplo, el sistema de mensajes cortos de texto (SMS o *Short Message System*). El sistema GSM fue un éxito y se extendió rápidamente en España. La transmisión de contenidos audiovisuales a terminales móviles exigía un paso evolutivo más que tendría que haber llegado de manos de la tecnología 3-G/UMTS. Entre la tecnología 2-G/GSM y la tecnología 3-G/UMTS aún cabría identificar como tecnología de transición la 2,5-G/ GPRS (*General Packed Radio Service*) que permitía transmitir la información mediante paquetes sobre protocolo Internet y ciertas utilidades como el correo electrónico.

Los operadores potencialmente interesados en ofrecer este servicio de comunicación audiovisual de imágenes de partidos de fútbol podían ser tanto los medios de prensa, en especial deportiva, para potenciar los servicios que venían prestando, como los operadores de telefonía móvil, para ofrecerlo a sus abonados. Sin embargo, en España, los retrasos en el lanzamiento de la tecnología 3-G/UMTS, que comenzó a fines de 2004, y su lento despliegue motivaban que no cupiera hablar de mercado más allá de un estado embrionario. Por ejemplo, los ingresos por contenidos audiovisuales reportaron a los operadores de telefonía móvil un total de 425 millones de euros en 2006, esto es, un 3,3 % de la facturación de estos operadores. Esto motivó también que los acuerdos alcanzados hasta la temporada 2005-2006 entre *AVS* y ciertos operadores móviles (*Movistar*, *Vodafone*, *Orange* – antigua *Amena*) no fueran renovados por falta de interés de estos operadores ni tampoco sustituidos por otros nuevos

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso AVS III/concentración

El mercado español de la televisión de pago comprendía dos ventanas, a saber, la ventana de pago (incluía la oferta en exclusiva por *Sogecable* del partido del domingo) y la ventana de pago por visión o *pay per view* (PPV) (abarcaba todos los partidos emitidos en esta modalidad).

Si bien resultaba cierto que cada una de esas dos ventanas la podía contratar el telespectador por separado, la competencia en la ventana de PPV estaba condicionada, de alguna manera, por la oferta de la ventana de pago. Así, se observaba que, dentro del amplio mercado de la TV de pago, sólo la oferta *Digital +* de *Sogecable* abarcaba, ya en ventana de pago ya en ventana de PPV, todos los partidos, incluyendo, como ya se ha dicho, el más atractivo de los que se disputaban el domingo, el cual se reservaba para la ventana de pago y que ofrecía un especial valor diferenciador con respecto a la oferta de sus competidores.

En palabras del TDC: “*En la ventana de pago, el principal contenido futbolístico con carácter regular es la emisión a través de CANAL + de un partido de Liga por jornada (que suele ser de los más interesantes debido al número de primeras y segundas elecciones con que cuenta a lo largo de la temporada), en horario separado al resto de partidos, que es cedido a SOGECABLE por su participada AVS en virtud de un contrato que se renueva de manera periódica*”.

El TDC se hizo eco de las afirmaciones del SDC a tenor de las cuales “*la adquisición del control exclusivo de AVS por SOGECABLE supone, en última instancia, la adquisición en exclusiva del negocio de explotación de la Liga y Copa de S.M. el Rey en televisión de pago*

y ppv durante los próximos años”. Hasta la concentración, *Sogecable* mantenía junto con *TVC* el control conjunto de *AVS*. *TVC* era el accionista minoritario, sin embargo, tenía atribuido un derecho de veto que podía ejercitar respecto de aquellas decisiones que afectaran la explotación de los derechos audiovisuales futbolísticos. El hecho de que *TVC* no estuviera activa en el mercado descendente de la TV de pago, sino sólo en el de la TV en abierto, garantizaba en gran medida que la estrategia de comercialización de los derechos de *AVS* fuera la más adecuada para los intereses de esa empresa.

No obstante, tras la operación de concentración, *Sogecable*, en su doble condición de monopolista en el mercado de reventa de derechos de retransmisión de fútbol y de operador dominante en el mercado descendente de la televisión de pago, dispondría de plena autonomía para diseñar unilateralmente una estrategia que buscara maximizar el beneficio conjunto de sus intereses en ambos negocios. Dentro del mercado de la TV de pago, al disponer en exclusiva de los contenidos deportivos para la ventana de pago y para la de pago por visión, *Sogecable* podía alterar las condiciones de explotación de estos derechos, tanto las de asignación o distribución de contenidos entre esas dos ventanas, como las de acceso de los competidores a la ventana de PPV.

En definitiva, al tratarse de un caso en el que existía una posición de dominio en el mercado ascendente y en que se reforzaban las relaciones verticales, se hacía preciso analizar si ese refuerzo iba a reducir o eliminar el acceso a *inputs* o factores productivos importantes en el mercado aguas abajo y, por tanto, si podía llegar a producirse un fenómeno de exclusión o cierre de mercado. Así, la obstaculización en el mercado de reventa, a través de un acceso limitado a los contenidos más atractivos o a través de unos precios excesivos, si bien podría afectar negativamente la rentabilidad de *AVS*, podría sin embargo favorecer el negocio de *Sogecable* en el mercado de pago, de tal modo que esas pérdidas aguas arriba se vieran más que compensadas aguas abajo.

El Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, que vino a desarrollar las previsiones en este ámbito del Dictamen del TDC en el asunto de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* había dispuesto: “En el supuesto que *SOGECABLE* controle o adquiera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la Copa de S.M. el Rey y los correspondientes resúmenes, debería garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se debería garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración”.

Intentando contemporizar con el anterior mandato, el Acuerdo *AVS III* disponía en su cláusula quinta: “*AVS* y *MEDIAPRO* explotarán respectivamente los derechos audiovisuales a que se refiere el presente Acuerdo garantizando el cumplimiento de la ley 21/1997 y el modelo de explotación vigente en la actualidad mediante la emisión de un partido de Liga de primera división por jornada en abierto y en directo, así como la emisión de un partido de pago para *SOGECABLE* y la venta de fútbol en PPV a través de los operadores que prestan servicios de PPV. Las partes acuerdan garantizar la continuidad del modelo actual de explotación de los derechos audiovisuales del fútbol que ha venido desarrollando *AVS*”.

En opinión del TDC, todo lo anterior no impedía que la nueva posición de *Sogecable* nacida de la operación de concentración le permitiera introducir serias restricciones al juego de la competencia con efectos sobre el mercado de la TV de pago.

Hasta la temporada 2005/2006, el sistema de elección de partidos para las 38 jornadas de Liga suponía que las 8 primeras elecciones correspondiesen a la *FORTA*, las 8 siguientes a *Canal + (Sogecable)* y las 22 restantes a *AVS*, que intervenía en representación de todos los operadores que retransmitían en pago por visión.

El acuerdo *AVS III* de julio de 2006 supuso que *Mediapro* pasara a ocupar el lugar de la *FORTA* en la primera elección en 8 de las jornadas de la Liga ya a partir de la temporada 2006/2007. Esta última circunstancia, según alegaciones de, por ejemplo, *Telemadrid*, había determinado una restricción del juego de la competencia dentro del mercado de la TV en abierto toda vez que, en virtud de un reparto acordado entre *Sogecable* y *Mediapro* sin subastas ni intervenciones de terceros, la *FORTA* había quedado sin poder acceder a unos contenidos deportivos que se consideraban necesarios para poder funcionar en el mercado de la difusión televisiva en abierto. Sin embargo, y como vimos ya al tratar del mercado de la TV en abierto, el TDC entendió que no había llegado a producirse una restricción sensible del juego de la competencia en dicho mercado.

Muy diferente era, como hemos dicho, el caso del mercado de la TV de pago en el que la posibilidad de que pudiera llegar a restringirse el juego de la competencia se veía, sin duda, favorecida por el hecho de que las condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 tuvieran señalada una vigencia de cinco años, es decir, hasta noviembre de 2007. En este ámbito, los riesgos más perceptibles se relacionaban con la posibilidad de que *AVS/Sogecable*, libre ya de esos límites regulatorios, llegara a dificultar el acceso de los cableoperadores a los derechos deportivos para su explotación en pago por visión, p.e., limitando la oferta de contenido para esta modalidad de TV de pago o elevando el precio de los mismos. Si bien hasta la temporada 2006/2007, 8 de los 10 partidos de cada jornada se habían venido explotando en la modalidad de pago por visión, la situación podría llegar a cambiar a partir del momento en que dejaran de estar vigentes las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros. Y, en este sentido, no cabía tampoco desconocer que la operación notificada entrañaba que a *Sogecable*, bien directamente bien a través de *AVS*, pasara a corresponderle la primera elección en 30 de las 38 jornadas de Liga y, en fin, el control conjunto de los contenidos exclusivos para las ventanas de pago y de pago por visión dentro del mercado de la TV de pago.

El riesgo de que llegaran a producirse restricciones al juego de la competencia dentro del mercado de la TV de pago a raíz de lo anterior podía verse agravado por el propio sistema de adquisición de los derechos sobre contenidos deportivos en nuestro país. Como habrá oportunidad de ver al tratar de los mercados de los contenidos *Premium* deportivos, el sistema imperante (derecho de arena/titularidad del club anfitrión + derecho de veto del club visitante) alimentaba la progresiva y cada vez más rápida concentración de derechos en manos de la plataforma de adquisición que contara con un mayor número de derechos ya adquiridos bajo una suerte de progresión geométrica.

Debía añadirse también que, aún antes de notificarse la operación *AVS III*, las condiciones bajo las que *Sogecable* y *AVS*, forzados por el Acuerdo del Consejo de Ministros que se viene reiterando, habían venido dando acceso a los cableoperadores a los contenidos deportivos para su explotación en PPV habían sido objeto de fuertes controversias.

El sistema imperante era, como se avanzó al ocuparnos del mercado de la TV en abierto, el de que *AVS/Sogecable* habría de percibir la mayor de las dos siguientes cantidades: (i) el

resultado de multiplicar el número de pinchazos (contrataciones realizadas por los abonados de los cableoperadores en el mercado minorista de la difusión) por un precio unitario de venta, aplicando un sistema de descuentos progresivo en función del volumen de ventas realizado; o (ii) un mínimo garantizado de ingresos por temporada determinado en función de las ventas realizadas por cada operador en temporadas anteriores o, de no existir éstas, de sus planes de negocio, en su caso, hechos públicos.

Este sistema de retribución constituía un buen caldo de cultivo para que por *Sogecable/AVS* se protagonizaran prácticas de pinzamiento o estrechamiento de márgenes y al mismo cabía achacar el deficiente grado de desarrollo del mercado de la TV de pago en nuestro país traído más arriba a colación. Tal sistema permitía, en efecto, a *Sogecable* controlar el coste marginal de sus competidores en el segmento del pago por visión de partidos de fútbol, impidiéndoles rentabilizar su inversión en la adquisición de contenidos, obtener economías de escala y reducir sus costes de programación por abonado para así rebajar sus precios e incrementar su base de clientes.

A cuenta de lo anterior, los cableoperadores habían entablado varios procedimientos arbitrales ante la CMT sobre la base de que los mínimos garantizados habían superado en ocasiones hasta seis veces la cifra de consumos reales (pinchazos) por parte de sus clientes. La CMT declaró expresamente el carácter no equitativo de tales mínimos garantizados, obligando a *Sogecable* a adaptar la cifra de mínimos en función de las ventas reales. Posteriormente, *Sogecable*, alegando falta de sumisión voluntaria al procedimiento arbitral, planteó las correspondientes demandas de anulación al amparo de lo dispuesto en la Ley 60/2003, de arbitraje, las cuales fueron estimadas por la Audiencia Provincial de Madrid, declarando la nulidad de los Laudos Arbitrales dictados por la CMT, por inexistencia de convenio arbitral entre *Sogecable* y las operadoras demandantes.

Frente a ese modelo, algunos operadores de cable propugnaban un sistema de sublicencia sin exclusiva, basado en el pago de una especie de “royalty” al titular del derecho independiente del número de pinchazos. Así, el precio mayorista sería un tanto fijo y no dependería del número de abonados, posibilitando de esta manera una concurrencia en precios y servicios.

En el Informe de la CNC sobre los Derechos del fútbol se reflejaba también esta situación. Se contraponía a la descripción de este escenario ineficiente desde un punto de vista competitivo el de otro más eficiente. Así y en cuanto al primero: *“Desde el punto de vista económico, este sistema supone que el revendedor mayorista impone un coste al comprador del contenido que, al depender del número de unidades que este último venda, irá incrementando el coste total del activo conforme sea mayor el volumen de ventas realizado (número de pinchazos). De esta manera, el revendedor, que también es competidor con los adquirentes del contenido aguas abajo, puede controlar el coste de los competidores y estrechar sus márgenes, reduciendo la posibilidad de aquéllos de competir en precios por el servicio de pago por visión. Esto permitiría al revendedor mantener sus precios aguas abajo en un nivel supracompetitivo, sin por ello perder cuota de mercado. Por añadidura, la no venta de los contenidos no comporta un perjuicio efectivo a este tipo de revendedor, puesto que así se refuerza la exclusividad del contenido aguas abajo, y aumenta el valor de la explotación audiovisual aguas abajo del mismo”*.

En cuanto al otro más eficiente: *“Este comportamiento es radicalmente diferente del que adoptaría un revendedor independiente, quien intentará maximizar los beneficios por la*

venta de sus activos, sin atender al escenario competitivo entre operadores aguas abajo. En esta maximización del beneficio del revendedor independiente, la valoración de ofrecer un contenido en exclusiva o no va a depender de su ponderación del beneficio que pueda obtener, atendiendo exclusivamente a la reventa misma del activo, y no a los ingresos que se obtengan por la explotación audiovisual aguas abajo. En este sentido, el revendedor puede adoptar una estrategia de licencia sin discriminar entre operadores aguas abajo y, por tanto, sin beneficiar abiertamente a alguno de ellos en el acceso a los activos. Además, siempre tendrá un incentivo a vender los contenidos, ya que la perspectiva de no encontrar compradores supone que no podrá rentabilizar su inversión”.

La posibilidad de ofrecer contenidos audiovisuales deportivos bajo la modalidad de pago por visión a través de la plataforma de TV digital terrestre (TDT) no estaba tan cercana como para que el TDC, en su Dictamen sobre el caso *AVS III*, llegara a pronunciarse sobre la misma. En cambio, en el posterior Informe de la CNC sobre la Competencia en los mercados de la adquisición y la explotación de los derechos audiovisuales de fútbol en España, si se hizo una especial mención a esta posibilidad desde un punto de vista de dinámico a la hora de acercarse al estudio del mercado (si bien, normativamente, no se barajaba aún la posibilidad de la TDT de pago, varios concesionarios del servicio público televisivo habían interesado del Gobierno la implantación de esta modalidad).

El modelo de negocio sería parecido al existente en Italia, donde se podía adquirir el contenido a través de una tarjeta pre-pago (podían adquirirse, p.e., en quioscos de prensa y otros establecimientos similares) y contra el saldo de esa tarjeta se irían cargando las diversas compras de contenido, sin necesidad, por tanto, de contrato ni de abonar cuotas de abono (algo similar a lo sucedido con las modalidades de contrato y tarjeta pre-pago a la hora de adquirir servicios de telefonía móvil)

La irrupción del suministro audiovisual en modalidad de pago a través de la TDT podría, en efecto, suponer una mayor competencia dentro del mercado de la TV de pago. Sin embargo, estas afirmaciones podrían no llegar a ser del todo ciertas en un escenario como el que se iba fraguando en el mercado español. En este sentido, los riesgos eran los de que se reprodujeran en el ámbito de la plataforma de TV digital terrestre de pago los mismos problemas que habían llegado a plantearse en el de la TV digital por satélite de pago. En TV por satélite los riesgos procedían de la fuerte vinculación estructural entre *AVS*, activa en el mercado ascendente de los contenidos *Premium* deportivos, y *Sogecable*, activa en el descendente de la TV de pago, y en TDT esos mismos riesgos podrían llegar a nacer de la vinculación vertical entre *Mediapro*, presente en el mercado ascendente de los contenidos deportivos, y *La Sexta*, activa hasta ese momento en el mercado aguas abajo de la TV en abierto, pero que aspiraba también acceder al mercado de la TV de pago. Así, si bien podía llegar a ser cierto que la irrupción de *Mediapro/La Sexta* podría llegar a compensar la posición dominante de *AVS/Sogecable* en todos esos mercados, también resultaba probable la aparición de la colusión horizontal entre esas dos plataformas tanto en los mercados ascendentes, como en los descendentes, todo ello en detrimento, principalmente, del papel de los cableoperadores en el mercado de la TV de pago.

El hecho de que la operación propuesta llegara a afectar al juego de la competencia en el mercado de la TV de pago, conforme a cuanto se acaba de exponer, llevó al TDC a imponer una serie de remedios o condiciones para aprobar la operación. Así, “*en la medida en que AVS disponga en exclusiva de los derechos audiovisuales de todos los equipos de fútbol de la*

Primera División para la emisión en directo de los partidos de fútbol de las competiciones de Liga española y Copa del S.M. el Rey, (excepto la final)”:

- *“AVS debe garantizar el acceso de terceros sin exclusiva y en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a las imágenes de los partidos de fútbol emitidos en la ventana de pago por visión, en forma que estos terceros puedan explotar pacíficamente y en su plenitud los derechos adquiridos”;*
- *“De decidir Sogecable/AVS aumentar el número de partidos emitidos en la ventana de pago, deberá hacerlo en régimen de no exclusiva, garantizando el acceso de terceros en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias. En todo caso los terceros han de poder explotar pacíficamente y en su plenitud los derechos adquiridos”.*

Además, el Plan de Actuaciones llamado a desarrollar estas condiciones debía habilitar mecanismos de resolución de conflictos que permitiesen la solución de controversias de forma rápida y eficiente (dicho Plan de Actuaciones llegó a incluirse en Acuerdo de Consejo de Ministros de 23 de marzo de 2007). Tales condiciones debían imponerse a AVS, o a quien ejerciese su control tanto directa como indirectamente.

Por otra parte, el análisis de los riesgos que de la operación notificada podían derivarse para el desenvolvimiento de la competencia en los *“mercados de la explotación audiovisual de los derechos del fútbol mediante otras tecnologías en España (Internet y UMTS)”* era en gran medida coincidente con los que acabamos de ver a propósito del mercado de la TV de pago. En esencia, tales riesgos eran los derivados de la integración vertical Sogecable/AVS que podía llevar a que la misma coordinara su comportamiento en el mercado ascendente de la reventa de derechos sobre los contenidos deportivos *Premium* y en el descendente de la explotación a través de Internet y UMTS.

En virtud del Acuerdo de 24 de julio de 2006, AVS contaba con los derechos de explotación de los contenidos audiovisuales de los clubes para Liga y Copa mediante cualquier formato o soporte y por cualquier sistema, procedimiento o modalidad, salvo la retransmisión televisiva en abierto, para los ámbitos territoriales de España y Andorra hasta un límite temporal que no se desvelaba por razones confidenciales. Esto incluía, por tanto, la explotación, en España, de las imágenes de Liga y Copa por los canales de Internet, UMTS y otros soportes.

En los *“mercados de la explotación audiovisual de los derechos del fútbol mediante otras tecnologías en España (Internet y UMTS)”* estaba vigente en el momento de plantearse la operación la Condición Cuarta del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2002 que impedía a Sogecable ejercer o adquirir, directa o indirectamente, en régimen de exclusiva, derechos para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de S.M. el Rey mediante telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos.

Sin embargo, este Acuerdo tenía señalada una vigencia que terminaba en noviembre de 2007. Tan pronto como llegara a producirse esta expiración, Sogecable pasaría a ser el proveedor exclusivo de la totalidad de dichos derechos y no estaría obligado a garantizar su acceso a terceros en condiciones de no exclusiva, y de forma equitativa, transparente y no discriminatoria. Es decir, que Sogecable podría estar incentivada para reducir o eliminar el acceso a contenidos importantes para el desarrollo de estos mercados frente a operadores del mercado descendente de Internet, UMTS y otros soportes que compitiesen con empresas del

mismo grupo de *Sogecable*. Esta situación se veía agravada por la eliminación del contrapeso que suponía la posibilidad de que *TVC* ejercitase su derecho de veto, posibilidad que desaparecía con la operación que implicaba conferir el control exclusivo a *Sogecable* sobre *AVS*.

Llegados a este punto, se hacía necesario recordar que Grupo *Prisa*, que ejercía el control exclusivo sobre *Sogecable*, se encontraba presente en diversos negocios de prensa (*El País*), radio (*Cadena Ser*), televisión (*Digital +*) e Internet, en donde, para el desarrollo de sus portales, en particular los relacionados con información deportiva, el acceso a estos contenidos (imágenes de resúmenes de partidos y goles de la Liga y Copa) podía ser muy interesante y conferirles una ventaja competitiva si, además, se excluía o limitaba el acceso de sus competidores a dichos contenidos. También *Telefónica*, que mantenía vínculos con *Sogecable*, podía estar interesada en la explotación de esos contenidos a través de Internet o telefonía móvil UMTS (*Movistar*).

Desde enero de 2007, *AVS* había iniciado la comercialización de dichos derechos y había llegado a suscribir sendos contratos con operadores como *El Mundo* y *Prisa*. Otros operadores que competían en ese mercado se encontraban negociando el acceso a estas imágenes, pero según habían informado al TDC, mantenían serias divergencias sobre las condiciones de comercialización impuestas por *AVS*, que consideraban abusivas.

Como conclusión para todo lo dicho, la operación notificada, sobre todo en lo que respecta al refuerzo de las relaciones verticales, podía tener un impacto significativo sobre el mantenimiento de la competencia en el mercado de la explotación de derechos audiovisuales de los partidos de fútbol de Liga y Copa por Internet, UMTS u otros medios, lo cual aconsejaba la imposición de ciertas condiciones a fin de evitar el bloqueo de los insumos necesarios para que los competidores de *Sogecable* pudieran estar presentes en dicho mercado.

Así, el TDC impuso como condición la de que, “*En la medida en que AVS disponga en exclusiva de los derechos audiovisuales de todos los equipos de fútbol de la Primera División para la emisión en directo de los partidos de fútbol de las competiciones de Liga española y Copa del S.M. el Rey, (excepto la final): AVS debe garantizar el acceso de terceros sin exclusiva y en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias a las imágenes de los partidos de fútbol emitidos en Internet, telefonía móvil y otros mercados que puedan surgir, en forma que estos terceros puedan explotar pacíficamente y en su plenitud los derechos adquiridos*”.

También en el posterior Informe de la CNC sobre la Competencia en los mercados de la adquisición y la explotación de los derechos audiovisuales de fútbol en España se advertía del riesgo de que al revendedor integrado verticalmente con algún operador activo en el mercado descendente de la TV de pago le pudiera traer cuenta ralentizar el desarrollo de los mercados de comunicación audiovisual de contenidos deportivos a través de esas plataformas alternativas de comunicación audiovisual a fin de preservar su posición dominante en aquél.

A estos efectos, *Telemadrid* se había referido ya en sus alegaciones en el expediente *AVS III* a que la limitación de la explotación por otras tecnologías (vía UMTS o Internet), eliminaba el efecto “canibalizador” de las nuevas tecnologías sobre la televisión de pago como parte de la estrategia de reducir la oferta total. Y en este sentido, cabía plantearse hasta qué punto el limitado grado de penetración de tales servicios en nuestro país respondía a la dificultad de

los operadores de los mismos para adquirir los contenidos aguas arriba directamente de los Clubes y a las pocas perspectivas de rentabilizar el negocio a partir de su adquisición en la fase de reventa.

i) El mercado de la televisión de pago en el caso del abuso de posición dominante de Mediapro (caso Gol TV)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Gol TV (remisión)

Esta identificación se hizo ya al tratar de este mismo asunto al referirnos a su incidencia sobre el mercado de la TV en abierto (§ 1.G.i.). Valdría, pues, con remitirse a lo dicho allí.

Recordaremos, no obstante, que las partes implicadas eran, principalmente:

- **Mediapro**, activa en el mercado de los contenidos deportivos con valor *Premium* y que presentaba vínculos verticales con *La Sexta*, activa en el mercado descendente de la TV en abierto.
- **Gol Televisión**, filial al 100 % de *Mediapro*, y que explotaba desde 2008 el canal de TDT del mismo nombre, utilizando uno de los canales digitales atribuidos a *La Sexta* para emitir partidos de Liga y Copa del Rey con valor *Premium*, aunque también se emitía el canal *Gol Televisión* a través de *Imagenio* y de las plataformas de algunos cableoperadores.
- **Distribuidora de Televisión (DTS)**, integrada en el Grupo *Prisa* y que, tras absorber *Canal Satélite Digital*, pasó a integrar a la plataforma de TV de pago por satélite de *Sogecable*, *Digital +*, que ofrecía cerca de cien canales de televisión; los más importantes de ellos estaban especializados en contenidos cinematográficos y documentales, de deportes e informativos. Entre las empresas que habían quedado al margen de esta reorganización se encontraba *Audiovisual Sport, SL (AVS)*, cuya principal actividad era la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y de la Copa de SM el Rey de fútbol. Los accionistas de *AVS* eran *Sogecable* (80 %) y *TVC Multimedia, SL* (20 %).

En ese momento, *AVS* tenía una actividad mínima, en la medida en que la explotación de los derechos audiovisuales de Liga y de la Copa de SM el Rey de fútbol de las temporadas 2009/2010 y siguientes estaba siendo gestionada por *Mediapro*. Todo ello debía entenderse sin perjuicio de que la Sentencia de 15 de marzo de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid en el procedimiento ordinario 1052/2007 hubiera atribuido a *AVS* la titularidad de los derechos audiovisuales de la mayoría de los equipos de fútbol de Primera y Segunda División.

- **Gestevisión Telecinco, SA (Telecinco)**. *Telecinco* contaba con una concesión para emitir a través de la TDT cuatro canales de televisión en toda España.

Con posterioridad a que se dictara el pliego de concreción de hechos en el expediente, *Telecinco* había adquirido a *Prisa* el 100 % del capital social de *Sociedad General de Televisión Cuatro SAU*, operación autorizada con compromisos por Resolución del

Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010. Con ello había adquirido la titularidad de los canales de TDT que explotaba el grupo *Prisa*, incluido el *Canal Cuatro*.

- **Telefónica de España, SAU**. *Telefónica* era, como se sabe, el operador de comunicaciones electrónicas con poder significativo de mercado en España que explotaba el canal de TV de pago *Imagenio*.

Después de que la Dirección de Investigación formulara su pliego de cargos el grupo *Telefónica* y el grupo *Telecinco* habían adquirido sendas participaciones del 22 % en *Digital +*, quedando el 56 % restante en manos de *Prisa*. Esta operación, sin embargo, a diferencia de la anterior de *Telecinco* con *Cuatro*, no pasó el filtro de competencia.

- **Cableoperadores**, tales como *Cableuropa, SAU* o *Tenaria, SA (ONO)* o la *Agrupación de Operadores de Cable, A.I.E. (AOC)*, que incluía operadores como *Telecable de Asturias, SA*, *Euskaltel, SA* y *R Cable y Telecomunicaciones Galicia, SA*.
- **Operadores de TV de menor entidad**, tales como *Jazztel*; *Orange*; asociaciones de operadores de cable locales; *Antena 3*; cadenas autonómicas como *TV Catalana*, *TV Valenciana*, *Telemadrid* y otras; operadores de comunicaciones electrónicas, como la misma *Orange* o *Vodafone*, para la emisión de TV al móvil del canal *Movigol* de Gol TV; y, por último, otros propietarios de páginas web para la emisión de resúmenes como *Unedisa*, *BBVA* y *Público*.

ii) Reseña general del caso Gol TV (remisión)

Recordando lo dicho al tratar del mercado de la TV en abierto, en *Gol TV* (expediente sancionador S/0153/09) se trataba de que *Mediapro*, en el primer semestre de 2009, se había dirigido a varios operadores de TV en abierto y de pago (*Sogecable*, cableoperadores, *Telefónica*, etc.) solicitándoles ofertas para obtener licencias de emisión televisiva de partidos y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012.

Las condiciones de la comercialización de tales derechos podían hacer pensar en la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, fundamentalmente de un abuso de posición dominante protagonizado por la misma *Mediaproducción, SL* y su filial al ciento por ciento *Gol TV, SL* en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol y en los mercados descendentes de televisión, particularmente, de pago. Tampoco resultaba descartable de antemano que tales prácticas restrictivas pudieran examinarse la luz del Art. 1 LDC y 101 TFUE y de la existencia de colusión vertical, por esos acuerdos de reventa de *Mediapro* a otros operadores audiovisuales de los derechos deportivos.

A la denuncia de lo anterior se sumó luego otra presentada por *DTS/CSD*, que consideraba que *Mediapro* había abusado de su posición de dominio en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de fútbol por su negativa constructiva a cederle los derechos de emisión de partidos en pago por visión, al ligar esta cesión a que *DTS* comercializase el servicio *Gol Bar*, producido por *Mediapro*, en locales comerciales. En dicha denuncia *DTS* solicitaba también que la CNC adoptase medidas cautelares obligando a *Mediapro* a entregar a *Canal Satélite Digital, S.L.* la señal de todos los partidos emitidos en PPV de Liga y Copa de fútbol, en las mismas condiciones económicas acordadas por

Mediaproducción, SL con los operadores de cable y ADSL para estos partidos, y sin vincular el acceso a dichas emisiones de PPV a la contratación del servicio *Gol Bar* en locales comerciales ni a ningún otro producto distinto del PPV residencial. Luego *DTS* desistió de esta petición, por haber llegado a un principio de acuerdo con *Mediapro*, y el 11 de septiembre de 2009 *DTS* firmó un acuerdo con *Mediapro* en relación con la emisión de partidos de Liga y Copa de fútbol en PPV a clientes residenciales.

Si bien todas estas conductas se verificaban en los mercados ascendentes de los contenidos deportivos, también era cierto que las mismas proyectaban sus efectos sobre los mercados descendentes de la difusión televisiva y de la comunicación audiovisual. En especial, los efectos se dejaban sentir en el mercado de la TV de pago; los producidos en TV en abierto ya los examinamos.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la televisión de pago en el caso Gol TV

Nos centraremos aquí sólo en los aspectos específicos relacionados con el mercado español de la TV de pago, además de hacer mención a ciertos aspectos comunes con el mercado de la TV en abierto que pudimos ya estudiar al tratar de este último. A diferencia de lo sucedido con el mercado de la TV en abierto, los partidos de fútbol sí eran un insumo esencial para poder sobrevivir en el mercado afectado de la TV de pago.

Debía recordarse que, hasta noviembre de 2007, había estado vigente la condición quinta del ACM 2002, dictada en el contexto de la integración de las plataformas digitales en España, que obligaba a *Sogecable*, en el caso de adquirir en exclusiva derechos deportivos con valor *Premium*, a otorgar sublicencias a otros operadores en abierto y de pago por visión.

Por otro lado, los operadores audiovisuales que habían adquirido derechos de los clubes en el mercado primario eran los que luego adquirirían del *pool* (AVS), al que previamente habían aportado los derechos adquiridos, la facultad de retransmitir partidos concretos. Así, en *AVS I*, *Sogecable* (a través de *Canal +* y *Canal Satélite Digital*), había sido el único operador de pago que había adquirido el derecho a la emisión de partidos. En *AVS II*, lo habían sido otra vez *Sogecable* y, además, *Telefónica*, a través de *Vía Digital*; si bien, tras la intervención de la Comisión Europea, *AVS* permitió a los distintos operadores de televisión de pago emitir los mismos partidos en PPV que se emitían en *Canal Satélite Digital* y *Vía Digital*. Por último, en *AVS III* los partidos de pago volvían a quedar para *Sogecable* a cambio de que los partidos en abierto quedaran para *Mediapro*.

A lo largo de la temporada 2006/2007, los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol se explotaban en relación con los partidos de Primera División de acuerdo con un sistema o modelo diseñado por los operadores presentes en el *pool*, que fue objeto de revisión por las autoridades de competencia en los acuerdos *AVS I*, *II* y *III*, y que, en lo concerniente a la TV de pago, era el siguiente: (i) cesión de un partido de Liga de Primera División por jornada en exclusiva para televisión de pago y en directo por *AVS* a *Sogecable*, quien lo emitía a través de *Canal +*; (ii) cesión de ocho partidos de Liga de Primera División por jornada en PPV y en directo por *AVS* a *Sogecable*, *Telefónica* y los principales operadores de cable (*ONO* y *AOC*) (asimismo, se establecía un sistema de elecciones para que las distintas ventanas, abierto, pago y PPV, pudieran elegir los partidos que emitirían cada jornada a lo largo de la temporada); (iii) los partidos de Liga de Segunda División eran todos emitidos en abierto; (iv) los partidos de Copa del Rey eran emitidos, por lo general, en

pago por visión, aunque algunos lo eran también en abierto, y ello dependiendo de que se llegara o no a contar con los derechos de los dos clubes.

En definitiva, los derechos solían ser mayoritariamente adquiridos por operadores audiovisuales que procuraban su explotación en sus propios medios de comunicación, entre los que se incluían las cadenas de TV de pago. En el pasado, mientras *Sogecable* había sido el adquirente de buena parte de los derechos audiovisuales de clubes de fútbol, la explotación en ventana de pago se había producido en exclusiva, a diferencia de la ventana de pago por visión que las autoridades de competencia habían obligado a abrir a terceros.

En los años inmediatamente anteriores a la resolución se habían ampliado las posibilidades tecnológicas para ofrecer servicios de televisión de pago. En consecuencia, los servicios de televisión de pago en España se prestaban a través del satélite (*Sogecable*), cable (*ONO*, *Telecable de Asturias*, *R Cable*, *Euskaltel*, etc.), TV-IP (*Telefónica*, *Jazztel*, *Orange*, etc.) y más recientemente, TDT de pago (*Gol TV*).

En cuanto a esto último, con el Real Decreto Ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regulaba, para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional, se había autorizado la TDT de pago en un canal por concesionario. En agosto de 2009 *La Sexta* se había acogido a esta posibilidad, al subcontratar uno de sus dos canales para que se retransmitiese *Gol TV* en TDT de pago, a partir del 1 de septiembre de 2009 (las retransmisiones habían comenzado la última semana de agosto, pero en abierto).

Asimismo, a partir del 1 de mayo de 2010, el canal *AXN*, que ya se emitía en otras plataformas tecnológicas de televisión de pago, había comenzado a emitirse en TDT de pago en uno de los canales correspondientes a *UNEDISA*. *AXN* se había venido ofreciendo en TDT de pago de forma conjunta con *Gol Televisión*. Además, había que tener en cuenta que a partir del 1 de mayo de 2010, el artículo 24.3 de la Ley 7/2010 de Comunicación Audiovisual permitía la TDT de pago para un máximo del 50 % del espectro asignado a cada operador dentro de cada múltiple digital con capacidad para cuatro canales digitales.

La telefonía móvil constituía otra plataforma a través de la que podían llegar a prestarse estos servicios. Así, *Telefónica*, *Vodafone* y *Orange* empezaron a prestar en 2007 servicios de televisión de pago por telefonía móvil. En la temporada 2009/2010, los operadores de telefonía móvil habían comenzado a emitir de nuevo resúmenes de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, tras haber dejado de hacerlo en temporadas anteriores.

Según la CMT, el número de abonados a estos servicios de televisión de pago por telefonía móvil en el cuarto trimestre de 2009 fueron: *Telefónica*, 235.833; *Vodafone*, 97.395; y *Orange*, 13.300. Los ingresos totales en ese año 2009 fueron de 18,8 millones de euros. Asimismo, había comenzado a emitirse *Gol Televisión* para terminales móviles. A consecuencia de todo ello, en 2010 había ascendido el número total de abonados a la televisión móvil. En concreto, el número de abonados a esos servicios de televisión de pago por telefonía móvil en el tercer trimestre de 2010 fue: *Telefónica*, 382.666 (un 82.1 % del total), *Vodafone*, 68.760 y *Orange*, 14.827.

Pese a estas mayores posibilidades tecnológicas, la televisión de pago seguía teniendo una tasa de penetración relativamente reducida, pues, según el informe de la CMT para el último trimestre de 2009, en dicho período estaban abonados a la misma una media 4,1 millones de

clientes, lo que representaba aproximadamente el 25 % de los hogares en España. Los ingresos de la televisión de pago habían sido de 1.825 millones de euros en 2009.

Dentro de este mercado se apreciaba además una cierta diferenciación de producto. Una característica propia de la televisión de pago por cable o sobre ADSL (TVIP) era que se solía comercializar en conjunción con otros servicios de comunicaciones audiovisuales (telefonía fija, acceso a Internet de banda ancha y telefonía móvil). De hecho, en 2008 sólo el 5,0 % de los abonados vía cable y el 0,1 % de los abonados vía ADSL (TVIP) demandaban exclusivamente televisión de pago. En cambio, *Sogecable*, el primer operador, que ofertaba por sí mismo exclusivamente servicios de TV de pago, había centrado su política comercial en la exclusividad de los contenidos *Premium*, destacando entre ellos el fútbol en directo.

La Dirección de Investigación recogía en el Informe Propuesta los siguientes datos sobre la oferta del mercado de televisión de pago (estos datos no incluían la TV de pago por telefonía móvil):

ABONADOS MERCADO DE LA TV DE PAGO						
Operador	2007		2008		2009	
	Abonados	Cuota	Abonados	Cuota	Abonados	Cuota
<i>SOGE CABLE</i>	2.065.093	51,88 %	2.034.865	48,49 %	1.919.277	48,49 %
<i>ONO</i>	964.822	24,24 %	1.039.012	24,76 %	989.889	25,01 %
<i>Telefónica</i>	508.766	12,78 %	607.203	14,47 %	642.904	16,24 %
<i>AOC*</i>	214.549	5,39 %	237.746	5,66 %	277.008	7,00 %
<i>Otros</i>	226.994	5,70 %	277.940	6,62 %	128.715	3,25 %
TOTAL	3.980.224	100 %	4.196.766	100 %	3.957.793	100 %

INGRESOS MERCADO DE LA TV DE PAGO (en millones de euros)						
Operador	2007		2008		2009	
	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota	Ingresos	Cuota
<i>SOGE CABLE</i>	1.522,00	75,70 %	1.542,27	73,08	1.253,97	68,7 %
<i>ONO</i>	262,2	13,00 %	258,53	12,4 %	233,54	12,8 %
<i>Telefónica</i>	122,8	6,10 %	156,26	7,5 %	160,08	8,8 %
<i>AOC*</i>	55,2	2,70 %	57,06	2,7 %	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>
<i>Otros</i>	48,01	2,40 %	76,10	3,6 %	<i>n.d.</i>	<i>n.d.</i>
TOTAL	2.010,30	100 %	2.090,22	100 %	1.825,25	100 %

* Incluyendo *Telecable de Asturias*, *R Cable* y *Euskaltel*

Fuente: *Informes anuales y trimestrales CMT*

A partir de estos datos la misma Dirección de Investigación extraía una serie de conclusiones:

- 1.^a Se podía deducir que *Sogecable* era el operador preeminente del mercado de televisión de pago, tanto en términos de abonados, 48,5 % en 2009, como de ingresos, 68,7 % en 2009, si bien su posición se había visto erosionada en los últimos años anteriores a la resolución, entre otras razones, por la entrada de nuevos operadores como *Gol TV* y por las ofertas agrupadas de televisión de pago y otros servicios de sus competidores.
- 2.^a El hecho de que su cuota en términos de ingresos fuera significativamente superior a su cuota en abonados implicaba que los precios medios que aplicaba *Sogecable* a sus abonados eran también significativamente superiores a los de la competencia, en parte gracias a sus contenidos exclusivos.
- 3.^a De los anteriores datos, se podía deducir que *Sogecable* disponía de una posición competitiva muy significativa en el mercado de la televisión de pago en España.
- 4.^a En lo que respecta a *Gol TV*, en el cuarto trimestre de 2009 disponía ya de 153.151 abonados en TDT, según datos del informe trimestral de la CMT, pasando a convertirse de esta manera en el cuarto operador de pago por número de abonados.

Los datos más recientes publicados por la CMT (Informe Trimestral julio-septiembre 2010) registraban un aumento del número de abonados a la televisión de pago. En el tercer trimestre de 2010 estaban dados de alta 4.188.035 abonados, lo que se situaba cerca de los niveles de 2008.

No obstante, la evolución del número de abonados por operador estaba siendo desigual. *Sogecable* perdía abonados en términos absolutos, bajando hasta los 1.772.677 en ese tercer trimestre de 2010, lo que suponía un 42,3 % de cuota en el mercado de la televisión de pago en términos de abonados. También descendía *ONO* hasta los 954.267 abonados en ese mismo trimestre (22.8 % de cuota en términos de abonados). Aumentaban fundamentalmente en ese mismo periodo *Telefónica*, con 771.299 abonados (un 18.4 % de cuota de mercado), y *Gol TV*, que había conseguido alcanzar los 276.977 abonados (un 6.6 % de cuota). Las cuotas por ingresos reflejaban también esta evolución.

Por otra parte, el consumo de contenidos futbolísticos había sido tradicionalmente una de las principales fuentes de ingresos en el PPV y similares dentro de la televisión de pago, representando un 53,3 % del total de pinchazos en 2007 y un porcentaje aun superior en términos de ingresos. Sin embargo, como podía deducirse del siguiente cuadro, el fútbol en PPV había experimentado una caída muy significativa en términos de pinchazos en los años 2008 y 2009, año este último en el que el fútbol había pasado a sólo representar el 34,2 % de los pinchazos:

CONTRATACIONES EN TELEVISION MEDIANTE PPV Y SIMILARES POR TIPO DE CONTENIDO (unidades)						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Fútbol	13.665.786	13.535.470	16.323.422	15.963.044	13.177.346	6.510.182
Películas	7.222.500	8.235.565	10.474.581	11.464.605	13.048.933	10.797.326
Resto	141.382	26.690	809.070	2.273.946	2.154.441	1.706.075
Total	21.029.668	21.797.725	27.607.073	29.701.595	28.380.720	19.013.583

Fuente: Informes anuales CMT

Este descenso se había debido, entre otros factores, al conflicto entre *Sogecable/AVS* y *Mediapro* sobre la aplicación del acuerdo de 24 de julio de 2006 durante las temporadas 2007/2008 y 2008/2009, que había impedido o dificultado la emisión en PPV de algunos partidos de la Liga de Primera División. Asimismo, de cara a la temporada 2009/2010, el número de partidos en PPV había bajado de los ocho de la temporada 2006/2007 a los 4/5 de la temporada 2009/2010, no siendo ninguno de los partidos emitidos en PPV en esta última temporada del Real Madrid o del Barcelona, los equipos con más capacidad de atracción de pinchazos.

En 2010, todo apuntaba a que proseguía el llamativo descenso del número de contrataciones en televisión mediante pago por visión en términos globales y muy especialmente en lo que se refería al fútbol. El total de pinchazos para este tipo de contenidos en los tres primeros trimestres de 2010 ascendió a 1.000.897. Con todo, los pinchazos de PPV referidos al fútbol en el tercer trimestre de 2010 (167.065 pinchazos) fueron superiores en número a los registrados en el mismo trimestre de 2009 (138.392 pinchazos).

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la televisión de pago en el caso Gol TV

(1) Configuración de paquetes para televisión de pago

Los derechos sobre los partidos eran insumos indispensables para operar en el mercado descendente de la TV de pago. En este sentido debía partirse de que *Mediapro*, activa en derechos y contenidos audiovisuales, se encontraba verticalmente integrada con *Gol TV*, que lo estaba en el mercado de la TV de pago. Esto implicaba que el mercado de la TV de pago tuviera que ser considerado también relevante en este caso.

En la propuesta dirigida en 2009 por *Mediapro* a los difusores, entre los que se incluían los operadores de pago, se ofertaba la reventa a éstos de derechos sobre los encuentros conforme a los paquetes de derechos que la misma *Mediapro*, de modo unilateral, había diseñado. Se confeccionaban así 11 paquetes distintos de los que los más directamente relacionados con la TV de pago eran los que pasamos a detallar:

- **Paquete 2.** Comprendía: (i) la licencia de emisión en exclusiva, por un **canal Premium de contenido generalista de televisión de acceso condicional de pago**, de un partido

por jornada del Campeonato Nacional de **Liga de 1ª División**; y (ii) la licencia de emisión no exclusiva de un programa resumen. En cuanto a (i) se establecía una franja horaria para la emisión de partidos y unas reglas de elección del partido de cada jornada y, adicionalmente, se señalaba que esa emisión de los partidos podría realizarse por cable, satélite e IPTV, en directo y en diferido. En cuanto a (ii), se fijaba que el programa resumen se emitiría el domingo a partir de las 23:00 horas y que los resúmenes de cada partido disponible no podrían tener una duración en su totalidad superior a los diez minutos.

- **Paquete 3.** Comprendía: (i) la licencia de emisión no exclusiva, por un **canal temático de fútbol o deportes de televisión de acceso condicional de pago**, de dos partidos por jornada del Campeonato Nacional de **Liga de 1ª División**; y (ii) la licencia de emisión de un programa resumen. En cuanto a (i), se establecían unas reglas de elección de los partidos de cada jornada, se fijaba que su horario de emisión no podría coincidir con el de los paquetes 1 (abierto; *vid supra* este mercado) y 2 y se señalaba que esa emisión de los partidos podría realizarse por televisión por cable, satélite, IPTV y TDT, en directo y en diferido. En cuanto a (ii), se establecía que los resúmenes de cada partido disponible no podrían tener una duración en su totalidad superior a los diez minutos.
- **Paquete 4.** Comprendía la licencia de emisión en exclusiva, por un **canal Premium de contenido generalista de televisión de acceso condicional de pago**, de un partido por jornada del Campeonato Nacional de **Liga de 2ª División**. Se establecía una franja horaria para la emisión de los partidos, se fijaban unas reglas de elección del partido de cada jornada y se disponía que la emisión de los partidos podría realizarse por cable, satélite e IPTV, en directo y en diferido.
- **Paquete 6.** Comprendía: (i) la licencia de emisión no exclusiva, por un **canal temático de fútbol o deportes de televisión de acceso condicional de pago**, de dos partidos por jornada del Campeonato Nacional de **Liga de 2ª División**, y (ii) la licencia de emisión de un programa resumen. En cuanto a (i), se establecían unas reglas de elección del partido de cada jornada, se fijaba que el horario de emisión de los partidos no podrá coincidir con el del paquete 4 y se señalaba que esa emisión de los partidos podría realizarse por televisión por cable, satélite, IPTV y TDT, en directo y en diferido. En cuanto a (ii), en este paquete no se limitaba el tiempo de los resúmenes de cada partido.
- **Paquete 10.** Comprendía: (i) la licencia de emisión en exclusiva, por un **canal Premium de contenido generalista de televisión de acceso condicional de pago**, de un partido por jornada correspondiente a la **Copa de SM el Rey**, y (ii) un programa resumen de dicha competición. Se establecía una franja horaria para la emisión de los partidos, se fijaban unas reglas de elección del partido de cada jornada y se disponía que la emisión de los partidos podría realizarse por cable, satélite e IPTV, en directo y en diferido.
- **Paquete 11.** Comprendía: (i) la licencia de emisión en exclusiva, **por un canal temático de fútbol o deportes de televisión de acceso condicional de pago**, de los restantes partidos correspondientes a la jornada de la **Copa de SM el Rey**, y (ii) un programa resumen de dicha competición. Se establecía una franja horaria para la emisión de los partidos, se fijaban unas reglas de elección del partido de cada jornada y se disponía que la emisión de los partidos podría realizarse por cable, satélite e IPTV, en directo y en diferido.

(2) Entramado contractual para emisiones de pago

Tras la remisión de su oferta, *Mediapro* llegó a firmar contratos, además de con otros operadores de comunicación audiovisual, con los operadores de TV de pago. Si bien, en algunos casos, los contratos se ajustaron exactamente a los paquetes ofertados por *Mediapro*, expuestos en el anterior epígrafe, en otros no fue así. Además todos los precios de los contratos se mantenían bajo confidencialidad. Así:

❖ **Gol TV**. Mediapro celebró con su filial al 100 % los siguientes contratos:

- ***Contrato de 03/06/2009***. Los derechos materia de este contrato se concedían para su explotación únicamente en el canal temático de fútbol y deportes, *Gol Televisión*, que sería distribuido, en acceso condicional de pago, en las modalidades de emisión por cable, satélite, IPTV, televisión por móviles y TDT. En virtud de este contrato de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, *Gol TV* adquiría, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, los derechos de emisión televisiva en España y Andorra que se pasan a enumerar.
 - **Partidos de Liga de Primera División**. *Gol TV* adquiría para cada jornada de Liga de Primera División de fútbol: (i) los derechos en directo y diferido sobre dos partidos y (ii) un programa resumen. En cuanto a (i), uno de esos dos partidos siempre debía ser del *Real Madrid* o del *Barcelona*, con la excepción del partido entre ambos clubes que se emitiría en televisión en abierto.
 - **Partidos de Liga de Segunda División**. *Gol TV* adquiría para cada jornada de Liga de Segunda División de fútbol: (i) los derechos sobre dos partidos, en directo y diferido y (ii) un programa resumen.
 - **Partidos de Copa de SM el Rey**. *Gol TV* adquiría para jornada de Copa de SM el Rey: (i) los derechos en directo o diferido sobre los partidos de esta competición, salvo los dos partidos objeto de emisión en un canal *Premium* de contenido generalista de televisión de pago y en televisión en abierto, y (ii) un programa resumen. En cuanto a (i), los partidos cedidos a *Gol TV* no podrían ser emitidos por terceros en televisión en abierto, con la excepción de los cuatro primeros partidos que jugase el *Barcelona*, que *Mediapro* podría ceder a una televisión en abierto para su emisión en Cataluña, y los cuatro primeros partidos que jugase un equipo valenciano, que *Mediapro* podría ceder a una televisión en abierto para su emisión en la Comunidad Valenciana.

En este contrato, para todos los derechos cedidos sobre partidos de Liga y Copa que acaban de enumerarse, se establecían unos horarios preferentes de emisión para los distintos partidos y un mecanismo de elección de los partidos a emitir por *Gol TV* cada jornada. Los derechos de emisión de esos partidos se concedían en exclusiva frente a cualquier otro canal u operador de televisión en las modalidades de emisión por cable, satélite, IPTV y TDT, con la salvedad de las emisiones por satélite de *Digital +* y la televisión por móviles. *Mediapro* se reservaba la explotación de los derechos de emisión de los partidos en establecimientos públicos (bares, etc.) y establecimientos de residencia no permanente (hoteles, etc.).

- ***Contrato de 12/08/2009.*** *Mediapro* y *Gol TV* firmaron un anexo al anterior contrato de 03/06/2009, en el que se otorgaban a *Gol TV*, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, derechos de emisión en directo y diferido para España y Andorra sobre partidos adicionales por jornada de Liga de Primera División de fútbol, para su explotación únicamente en el canal temático de fútbol y deportes *Gol Televisión* que sería distribuido en acceso condicional de pago en las modalidades de emisión por cable, satélite, IPTV, televisión por móviles y TDT. Los derechos de emisión de estos partidos adicionales se concedían en exclusiva frente a cualquier otro canal u operador de televisión en las modalidades de emisión por cable, satélite, IPTV y TDT, con la salvedad de las emisiones por satélite de *Digital +* y la televisión por móviles. *Mediapro* se seguía reservando la explotación de los derechos de emisión de los partidos en establecimientos públicos (bares, etc.) y establecimientos de residencia no permanente (hoteles, etc.).

La forma de articular esa cesión de derechos sobre partidos adicionales de Primera División era la siguiente. En el anexo se preveía que, desde el momento de su firma en 12/08/2009, se concedían los derechos de emisión de un tercer encuentro por jornada de Liga de Primera División de fútbol. Asimismo, se disponía que *Mediapro* concediera un derecho de opción a *Gol TV* sobre los derechos de emisión de los restantes partidos por jornada de Liga de Primera División que se encontrasen disponibles.

Cabía señalar que *Gol TV* empezó a emitir partidos de Liga de fútbol de Primera y Segunda División el 29 de agosto de 2009 en TDT en abierto. A partir del 1 de septiembre de 2009, las emisiones de *Gol TV* en TDT pasaron a ser en acceso condicional de pago a un precio de 14,90 euros. En particular, *Gol TV* pasó a emitir tres partidos de Liga de Primera División de fútbol desde la primera jornada de la temporada 2009/2010. Asimismo, el canal *Gol Televisión* se comenzó a emitir en TDT de pago en establecimientos públicos (bares, etc.) y establecimientos de residencia no permanente (hoteles, etc.) desde esa primera jornada de la temporada 2009/2010.

- ***Ejercicio de opción sobre un cuarto partido de 22/02/2010.*** Por último, este ejercicio de opción de 22/09/2010 supuso que *Gol TV* comenzara a emitir, por regla general los lunes, un cuarto partido por jornada de Liga de Primera División. Según *Mediapro*, este aumento de los partidos emitidos no había requerido la modificación ni la firma de ningún contrato adicional con ningún operador audiovisual.

❖ **Sogecable.** *Mediapro* celebró con Sogecable los siguientes contratos para emisiones de pago:

- ***Contrato de 04/06/2009.*** En virtud de este contrato, *Sogecable* adquiría, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, los derechos de emisión televisiva en España y Andorra de los siguientes derechos:
 - ***Primer bloque de partidos de Liga de Primera y de Segunda División y de Copa de SM el Rey.*** *Sogecable* adquiría los derechos en directo y diferido

sobre un partido por jornada de Liga de Primera División, sobre otro por jornada de Liga de Segunda División y sobre otro por jornada de Copa de SM el Rey (excepto la final), en exclusiva para España y no exclusiva para Andorra, ***para su emisión en su canal Premium de contenido generalista de televisión de acceso condicional de pago (Canal +)***, mediante cualquier tecnología que se pudiera utilizar para difundir este canal, excepto TDT. *Sogecable* podía emitir estos partidos en establecimientos públicos (bares y pubs) que fueran sus abonados. En cambio, la explotación de estos partidos en cines, estadios y, en general, en pantallas gigantes, requería el acuerdo previo de *Mediapro* y *Sogecable*. Este último acuerdo fue alcanzado el 07/04/2010 y cubrió desde el 03/01/2010 hasta el final de la temporada 2009/2010.

- ***Segundo bloque de partidos de Liga de Primera y de Segunda División y de Copa de SM el Rey.*** Los derechos de emisión de este segundo bloque eran no exclusivos y sólo podían ser explotados ***a través de un canal temático de deportes*** que se distribuyera a través de la plataforma *Digital+* por satélite. Se excluían los derechos de emisión en establecimientos públicos (bares, etc.) y establecimientos de residencia no permanente (hoteles, etc.). Así, *Sogecable* adquiría los derechos en directo y diferido: **(i)** sobre dos partidos por jornada de Liga de Primera División de fútbol, siendo uno siempre del Real Madrid o del Barcelona, salvo el partido entre ambos que se emitiera en televisión en abierto, **(ii)** sobre dos partidos por jornada de Liga de Segunda División de fútbol y **(iii)** sobre los partidos de cada jornada de Copa de SM el Rey, salvo la final y los dos partidos emitidos, respectivamente, en *Canal +* y en televisión en abierto. Todos estos partidos coincidían con los emitidos por *Gol TV* en virtud del contrato de 03/06/2009 (*vid supra*). En el caso concreto de los partidos de Copa de SM el Rey, se establecía además que *Mediapro* comercializaría los cuatro primeros partidos que jugase el *Barcelona* a una televisión en abierto para su emisión en Cataluña, y los cuatro primeros partidos que jugase un equipo valenciano a una televisión en abierto para su emisión en la Comunidad Valenciana.
- ***Resúmenes de partidos de Liga de Primera y de Segunda División y de Copa de SM el Rey.*** *Sogecable* adquiría los derechos sobre los resúmenes de todos los partidos de Liga de Primera División, Segunda División y Copa de SM el Rey de fútbol (excepto la final), para su emisión a través de ***su canal Premium de contenido generalista de televisión de acceso condicional de pago (Canal +)*** o ***a través de un canal temático de deportes*** que se distribuyera a través de la plataforma *Digital+* por satélite, con un máximo de diez minutos por partido. Asimismo, se cedían resúmenes para informativos emitidos regularmente en *Canal +*, la plataforma de televisión de pago por satélite *Digital+* o *Cuatro*, con un máximo de tres minutos por jornada.

Durante la primera jornada de la temporada 2009/2010, *Sogecable* sólo emitió a través de su plataforma de televisión de pago *Digital+* los siguientes partidos de Liga de Primera División, entre los que no estaba el jugado por el Barcelona **(i)** un partido a través de *Canal+*; **(ii)** dos partidos a través de *Canal + Liga*, que coincidían con dos de los tres partidos emitidos por *Gol TV*, siendo uno de ellos del *Real Madrid* (*Canal + Liga* podía ser adquirido a un precio de 15 euros al mes); **(iii)** un partido a través de *La Sexta*.

En este contrato de 04/06/2009 había otras menciones de interés:

- Se establecía que *Sogecable* no podría autorizar, transmitir o ceder a terceros los derechos licenciados en virtud del acuerdo, sin la autorización previa y por escrito de *Mediapro*.
 - El mismo contrato también preveía que los operadores de PPV emitirían los seis partidos por jornada de Liga de Primera División de fútbol cuya emisión no coincidiera temporalmente con la de los otros cuatro partidos por jornada que eran emitidos en abierto o a través de otras ventanas de la TV de pago diferentes del pago por visión. La explotación en PPV de esos seis partidos restantes estaría disponible para todos los operadores de televisión de pago que lo solicitasen en igualdad de condiciones.
 - Asimismo, se fijaban unos horarios preferentes de emisión para los distintos partidos en las distintas modalidades de emisión, así como un mecanismo de elección de los partidos a emitir en cada modalidad de emisión, incluido el PPV. En el caso de los partidos emitidos simultáneamente por *Gol TV* y *Digital +*, la elección le correspondía a *Gol TV*.
 - El contrato preveía expresamente que *Mediapro* y *Sogecable* negociaran las condiciones de precio que serían aplicables a *Sogecable* por la adquisición de los derechos de emisión de los partidos también emitidos en *Gol TV* en establecimientos públicos (bares, etc.) y establecimientos de residencia no permanente (hoteles, etc.) para el caso de que *Mediapro* decidiera comercializar estos derechos.
 - La cláusula séptima del contrato señalaba que *Sogecable* cedía en exclusiva a *Mediapro*, a precio de coste, todos los derechos de explotación audiovisual y televisiva para todo el mundo del *Betis* y el *Tenerife*.
 - Adicionalmente, *Mediapro* garantizaba a *Sogecable* que durante la vigencia del acuerdo, tendría acceso a los restantes partidos de Liga de Primera División de fútbol que no hubieran sido objeto de cesión, en condiciones no peores a las de cualquier otro operador.
- **Adenda de 11/09/2009.** *Mediapro* firmó con *Sogecable* una adenda al anterior contrato de 04/06/2009, por la que *Mediapro* autorizaba a *Sogecable* a explotar, con carácter no exclusivo, en la **modalidad de PPV** un mínimo de cinco partidos por jornada de Liga de Primera División de fútbol durante las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, en el territorio de España y Andorra. El número mínimo de partidos ofrecidos en PPV podría verse reducido por la falta de disponibilidad para *Mediapro* de los derechos del *Atlético de Madrid* y el *Getafe*. Estos partidos sólo podrían ser emitidos por *Sogecable* por satélite en la modalidad de PPV, tanto en directo o en diferido, y únicamente a sus abonados residenciales.

Durante las jornadas segunda a séptima de la temporada 2009/2010, *Sogecable* sólo emitió a través de su plataforma de televisión de pago *Digital+* los siguientes partidos de Liga de Primera División: **(i)** un partido a través de

Canal+; **(ii)** dos partidos a través de *Canal + Liga*, que coincidían con dos de los tres partidos emitidos por *Gol TV* (en la segunda jornada, el partido emitido exclusivamente por *Gol TV* había sido el del *Barcelona*, y en la quinta el del *Real Madrid*); **(iii)** un partido a través de *La Sexta*; **(iv)** cinco partidos a través de PPV.

- **Adenda de 21/10/2009.** *Mediapro* firmó con *Sogecable* una segunda adenda al contrato de 04/06/2009, por la que *Sogecable* adquiría, a partir de la fecha de esa firma, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, los derechos de retransmisión a través de la plataforma de televisión de pago por satélite *Digital+*, del tercer partido de *Gol TV*, para su emisión en España **en canales temáticos de pago destinados a deportes**. A esta adquisición le eran de aplicación las condiciones comunes de los partidos no exclusivos establecidas en el contrato principal.

Además, *Sogecable* adquiría, a partir de la fecha de firma de 21/10/2009, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, los derechos de emisión en España y Andorra a través de su plataforma de televisión de pago por satélite *Digital+* referidos a establecimientos públicos (bares, etc.) y establecimientos de residencia no permanente (hoteles, etc.), excluyendo cines, campos de fútbol, etc., sobre los partidos de Liga de Primera y Segunda División y Copa de SM el Rey de fútbol emitidos a clientes residenciales en *Digital+* en PPV o a través de canales temáticos de deportes.

También se modificaba el sistema de elección de los partidos de Liga de Primera División de fútbol a emitir en cada ventana, introduciendo reglas adicionales que, entre otros aspectos, jerarquizaban el atractivo de los partidos jugados por los distintos equipos. Estas reglas llevaban a que los partidos jugados por el *Real Madrid* o el *Barcelona* siempre se retransmitieran por *La Sexta*, *Canal+* o entre los tres primeros partidos emitidos por *Gol TV*.

Finalmente, el 02/02/2010 *Mediapro* ofreció a *Sogecable* los derechos de emisión en *Canal + Liga* de un cuarto partido por jornada de Liga de Primera División a cambio de una determinada contraprestación económica. *Sogecable* declinó esta posibilidad, manteniendo la emisión de dicho partido en PPV sin necesidad de pagar una contraprestación económica adicional.

- ❖ **Telefónica.** Con *Telefónica* celebraron *Mediapro* y/o su filial *Gol TV* los siguientes contratos:

- **Contrato de 28/08/2009.** *Mediapro*, a través de su filial *Gol TV*, firmó el 22/08/2009 con *Telefónica* un contrato de reventa que comprendía: **(i)** derechos de emisión en España, en casidirecto con una hora de diferimiento, a abonados no comerciales del canal *Gol TV* y **(ii)** derechos de emisión de determinados contenidos en *video on demand*, a través del servicio de televisión de pago de *Telefónica* por cable, satélite, Internet, fibra o IPTV, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012.

En cuanto a **(i)**, *Gol TV* garantizaba a *Telefónica* que *Gol Televisión* emitiría: **(1. °)** un partido por jornada de Liga de Primera División en el que jugase el *Real Madrid* o el *Barcelona*, salvo uno de los dos partidos de la temporada en los que jugasen ambos equipos; **(2. °)** dos partidos más por jornada de Liga de Primera

División; **(3. º)** dos partidos por jornada de Liga de Segunda División; **(4. º)** un partido en directo y varios en diferido por jornada de la *Champions League*; **(5. º)** un partido en directo por jornada de la Copa del Rey, excepto en las rondas semifinales y la final; y **(6. º)** emisiones en directo y diferido de las competiciones internacionales.

Durante las primeras jornadas de la temporada 2009/2010, *Telefónica* emitió en su servicio de televisión de pago: **(a)** partidos en PPV a abonados residenciales; **(b)** el canal *Gol Televisión*; y **(c)** partidos en PPV a abonados comerciales. Asimismo, *Telefónica* emitió en sus páginas web resúmenes de partidos de Liga, contando para ello con diversas autorizaciones puntuales escritas de *Mediapro* (de 28/08/2009, 11/11/2009, 18/09/2009, 22/09/2009 y de 03/10/2009), en las que se concretaban los precios de referencia a pagar por *Telefónica* por algunos de los derechos autorizados puntualmente, aunque no todos, si bien su cuantía definitiva se condicionaba a un acuerdo definitivo.

- **Contrato de 09/10/2009.** Con fecha 09/10/2009, *Mediapro* firmó con *Telefónica* un contrato de reventa para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012 de **(i)** derechos en directo y en diferido de emisión en PPV en España de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol y **(ii)** resúmenes de estas competiciones para su difusión por telefonía móvil e Internet. El detalle era el siguiente:

- **Partidos de Primera División de Liga y de Copa de SM el Rey.** En lo que se refiere a los derechos de emisión de partidos de Liga de Primera División y Copa de SM el Rey de fútbol, se establecía que éstos podrían ser comercializados por *Telefónica* entre los abonados no comerciales de su servicio de televisión de pago por cable, xDSL, Internet, fibra o IPTV, así como entre sus abonados de telefonía móvil.

Mediapro garantizaba a *Telefónica* que ésta podría emitir **en PPV**: **(a)** un mínimo de 190 partidos de Liga de Primera División, lo que equivalía a cinco por jornada de Liga y 26 partidos de Copa de SM el Rey por temporada; y **(b)** en todo caso aquellos partidos de equipos de Primera División, excepto los que se programasen en *Gol TV*, cuyos derechos fueran titularidad de *Mediapro* y que no hubieran sido previamente emitidos en España en otras ventanas de explotación (ventana de simple pago de la TV de pago y ventana de televisión en abierto).

- **Resúmenes de partidos para telefonía móvil.** En cuanto a los derechos de emisión de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey **en telefonía móvil** en España, éstos cubrían un resumen por partido de cinco minutos como máximo de duración, que serían entregados con un retardo máximo de 60 minutos desde la finalización del partido, y se podrían explotar durante los siete días posteriores a la finalización de cada jornada, con la excepción de un máximo de 20 resúmenes que se podrían mantener hasta la finalización de la temporada. Asimismo, *Mediapro* se comprometía a entregar a *Telefónica* para su explotación en telefonía móvil videos de entre 7 y 20 segundos de duración de cada uno de los goles marcados por los equipos cuyos derechos ostentase, con un retardo máximo de 7 minutos.

- **Resúmenes de partidos para webs.** En lo que se refiere a los derechos de emisión de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey *en Internet* en España, éstos cubrían un resumen por partido de cinco minutos máximos de duración, que no se podría emitir antes de las 23:59 horas de cada día en que se jugasen los partidos, o una hora después de la finalización del partido si este terminaba después de las 23 horas, y se podrían explotar durante los siete días posteriores a la finalización de cada jornada, con la excepción de un máximo de 20 resúmenes que se podrían mantener hasta la finalización de la temporada. Estos resúmenes se podrían emitir en las páginas web o en su correspondiente evolución. En lo que se refiere a la contraprestación por estos derechos, el contrato declaraba expresamente que la misma estaba incluida en los precios pagados por el resto de derechos recogidos en el contrato.

- **Adenda de 19/10/2009.** Con fecha 19/10/2009, *Mediapro*, a través de *Gol TV*, firmó con *Telefónica* un contrato de reventa de los derechos de emisión en España *en telefonía móvil* del canal *Gol TV*, desde el 15 de octubre de 2009 hasta el final de la temporada 2011/2012.

Gol TV garantizaba a *Telefónica* que *Gol Televisión* emitiría: (1. °) un partido por jornada de Liga de Primera División en el que jugase el *Real Madrid* o el *Barcelona*, salvo uno de los dos partidos de la temporada en los que jugasen ambos equipos; (2. °) dos partidos de Liga de Primera División; (3. °) dos partidos por jornada de Segunda División; (4. °) un partido en directo y varios en diferido por jornada de la *Champions League*; (5. °) un partido en directo por jornada de la Copa del Rey, excepto en las semifinales y la final; y (6. °) emisiones en directo y diferido de las competiciones internacionales.

- **Adenda de 18/11/2009.** Con esta fecha de 18/11/2009 *Mediapro* y *Telefónica* firmaron una adenda a su contrato de 9 de octubre de 2009 por la que *Mediapro* cedía a *Telefónica* los derechos de emisión a sus abonados comerciales (establecimientos de hostelería) de televisión de pago en España de los partidos en PPV de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, así como del canal *Gol TV*.

❖ **ONO.** Con *ONO*, *Mediapro* y *Gol TV* firmaron los siguientes contratos:

- **Pre-contratos de 14/07/2009.** *Mediapro* y *Gol TV* firmaron con *ONO* sendos pre-contratos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, por los que *ONO* adquiriría, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, ciertos derechos.

En el **precontrato con *Mediapro***, se adquirirían los derechos de retransmisión *en PPV* en el servicio de televisión de pago de *ONO* a través de cable, Internet e IPTV de al menos cuatro partidos de Liga de Primera División de fútbol por jornada y, en todo caso, de todos aquellos partidos que no hubieran sido previamente emitidos en otras ventanas de explotación distintas a la de PPV en España. Asimismo, se adquirirían los derechos de emisión de *Gol Televisión* y de los partidos en PPV a clientes comerciales.

En el **precontrato con *Gol TV***, se adquirirían los derechos de emisión del canal *Gol Televisión* en el servicio de televisión de pago de *ONO* a través de cable,

Internet e IPTV, así como otros determinados contenidos destinados a su comercialización en *video on demand*.

- ***Contratos de 23/07/2009.*** El 23/07/2009 *Mediapro* y *Gol Televisión* firmaron con *ONO* sendos contratos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, por los que *ONO* adquiría, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, ciertos derechos.

En el ***contrato con Mediapro***, se adquirirían los derechos de retransmisión en PPV en el servicio de televisión de pago de *ONO* a través de cable, Internet e IPTV, en directo, de partidos de Liga de Primera División y Copa de SM el Rey (excepto la final) de fútbol. En particular, *Mediapro* garantizaba un mínimo por jornada de cuatro partidos de Primera División y, en todo caso, todos aquellos partidos cuyos derechos fueran de titularidad de *Mediapro* que no hubieran sido previamente emitidos en otras ventanas de explotación distintas de la de PPV en España. Asimismo, se adquirirían los derechos de emisión de *Gol Televisión* y los anteriores partidos en PPV para abonados comerciales.

En el ***contrato con Gol TV***, se adquirirían los derechos de emisión a abonados no comerciales del canal *Gol Televisión* en el servicio de televisión de pago de *ONO* a través de cable, Internet e IPTV, así como determinados contenidos destinados a su comercialización en *video on demand*. *Gol TV* garantizaba que *Gol Televisión* emitiría un partido por jornada de Liga de Primera División en el que jugase el *Real Madrid* o el *Barcelona*, salvo uno de los dos partidos de la temporada en los que jugasen ambos equipos, otro partido de Liga de Primera División, dos partidos por jornada de Segunda División, un partido en directo y varios en diferido por jornada de la *Champions League* y un partido por jornada de la Copa del Rey, excepto en las semifinales y la final.

- ***Adendas de marzo de 2010.*** Con fechas 18/03/2010 y 22/03/2010 *Mediapro* y *ONO* firmaron dos adendas a su contrato de 23/07/2009, a fin de permitir la retransmisión en el servicio de televisión de pago de *ONO* de partidos en PPV y de *Gol Televisión* en hoteles. En estas adendas se establecía una tabla de precios y descuentos según el número de camas y bares que tuvieran el hotel o cadena de hostelería.

❖ ***Contratos de reventa de derechos entre Mediapro y otros cableoperadores.*** *Mediapro* celebró, además, contratos con los siguientes cableoperadores:

- ***Telecable Asturias.*** Con fecha 18/08/2009, *Mediapro* y *Gol TV* firmaron con *Telecable Asturias* dos contratos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol en los mismos términos que los firmados el 23/07/2009 con *ONO*, con la salvedad de que *Mediapro* le garantizaba un mínimo por jornada de tres partidos de Primera División, no de cuatro, y la de que *Gol TV* garantizaba la emisión de dos partidos de Liga de Primera División, además del que jugase el *Real Madrid* o el *Barcelona*, en lugar de sólo uno. Debía hacerse notar que el contrato firmado con *Telecable Asturias* era posterior al anexo al contrato entre *Mediapro* y *Gol TV* firmado el 12/08/2009 que suponía la emisión de un tercer partido de Liga por *Gol TV*. Sin perjuicio de ello, las contraprestaciones eran las mismas que las pactadas con *ONO*.

- **Euskaltel.** Con fecha 26/08/2009, *Mediapro* y *Gol TV* firmaron con *Euskaltel* dos contratos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, en los mismos términos que los firmados el 18/08/2009 con *Telecable Asturias* y similares por tanto a los de *ONO*.
- **R Cable.** Con fecha 04/11/2009, *Mediapro* y *Gol TV* firmaron con *R Cable* dos contratos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, en los mismos términos que los firmados el 18/08/2009 con *Telecable Asturias* y el 26/08/2009 con *Euskaltel* y similares también, por tanto, a los firmados con *ONO*.
- ❖ **Contratos de reventa de derechos entre Mediapro y otros operadores de televisión de pago.** *Mediapro* había firmado contratos con otros operadores de televisión de pago. *Mediapro*, a través de *Gol TV*, había firmado con diversos operadores de televisión de pago contratos de reventa de derechos de emisión en España a abonados residenciales no comerciales del canal *Gol Televisión*, en acceso condicional de pago, para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012. En concreto: el 24/08/2009 con *Jazz Telecom, SAU. (Jazztel)*; el 25/08/2009 con *France Telecom España, SA (Orange)*; el 03/09/2009 con *Asociación Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y Servicios de Internet* (que agrupaba a operadores de cable locales); y el 22/10/2009 con *Instituto Superior de Contenidos Audiovisuales, SL* (que representaba también a distintos operadores de cable locales).

Estos contratos tenían un contenido muy parecido y cubrían los derechos de emisión del canal *Gol Televisión* así como determinados contenidos destinados a su comercialización en *video on demand*. Así, *Gol TV* garantizaba que *Gol Televisión* emitiría un partido por jornada de Liga de Primera División en el que jugase el *Real Madrid* o el *Barcelona*, salvo uno de los dos partidos de la temporada en los que jugasen ambos equipos, otros uno o dos, según el operador, partidos de Liga de Primera División, dos partidos por jornada de Segunda División, un partido en directo por jornada y varios en diferido de la Champions League y un partido por jornada de la Copa del Rey, excepto en las semifinales y la final.

- ❖ **Contratos de reventa derechos entre Mediapro y otros operadores de comunicaciones electrónicas.** *Mediapro* había llegado a acuerdos con los operadores de telefonía móvil, *Orange* y *Vodafone*, para permitirles la emisión en telefonía móvil del canal *Gol Televisión*, de partidos en PPV y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey, así como de goles casi en directo. Esta cesión empezó a operar a partir de la jornada 11.ª de la temporada 2009/2010, si bien *Mediapro* sólo había formalizado acuerdos con *Vodafone* (30/03/2010). Asimismo, *Mediapro* llegó a un acuerdo con un proveedor de contenidos para telefonía móvil, *Movigol*, a fin de permitirle la emisión de goles casi en directo. El contrato se firmó el 05/04/2010, si bien *Movigol* había comenzado a emitir estos contenidos el 21/11/2009, y cubría hasta el final de la temporada 2011/2012.

Por otra parte, *Mediapro* había llegado a acuerdos con distintos propietarios de páginas web a fin de permitirles la emisión de resúmenes de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol en España en sus páginas web. En particular, desde la primera jornada de la temporada 2009/2010 habían emitido resúmenes en sus páginas web de *Unedisa*, *BBVA* y *Público*.

De estos operadores, *Mediapro* sólo había firmado un contrato escrito con *Público*, que pertenecía a su mismo grupo empresarial, el 30/04/2010, y que autorizaba desde la primera jornada de la temporada 2009/2010 la emisión de resúmenes de partidos, jornadas y goles de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol, teniendo cada video una duración máxima de cinco minutos y pudiendo estar colgado en la página web por toda una semana.

Por último, y aunque no era objeto de análisis en el marco del expediente, cabía señalar que a partir de la jornada 35.ª de Liga de Primera División de fútbol de la temporada 2009/2010, *Mediapro* había desarrollado una nueva ventana de explotación de los partidos de esta competición. En particular, a través de las páginas web de *Gol Televisión* y del grupo *Vocento*, se estaban retransmitiendo partidos de Liga de Primera División de fútbol en Internet en modalidad de pago por visión. En concreto, en estas páginas web se habían emitido diversos partidos, que coincidían con algunos de los partidos emitidos por *Gol Televisión* o con los partidos que emitían en PPV los operadores de televisión de pago. Estas emisiones se habían realizado en modalidad de *streaming*, a un precio de 5,99 euros por una velocidad de 500k/s, y un precio de 11,99 euros por una velocidad de 1,5 Megas/s.

(3) Criterios de conformidad del modelo de explotación de los derechos audiovisuales con el derecho de la competencia

En términos generales, la exposición de estos criterios se realizó ya al tratar del mercado de la TV en abierto. Por ello, valdría en este epígrafe con hacer una remisión a lo dicho allí dejando aquí sólo recordadas las ideas esenciales:

- Antes de la LGCA los precedentes de las autoridades de la competencia permitían concluir que no eran admisibles los acuerdos de reventa cuya duración, directa o indirectamente, excediera de los tres años. Además, debían sublicenciarse aquellos derechos que el titular no explotase por sí mismo.
- Del Informe de la CNC sobre los derechos del fútbol de 2008 podían obtenerse también algunas ideas. Cuando existiera un *pool* de derechos, el mismo podía tener vinculación con operadores que actuaran aguas abajo en los mercados de la difusión. Sin embargo, también debía comercializar los derechos en condiciones racionales de mercado y, por ende, objetivas, transparentes y no discriminatorias, de modo que no se concedieran a sus secciones descendentes privilegios injustificados.
- A partir de la LGCA de 2010 habría de estarse a lo dispuesto en sus Arts. 19 a 21. De ellos podrían extraerse unas máximas de aplicación a los diversos eslabones de comercialización de los derechos deportivos. Así, por aplicación del principio de libertad de empresa, resultaba admisible la adquisición y explotación en exclusiva de los derechos deportivos. Sin embargo, lo anterior enfrentaba ciertos límites. En primer lugar, la duración de los contratos de adquisición no podía rebasar los cuatro años. En segundo lugar, se reiteraba la necesidad de comercialización de los derechos en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En tercer lugar, esos contratos debían respetar otros derechos como eran el derecho a la información y el derecho del público al seguimiento de los acontecimientos deportivos catalogados como de interés general. Respecto de esto último, la exclusión de la emisión codificada

respecto de ciertos acontecimientos acordada por la autoridad audiovisual no implicaba que no pudiera darse una exclusiva a favor de una cadena en abierto.

- La CNC concluía que la adquisición en exclusiva por *Mediapro* de los derechos deportivos en condiciones de competencia le permitía explotarlos y/o comercializarlos para maximizar su valor. Pero, por su participación en el mercado de la TV de pago a través de *Gol TV*, lo anterior no debía traducirse en privilegios a favor de la sección descendente que pudieran producir el cierre del mercado aguas abajo frente a los competidores potenciales o reales. Por ello, *Mediapro* no quedaba obligada a revender los derechos y, de hacerlo, podía hacerlo con libertad con el límite de esa prohibición de cierre del mercado (*foreclosure*) y del falseamiento de la competencia. En este sentido, su posición dominante en el mercado de los contenidos permitía aplicar a *Mediapro* toda la doctrina relacionada con la responsabilidad cualificada del operador dominante. Sin embargo, ello no suponía que no pudiera elegir al adquirente de los derechos ni tampoco que debiera acudir por fuerza al mecanismo de subasta.

(4) La valoración del acuerdo de puesta en común con Sogecable

Como tuvimos oportunidad de señalar al ocuparnos de este mismo caso a propósito del mercado de la TV en abierto, además de los acuerdos de reventa, se planteaban determinados acuerdos de puesta en común de derechos sobre partidos de Liga y de Copa de SM el Rey.

Además del acuerdo de puesta en común entre *Mediapro* y *Telemadrid* (a través de *Madrid Deporte Audiovisual, SA*), de fecha 20 de enero de 2010, por el que *Telemadrid* cedía a *Mediapro* los derechos audiovisuales del *Atlético de Madrid* y el *Getafe*, acuerdo que dejamos estudiado a propósito del mercado de la TV en abierto, se planteaba otro más que tenía por objeto la cesión a *Mediapro* por *Sogecable* de los derechos audiovisuales del *Betis* y el *Tenerife* para las temporadas 2009/2010 y siguientes (cinco temporadas en el caso del *Betis* y cuatro en del *Tenerife*), contemplado en la cláusula séptima del contrato de 4 de junio de 2009 (ver más arriba en el epígrafe de “entramado contractual”).

Sobre la base de argumentos similares a los referidos al ocuparnos con el mercado de la TV en abierto del acuerdo con *Telemadrid*, entendieron las autoridades de la competencia que dicha puesta en común con *Sogecable* no podía exceder de los tres años de duración, siendo ésta la razón de que la misma pudiera llegar a beneficiarse de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE. En esencia, se decía que, como consecuencia de lo dispuesto por la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, la adquisición originaria por *Sogecable* de esos clubes había visto limitada su duración a los tres años. Como consecuencia de ello, la puesta en común detectada de *Mediapro* con *Sogecable* no podía ir más allá de tres temporadas.

(5) La valoración de los acuerdos de reventa a las cadenas de pago en clave de colusión vertical y/o abuso

Como ya se destacó, la compatibilidad del sistema de reventa con la normativa de competencia se hacía depender de qué derechos audiovisuales ponía en el mercado el operador dominante y en qué condiciones lo hacía, porque estos dos puntos afectaban a la competencia no sólo en el mercado de la reventa, sino también en los mercados descendentes que utilizaban estos derechos como *inputs*, entre los que se encontraba el que ahora nos ocupa de la TV de pago. Además, *Mediapro* se encontraba verticalmente integrada en estos

negocios, en particular en televisión de pago, a través de *Gol TV*. Por todo ello, este mercado de la TV de pago también había de considerarse relevante a los efectos del expediente:

- ❖ **Derechos puestos en el mercado por Mediapro para emisiones de pago.** *Mediapro* recordó en sus alegaciones que había sido el primer operador que había abierto a terceros operadores de televisión de pago los derechos de retransmisión de partidos de fútbol de Liga y Copa. Con ello decía que se había incrementado la competencia en televisión de pago y se habían abaratado los precios para los consumidores. Por ello, consideraba paradójico que su conducta fuera merecedora de sanción y no lo hubiera sido la conducta de *Sogecable*, que había explotado en exclusiva los derechos de fútbol para televisión de pago durante más de diez años.

Fuera de los partidos comercializados para las emisiones en abierto, a los que ya nos referimos en su lugar, *Mediapro* había optado por comercializar el resto de los partidos en modalidad de pago, sin reservarse derechos audiovisuales para su explotación en exclusiva en su propia plataforma.

Sí había dado acceso a un partido en exclusiva a su principal competidor, *Sogecable*, que tenía acceso también al resto de partidos, ya fuera para difusión en ventana de pago o en PPV. Había editado además un canal, *Gol Televisión*, donde incluía un cierto número de partidos de interés que emitía a través de su plataforma de TDT de pago. Este mismo canal que explotaba a través de su filial *Gol TV*, lo comercializaba *Mediapro* a terceros operadores de televisión de pago que competían más o menos directamente con ella. Además, daba acceso en PPV al resto de partidos, no empaquetados en *Gol TV* o en *Canal +Fútbol*, a todos los operadores.

Todo ello respondía, como la misma *Mediapro* alegaba, a un modelo de negocio que trataba de rentabilizar los derechos que se había adjudicado dadas las condiciones de la demanda. Pero sea cual fuera la razón que lo motivase, no se podía afirmar que el modelo de explotación, en lo que se refería a los derechos que se habían comercializado, tuviera efectos exclusionarios en el mercado de la televisión ni en abierto ni de pago. En particular, los operadores de televisión de pago habían tenido de hecho mayor acceso a este tipo de contenidos con el modelo implantado con *Mediapro* que en el pasado.

Todas estas consideraciones obtuvieron el respaldo de la CNC. Con respecto al mercado de la televisión de pago, *Mediapro* había celebrado acuerdos que habían permitido a operadores de este mercado el acceso a contenidos relevantes para la configuración de su oferta, dotándola de un mayor atractivo para los clientes. Era cierto que algunos de los acuerdos contenían exclusividades, ya fuera en relación con los partidos a emitir en un determinado ámbito geográfico, con la tecnología de difusión o la exclusividad horaria temporal para la emisión de resúmenes. Sin embargo, estas exclusividades eran limitadas en el tiempo sin que superasen los tres años de duración y no impedían que los principales operadores de televisión de pago en España pudieran emitir la mayoría de los partidos de Liga y Copa de S. M el Rey.

Y en cuanto al acuerdo entre *Sogecable* y *Mediapro*, el mismo, visto en su contexto jurídico-económico, implicaba que *Mediapro* cediera derechos a su principal competidor favoreciendo al fin y al cabo la competencia en el mercado de la televisión de pago entre ellos y permitiendo el acceso de los abonados de la plataforma al

contenido. Al mismo tiempo, como ya se había señalado, *Mediapro* había permitido el acceso de terceros competidores a contenidos audiovisuales de fútbol por otras vías. En definitiva, la valoración de estos acuerdos conducía de nuevo al análisis de los derechos que *Mediapro* había puesto en el mercado, que se concluía por la CNC era conforme con la normativa de competencia. Cuestión aparte era que se pudiera entender como abusiva la actuación de *Mediapro* al diseñar y ejecutar esos contratos, aspecto del que pasamos a ocuparnos.

- ❖ **Condiciones de la puesta a disposición.** Con independencia de que los derechos puestos en el mercado fueran bastantes, era condición necesaria que la puesta en el mercado de los derechos que se revendían siguiera criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios.

Lo anterior debía también discernirse, como también se avanzó, no sólo a la luz de los preceptos de la LDC (Arts. 1 y 2), sino también de los correlativos del TFUE (Arts. 101 y 102), toda vez que se trataba de comportamientos que podían afectar a todo el mercado español, que conformaba una parte sustancial del mercado común, y dado que era posible que se llegara a dar una afectación apreciable del comercio comunitario de acuerdo con la doctrina de las autoridades de la competencia europeas [ver por ejemplo *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE* (89/205) (1989) OJ I78/43]. Así había venido sucediendo, por lo demás, en el Asunto IV/36.438 *Audiovisual Sport –AVS I* y en el Asunto COMP/37.652 *AVS II*.

Aquí podía diferenciarse entre una **valoración en clave de colusión** y una **valoración en clave de abuso**.

- **Valoración en clave de colusión.** Lo primero era determinar hasta qué punto los acuerdos de reventa podían dar lugar a una infracción de acuerdo con los Arts. 1 LDC y 101 TFUE. En este punto, a su vez, podía diferenciarse entre los **acuerdos entre Mediapro y su sección en el mercado descendente de la TV de pago Gol TV** y los **acuerdos entre Mediapro y el resto de operadores activos en ese mismo mercado de la TV de pago**.
 - **Acuerdos entre Mediapro y Gol TV.** En cuanto a los acuerdos entre *Mediapro* con *Gol TV* para pago, para la Dirección de Investigación, dadas las relaciones de control existentes entre ellos, no cabía la aplicación del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE a tales acuerdos. En vista de todo ello, la Dirección de Investigación había propuesto acordar el sobreseimiento parcial del expediente de referencia en relación con la posible infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE.
 - **Acuerdos entre Mediapro y su filial Gol TV y el resto de operadores.** La DI también trató de los acuerdos de reventa de derechos de retransmisión audiovisuales de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol. Estos acuerdos presentaban características heterogéneas, pero ninguno iba más allá de tres años ni contenía derechos de adquisición preferente o prórrogas. Además, aunque algunos incorporaban cláusulas de exclusividad, la misma estaba fuertemente restringida atendiendo a aspectos como la tecnología de difusión, las franjas horarias o la zona geográfica, por lo que los mismos podían beneficiarse de la exención prevista en los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Esta opinión fue también la del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Con respecto al mercado de la televisión de pago, *Mediapro* había celebrado acuerdos que habían permitido a operadores de este mercado el acceso a contenidos relevantes para la configuración de su oferta, dotándola de un mayor atractivo para los clientes.

Mención especial merecía el acuerdo entre *Sogecable* y *Mediapro*, puesto que la *AOC* en sus alegaciones había cuestionado que pudiera realmente aplicársele la exención prevista en el 1.3. Como se apuntó, visto en su contexto jurídico-económico, el acuerdo implicaba que *Mediapro* cediera derechos a su principal competidor estimulando la competencia en el mercado de la televisión de pago entre ellos y permitiendo el acceso de los abonados de la plataforma competidora a ese contenido. Además, *Mediapro* había dado acceso a terceros competidores a contenidos audiovisuales de fútbol por otras vías por lo que, en definitiva, la valoración de estos acuerdos conducía de nuevo a concluir que los derechos que *Mediapro* había puesto en el mercado eran acordes con la normativa de competencia.

En otros términos, si el monopolista de unos derechos configuraba un paquete para dar acceso a un competidor, el acuerdo que se celebraba podía llegar a considerarse amparado por el artículo 1.3 y el artículo 101.3, con independencia de que la actuación de ese monopolista a la hora de determinar a quién y cómo daba acceso a los derechos pudiera calificarse de abusiva y debiera sancionarse.

Así, la CNC resolvió declarar que la prohibición del artículo 1.1 de la LDC y del artículo 101.1 del TFUE no se aplicaba a los acuerdos de *Mediaproducción, SL* con terceros operadores analizados en el expediente de referencia en virtud de los artículos 1.3 de la Ley 15/2007 y 101.3 del TFUE, en lo que se refería a los acuerdos de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes.

- **Valoración en clave de abuso.** Y en cuanto a la compatibilidad de la conducta de *Mediapro* con los Arts. 2 LDC y 102 TFUE, se trataba de decidir si *Mediaproducción, SL* y su filial al 100 % *Gol Televisión, SL* habían infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incurriendo en un abuso de posición de dominio en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey en España, por no realizar su actividad de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias, por introducir modificaciones unilaterales no justificadas en el modelo de explotación, y por discriminar de forma injustificada a *Sogecable, SA* frente a la propia *Mediaproducción, SL* y terceros operadores, produciendo efectos exclusionarios y perjudicando a los consumidores en los mercados audiovisuales aguas abajo, especialmente en el de televisión de pago.

De nuevo, la cuestión era la valoración que debía hacerse de la forma en que *Mediapro* había procedido a poner en el mercado ese conjunto de derechos de

retransmisión de partidos de fútbol de Liga y de Copa de SM el Rey y los resúmenes de los mismos. Es decir, había que ver si las actuaciones desplegadas por *Mediapro* para la comercialización de estos derechos, desde su posición de operador dominante, se habían ajustado a los referidos criterios de transparencia, objetividad y no discriminación o si, por el contrario, la competencia se había podido ver obstaculizada.

Como se verá al tratar del mercado de los contenidos, concluyó la CNC que *Mediapro* se había hecho con una posición dominante en el mercado de la reventa de derechos *Premium* deportivos, aun cuando para llegar a la misma hubiera debido afrontar importantes desembolsos. Sólo desde tal posición se concebía que hubiera llegado a confeccionar de modo unilateral los paquetes de derechos. Lo anterior dejaba también sentir sus efectos en el mercado de la TV de pago en el que funcionaba *Gol TV*, integrada verticalmente con *Mediapro*.

La DI individualizó en el pliego de concreción de hechos las tres siguientes conductas abusivas protagonizadas por *Mediapro* y por su filial *Gol TV*:

1. **La configuración del modelo de explotación audiovisual de los derechos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol sin ajustarse a criterios de transparencia, objetividad y no discriminación.** En la formulación de su oferta de 2009 para la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos en directo y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes se planteaba la posibilidad de que *Mediapro* y su filial *Gol TV* no se hubiera ajustado a tales principios por varios motivos:

1.1. Por la exclusión de determinadas modalidades de explotación en la configuración de los paquetes. Los paquetes que configuró en su oferta lanzada el 12 de mayo de 2009 limitaban ex ante la tipología de emisión, lo que condicionaba los potenciales demandantes interesados en cada uno de ellos. Se imponían además restricciones dentro de la ventana de pago, obligando a que la emisión se realizase en un canal *Premium* generalista o en un canal temático de deportes.

Con ello, la configuración de los paquetes excluía a la mayoría de los operadores potencialmente interesados, pues a los paquetes más atractivos sólo podían de facto aspirar *Sogecable* (paquetes 2, 4 y 10, que además se adjudicaban en exclusiva) y *Sogecable* más la propia *Mediapro* (paquetes 3, 6 y 11). Además, algunos paquetes vinculaban la adquisición de derechos a la emisión de resúmenes, mientras que otros sólo ofertaban resúmenes de los partidos de Liga para las televisiones en abierto.

Según la DI, la explicación lógica para la conducta de *Mediapro* más plausible era que el sistema de explotación de los derechos en las distintas ventanas estaba preadjudicado entre *Mediapro* (*Gol TV* y *La Sexta*), *Sogecable* (*Canal +* y *Canal + Liga*) y las televisiones autonómicas que tenían acuerdos de puesta en común con *Mediapro* (*TV Cataluña*, *TV Valenciana* y más adelante, *Telemadrid*). Por ello, la solicitud de ofertas de *Mediapro* sólo buscaba disimular dicha realidad. A este respecto, resultaba cuanto menos sorprendente que el primer acuerdo de *Mediapro* fuese con

Sogecable, a pesar de que esta entidad se hubiera negado formalmente a presentar ofertas en el marco de la solicitud de ofertas de *Mediapro* de mayo de 2009.

1.2. *Por las restricciones impuestas a Sogecable respecto a la TDT de pago.*

Por otra parte, las restricciones adicionales a las que se sometió a *Sogecable* en relación con la TDT de pago y *Canal + Liga*, evidenciaban la voluntad de *Mediapro* de reservarse una posición privilegiada en la explotación televisiva de los derechos de Liga y Copa de SM el Rey, especialmente de cara a la TDT de pago y a la reventa de *Gol Televisión* a terceros operadores de televisión de pago.

Consideraba también la Dirección de Investigación que el hecho de que la TDT de pago tuviera pocos abonados podía deberse, entre otros factores, a que *Mediapro* había limitado artificialmente el desarrollo de esta ventana. A este respecto, el retraso de *Sogecable* en lanzar canales de TDT de pago podía haberse visto influido por la no disponibilidad de contenidos futbolísticos de Liga y Copa de SM el Rey para esta ventana. Estas limitaciones eran especialmente relevantes, pues habrían entorpecido el desarrollo de una nueva tecnología de televisión de pago, lo que era grave desde el punto de vista del derecho de la competencia cuando la conducta derivaba de un operador con posición de dominio.

Entendió, sin embargo, el Consejo, por su parte, que no quedaba acreditado que tales conductas fueran abusivas.

Según la Dirección de Investigación, *Mediapro* habría discriminado a *Sogecable* al limitar la emisión de los partidos emitidos por *Canal +* y *Canal + Liga* a la televisión de pago por satélite. Como ya se ha reiterado, *Mediapro*, que había obtenido la explotación en exclusiva de los derechos durante un cierto período, había decidido cederlos. Esta cesión la formulaba, desde un principio, sujeta a ciertas restricciones. En concreto, decidió ceder los derechos de retransmisión de un partido de Liga de Primera División por jornada a *Sogecable* para su emisión a través de la plataforma de televisión de pago por satélite.

Esta restricción, en primer lugar, no era absoluta. En el contrato se decía que se podría negociar para emitir a través de otras plataformas tecnológicas, en concreto, en TDT de pago. No debía perderse de vista, además, que en el momento en que las partes firmaron su acuerdo la TDT de pago no era una realidad y pesaba sobre ella cierta incertidumbre regulatoria. El hecho de que *Sogecable* pasase a manifestar que sí estaba interesado en operar a través de este medio no invalidaba esta conclusión. Si hubiera estado realmente interesado habría tratado de negociar este aspecto entonces o posteriormente y no había aportado evidencia de ello.

En segundo lugar, en todo caso, esta restricción resultaría proporcionada en la medida en que *Mediapro* era un entrante en el mercado de la televisión de pago. Resultaba objetivamente justificable que, tras haber realizado el esfuerzo económico de adquisición de los derechos, quisiera obtener una

cierta ventaja competitiva temporal en la explotación de la televisión de pago mediante una plataforma tecnológica en la que su principal competidor no estaba presente. En este caso, a diferencia de otras conductas vistas y consideradas abusivas, no utilizaba su posición para generar una desventaja competitiva a *Sogecable*, sino que se limitaba a obtener por medios lícitos una ventaja temporal en un segmento de mercado emergente. En tercer lugar, la aludida restricción era proporcional precisamente porque se limitaba a un segmento de mercado emergente sin restringir la competencia entre plataformas, más bien al contrario, fomentándola.

- 1.3. Por la exclusión de determinados partidos en la configuración de los paquetes. Los paquetes no incluían la totalidad de los partidos de Liga de primera división. Los partidos adicionales a los emitidos en un canal *Premium* generalista o en un canal temático de deportes tradicionalmente venían explotándose en PPV. *Mediapro* nunca llegó a ofertar públicamente un paquete de partidos de Primera División para su emisión en PPV, pese a que al final los estaba explotando. La Dirección de Investigación concluyó que *Mediapro* no los ofertó inicialmente para disponer de un margen para modificar unilateralmente el modelo de explotación, como de hecho luego hizo en la práctica.
- 1.4. Por la no concreción de los criterios a seguir para seleccionar ofertas. Tampoco concretó *Mediapro* en ningún momento los criterios que se iban a emplear para seleccionar a los adjudicatarios de los paquetes en respuesta a su oferta de 12 de mayo de 2009 ni los mecanismos para resolver posibles conflictos de interés. Dada la falta de concreción de los criterios de selección y la falta de transparencia en el precio correspondiente a cada categoría de derechos en los contratos de *Mediapro*, era imposible verificar si *Mediapro* había asignado los derechos a las mejores ofertas, especialmente en un contexto donde *Gol TV* y *La Sexta*, que formaban parte de su mismo grupo empresarial, habían sido adjudicatarios.
- 1.5. Por el plazo extremadamente corto ofrecido por Mediapro para la presentación de ofertas. Lo anterior podía ser también revelador de que los acuerdos estaban ya arreglados antes de la presentación de ofertas.

La oferta se había comunicado el 12 de mayo de 2009 con plazo de respuesta hasta el 20 de mayo de 2009 y el contrato con *Sogecable* se firmó el 4 de junio de 2009. El resto de operadores no habían tenido opción real y efectiva de competir por ese paquete que había sido de facto reservado para *Sogecable* y que era, obviamente, de los de mayor interés en cada jornada. Con ello, estos operadores se habían visto abocados a adquirir el canal temático *Gol Televisión*. Como antes se razonaba, ello suponía el acceso a un *input* que permitía ofrecer en su parrilla de programación contenidos futbolísticos de interés para los abonados. Pero este hecho no evitaba que los terceros competidores hubieran sido privados por *Mediapro* de competir con *Sogecable*, operador líder de la televisión de pago, en condiciones objetivas transparentes y no discriminatorias por dicho paquete de derechos y así disponer de alternativas a *Gol Televisión*. En este sentido, cabía

concluir que el modo en que *Mediapro* había puesto los derechos en el mercado resultaba abusivo, porque discriminaba entre competidores del mercado de la televisión de pago.

- 1.6. Por la falta de individualización de los precios en cada uno de los paquetes ofertados. Esta circunstancia impedía la comparación de los que habían sido efectivamente aplicados a cada operador;

Sobre la base de todo lo anterior, consideró la DI que *Mediapro* había desoído los criterios enunciados en el “Informe Fútbol” que la CNC aprobó en 2008 y que este operador de sobra conocía. Con este modelo *Mediapro* habría privilegiado a *Gol Televisión*, su propio canal de televisión de pago, y, en menor medida y de forma temporal, a *Sogecable*.

El hecho de que finalmente todos los principales operadores de televisión de pago en España hubieran podido emitir contenidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol no desvirtuaba la conclusión de que el modelo de explotación configurado en la solicitud de ofertas de *Mediapro* de mayo de 2009 era exclusionario, en la medida en que la mayoría de los operadores de televisión de pago, con la excepción de *Sogecable* y la propia *Mediapro*, en la práctica sólo dispusieron de la alternativa de emitir *Gol Televisión* para tener acceso a los partidos de Liga y Copa de SM el Rey más atractivos, fundamentalmente los jugados por el Real Madrid y el Barcelona, lo que debilitó considerablemente su posición negociadora.

Asimismo, las posteriores conductas de *Mediapro* en relación con *Sogecable* redujeron artificialmente la competencia que se podía producir entre *Canal + Liga* y *Gol Televisión*, lo que sin duda produjo perjuicios a los consumidores.

2. **Las modificaciones unilaterales del modelo de explotación televisiva de los derechos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol inicialmente configurado, antes y durante la temporada 2009/2010.** Lo anterior se produjo, al incrementar en agosto de 2009 de 2 a 3 los partidos emitidos por jornada en *Gol Televisión* (primera modificación), y al incrementar en febrero de 2010 de 3 a 4 los partidos emitidos por jornada en *Gol Televisión* (segunda modificación).

Estas modificaciones unilaterales del modelo de explotación habían perjudicado la capacidad competitiva en el mercado de televisión de pago de *Sogecable* frente a la propia *Mediapro* y a terceros competidores, que emitían el canal *Gol Televisión*. *Sogecable* había adquirido los derechos de retransmisión televisiva de los mismos partidos de Liga de Primera División que se iban a emitir en *Gol Televisión*, para su emisión a través de su propio canal temático, *Canal + Liga*.

- 2.1. Primera modificación. La primera modificación se produjo el 12 de agosto de 2009 y se recogió en el contrato firmado por *Mediapro* y *Gol TV*. En este contrato no sólo se otorgó a *Gol TV* el derecho a emitir un partido adicional de Primera División por jornada, sino que *Mediapro* afirmaba expresamente que *Gol TV* tenía la opción, en cualquier momento, de emitir partidos adicionales de Primera División, si estos estaban disponibles.

La consecuencia directa de la primera de las modificaciones, en la medida que *Mediapro* todavía no había vendido los derechos de retransmisión televisiva en PPV, fue una reducción de los partidos que se podían emitir en PPV. Esta circunstancia beneficiaba directamente a *Mediapro*, puesto que su plataforma de TDT no podía emitir este tipo de partidos en PPV por motivos tecnológicos.

Ante la primera modificación de agosto de 2009, *Sogecable* emitió a través de *Canal + Liga*, durante las siete primeras jornadas de Liga de Primera División, un partido menos que *Gol TV*.

Posteriormente, *Sogecable* se vio obligado a incrementar significativamente el precio a pagar a *Mediapro* por los derechos de emisión de los partidos de Primera División que se emitían en *Gol Televisión*. Esta modificación benefició directamente a *Mediapro* y a los operadores de televisión de pago que iban a emitir *Gol Televisión*, que no vieron alterados los precios mayoristas a pagar por abonado ni los de los mínimos garantizados a pesar del aumento del número de partidos de Liga de Primera División emitidos en *Gol Televisión*. Antes bien, como se desprendía del precontrato firmado por *Ono* y *Mediapro* el 14 de julio de 2009 y del contrato finalmente firmado por estos dos operadores, este precio se vio reducido, como consecuencia de la reducción del precio minorista de *Gol Televisión* en TDT de pago inicialmente prevista, reducción que respondía al precio minorista ofertado por *Sogecable* por *Canal + Liga*.

Pese a haber firmado en junio el acuerdo con *Sogecable*, *Mediapro* había esperado a agosto, justo antes del inicio de la temporada, para modificar unilateralmente la oferta de partidos de *Gol Televisión*, lo que afectaba, como la Dirección de Investigación describía detalladamente, a los partidos a emitir por *Sogecable* en su *Canal + Liga* y en PPV y al esfuerzo económico que ello le suponía. Al mismo tiempo, *Mediapro* decidía no ceder a *Sogecable* la señal de ese tercer partido de Liga que se emitía por *Gol Televisión* hasta que firmase un acuerdo al respecto, negativa que afectaba también a la emisión de partidos en PPV y de resúmenes de partidos en Internet. Todo ello se daba en un momento crucial de la temporada a efectos de suscripciones a la televisión de pago, lo que generaba un efecto exclusionario en detrimento de su competidor.

- 2.2. Segunda modificación. La segunda modificación se produjo en febrero de 2010, al permitir *Mediapro* la emisión de un cuarto partido de Liga de Primera División en *Gol Televisión*, previo consentimiento de la Real Federación Española de Fútbol, para permitir la emisión el lunes del partido adicional.

Con ello, se había seguido reduciendo el peso de los partidos en PPV, sin perjuicio de que *Sogecable* siguiera retransmitiendo dicho cuarto partido de *Gol Televisión* en PPV, a fin de no aumentar el precio mayorista a pagar a *Mediapro* para la emisión de *Canal + Liga*. En cambio, los terceros operadores que emitían *Gol Televisión* no habían visto incrementado el

precio mayorista a pagar por la emisión de un partido adicional por jornada de Liga de Primera División.

La Dirección de Investigación manifestaba que los efectos restrictivos de esta modificación sobre la capacidad competitiva de *Sogecable* habían sido más limitados, dadas las fechas en las que había tenido lugar, cuando los movimientos de abonados interesados en el fútbol eran menos probables, puesto que *Sogecable* emitía el cuarto partido por jornada de Gol TV en PPV y dado que conforme a las reglas adicionales de elección de partidos que se emitían en cada ventana acordadas por *Mediapro* y *Sogecable* en su contrato de 21 de octubre de 2009, era prácticamente imposible que este cuarto partido por jornada de Primera División de *Gol Televisión* correspondiera a uno de los jugados por el Real Madrid o el Barcelona.

Como decía la DI: *“En lo que respecta a la segunda modificación, los datos de evolución de abonados de Gol TV, que han tenido un crecimiento reducido entre los meses de febrero y mayo de 2010, son un indicio de la poca efectividad comercial de esta política. En este sentido, esta segunda modificación ha llevado a Mediapro a renunciar a los ingresos mayoristas provenientes del PPV sin obtener ningún beneficio adicional de los abonados ya existentes. De todas maneras, con esta política, Mediapro ha debilitado la capacidad de los distintos operadores para alcanzar los mínimos garantizados en el PPV, con la excepción de Telefónica (que los ha visto automáticamente reducidos). El más afectado ha sido el propio Sogecable, pues conforme a los datos de pinchazos de PPV en la temporada 2009/2010 aportados por Mediapro, no ha conseguido alcanzar los mínimos garantizados establecidos para dicha temporada en su contrato de 11 de septiembre de 2009 con Mediapro. Esto a su vez agrava el efecto de la discriminación de Sogecable frente a terceros operadores en la fijación de los mínimos garantizados, como se verá más adelante”*.

La Dirección de Investigación afirmaba que estas modificaciones unilaterales habían tenido un efecto restrictivo sobre la competencia, en particular, al limitar la capacidad competitiva de *Sogecable* frente al resto de operadores de televisión de pago.

Estas modificaciones unilaterales de los partidos por jornada de Liga de Primera División no contaban con una justificación objetiva razonable, más allá que la de aumentar el atractivo del canal *Gol Televisión* frente a su competidor más inmediato, *Canal + Liga*, y extraer una mayor renta de *Sogecable*.

3. **La discriminación contra Sogecable a la hora de tener acceso a los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol.** A juicio de la DI, *Mediapro* había desarrollado otras conductas que discriminaban de forma injustificada a *Sogecable* frente a terceros operadores de televisión de pago y a la propia *Mediapro*:

- 3.1. *Restricciones impuestas a través del contrato con Sogecable de 04/06/2009.* Estas restricciones sobre la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol

impedían a *Sogecable* comercializar *Canal +* en TDT de pago incluyendo los partidos que le cedía *Mediapro* y también comercializar *Canal + Liga* por tecnologías distintas al satélite. Esto restringía la capacidad de *Sogecable* para poder competir con *Mediapro* en la TDT de pago e impedía a *Sogecable* licenciar *Canal + Liga* a terceros operadores de televisión de pago, convirtiendo a *Gol Televisión* en la única alternativa mayorista para la emisión de los partidos de Liga y Copa de SM el Rey que se emitían simultáneamente en *Canal + Liga* y *Gol Televisión*. Asimismo, este contrato suponía una modificación de algunos de los términos establecidos en los paquetes inicialmente ofertados por *Mediapro* a los distintos operadores, en particular, en los paquetes que fueron luego adquiridos para su inclusión *Canal + Liga*, donde no se imponían tales limitaciones.

- 3.2. *Restricciones impuestas a través del contrato con Sogecable de 11/09/2009.* Tales restricciones para la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol a través de PPV, comprendían algunas condiciones, en particular en relación con los mínimos garantizados, diferentes a las aplicadas por *Mediapro* a los operadores de cable. Estas diferencias de tratamiento podían ser discriminatorias, pues no contaban con una justificación objetiva razonable. En este punto, el criterio del Consejo de la *CNC* no coincidió con el de la *DI*.

Para la *DI*, esta discriminación de *Sogecable* frente a terceros se daría en relación con la cuantificación de los mínimos garantizados por la emisión de partidos en PPV. En este caso, los contratos de *Mediapro* con los operadores de cable y *Sogecable* seguían el mismo esquema, de un precio unitario por pinchazo si se superaban los mínimos garantizados. Sin embargo, en el caso de los operadores de cable, éstos se comprometían a pagar por temporada, por la emisión de partidos en PPV, un mínimo garantizado mensual, durante diez meses, equivalente a multiplicar el número de abonados medios del operador por un coeficiente y por una cantidad fija de dinero. En el caso de *Sogecable*, la cuantía del mínimo garantizado a pagar por temporada era equivalente a cierto número de compras por abonado medio de *Sogecable* en la temporada, a un precio determinado (sin IVA) el pinchazo. La Dirección de Investigación cuantificaba el coste de esta diferencia para *Sogecable* en una cantidad no desvelada.

Mediapro había pretendido justificar esta diferencia de tratamiento sobre la base de que los operadores de cable adquirirían conjuntamente los derechos de emisión de partidos en PPV y de *Gol Televisión*, lo que hacía necesario darles mejores condiciones comerciales en relación con los mínimos garantizados en PPV. Pero la Dirección de Investigación desacreditaba este argumento porque *Sogecable* era el cliente más importante de *Mediapro* y porque mediante otra modalidad (*Canal + Liga*), había adquirido los mismos derechos de emisión que los operadores de cable, y algunos adicionales para el canal no temático-deportivo (*Canal +*) y para la emisión de resúmenes vía web. Asimismo, con la excepción de los partidos en PPV, en todos los demás casos *Sogecable* hacía un pago fijo por los derechos

adquiridos, al contrario que los operadores de cable, que hacían sus pagos por *Gol Televisión* en función de los abonados a este canal, con un mínimo garantizado, lo que significaba que el riesgo cliente que soportaba *Mediapro* frente a *Sogecable* era mucho menor que frente a los operadores de cable, pues *Sogecable* le aseguraba una cantidad de ingresos más estable.

A los efectos perjudiciales para *Sogecable* de esta discriminación había que añadir, en opinión de la DI, los efectos derivados de la modificación unilateral de condiciones por *Mediapro*, que reducían significativamente la capacidad de *Sogecable* para atraer pinchazos al partido por jornada que se emitía simultáneamente por ella en PPV y por sus competidores a través de *Gol Televisión*. Lo anterior dificultaba que *Sogecable* alcanzase los mínimos garantizados y hacía más fácil que los mínimos garantizados fueran de aplicación.

También incidía la DI en que se habían vulnerado los principios de transparencia, objetividad y no discriminación con la negativa de *Mediapro* a ceder a *Sogecable* la señal de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para su emisión en PPV a clientes residenciales ante la falta de acuerdo sobre la comercialización de su canal *Gol Bar* en locales comerciales. *DTS* había denunciado esta conducta en su escrito presentado ante la CNC el 3 de septiembre de 2009 y había llegado a solicitar medidas cautelares al respecto. El 11 de septiembre de 2009 *DTS* y *Mediapro* firmaron un acuerdo en relación con la emisión de partidos de Liga y Copa de fútbol en PPV a clientes residenciales, sin condicionar la emisión de estos partidos a otras obligaciones salvo la remuneración pactada entre ambos. Pero no había que olvidar que ello sólo ocurrió después de que la Dirección de Investigación elevara al Consejo de la CNC una propuesta de adopción de medidas cautelares en la que se proponía ordenar a *Mediapro* que diese acceso inmediato e incondicional a *DTS* a la señal de todos los partidos de Liga y Copa de SM el Rey que se emitiesen en PPV en España.

Las motivaciones de estas actuaciones que exponía *Mediapro* no resultaban aceptables como justificación objetiva desde la perspectiva de competencia. No se cuestionaba que con ello el operador dominante quisiera reforzar el atractivo comercial de *Gol Televisión* o, en su caso, de *Gol Bar*, pero los métodos empleados no resultaban compatibles con el normal desenvolvimiento de la competencia en el mercado.

Entendió sin embargo el Consejo, apartándose como dijimos del criterio de la DI, que no quedaba acreditado que tales conductas fueran abusivas por discriminatorias en relación con la cuantificación de los mínimos garantizados para la emisión de partidos en PPV.

Para el Consejo, tenía razón *Mediapro* cuando argumentaba que el contrato celebrado con *Sogecable* no podía considerarse equivalente al celebrado con otros operadores de televisión de pago. *Sogecable* demandaba prestaciones distintas a las del resto de operadores y tenía una posición muy diferente en el mercado. Luego, podían resultar justificadas las diferencias

tanto en el modelo de contraprestación como en las cuantías a pagar por mínimos garantizados con respecto a otros operadores, al igual que diferían las condiciones de los contratos firmados por los operadores de cable con respecto al firmado con *Telefónica*, sin que la Dirección de Investigación viera en ello signos de discriminación.

Por otra parte - seguía diciendo el Consejo, dado que los acuerdos con *Mediapro* y *Gol TV* suponían la cesión de un conjunto de derechos, resultaría necesario examinar la contraprestación por el global y no ver en aislado cuanto suponía el pago por PPV. Bajo esa premisa, no se podía afirmar que estas diferencias fueran en su conjunto de carácter inequitativo por generar una desventaja competitiva contra *Sogecable* respecto del resto de operadores. ***En vista de todo ello, no cabía concluir que se hubiera acreditado por parte de Mediapro una discriminación abusiva en contra de Sogecable por los términos económicos acordados, más allá de la que se derivaba de la modificación sobrevenida del perímetro de los partidos a emitir en PPV, conducta que ya había sido anteriormente analizada y calificada como abusiva.***

- 3.3. *Restricciones impuestas a través del contrato con Sogecable de 21/10/2009.* Este contrato para la reventa de derechos de retransmisión a través de Internet de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol contenía limitaciones más estrictas en cuanto a la duración de los resúmenes, al período que podían estar disponibles al público, etc., que los contratos firmados por *Mediapro* con otros operadores (*Telefónica*, etc.) en relación con los mismos derechos. Estas diferencias de tratamiento podrían ser discriminatorias, pues no contarían con una justificación objetiva razonable.

La discriminación de *Sogecable* frente a terceros operadores detectada estaba, pues, relacionada con la emisión de resúmenes por Internet. La Dirección de Investigación consideraba que las condiciones que *Mediapro* habría concedido a *Sogecable* para la emisión de esos resúmenes eran mucho más onerosas que las otorgadas a otros operadores. Así, los resúmenes de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol que *Sogecable* podía emitir en diversas páginas web del grupo *Prisa* estaban limitados a un máximo de 3 minutos por partido y sólo se podrían mantener en la página web 72 horas desde la celebración del partido.

En cambio, en el caso de otros operadores como *Telefónica*, las condiciones establecidas por *Mediapro* para los resúmenes de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol que los mismos podían emitir en sus páginas web, suponían que estos resúmenes tuvieran una duración máxima de cinco minutos por partido y que se pudieran mantener en la página web una semana desde la finalización de la jornada, salvo los resúmenes de hasta 20 partidos que se podrían mantener toda la temporada.

Mediapro había argumentado que *Sogecable* no estaba respetando el contrato, argumento que, sin embargo, no era admisible en opinión de la Dirección de Investigación para justificar la diferencia de trato fijada por

vía contractual. No obstante, la Dirección de Investigación sí reconocía que no era posible determinar si esta diferencia de tratamiento se debía a una cuestión de precio, pues al menos en el caso de *Sogecable* y *Telefónica*, el precio de los derechos de emisión de resúmenes de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol en Internet estaba empaquetado con el de otros derechos.

- 3.4. Imposición a Sogecable de la firma de contratos escritos. *Mediapro* condicionó la entrega a *Sogecable* de la señal de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para su emisión en PPV a clientes residenciales a la firma previa de un contrato escrito el 11 de septiembre de 2009. El mismo condicionamiento se impuso: (i) para la entrega a *Sogecable*, a partir del contrato de 21/10/2009, de la señal del tercer partido de Liga de Primera División de fútbol por jornada emitido a través de *Gol Televisión*; (ii) para la concesión de derechos de emisión a clientes comerciales (no residenciales) de los partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol que *Sogecable* emitía en PPV y a través de *Canal + Liga*; y (iii) para la emisión de resúmenes de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol en Internet.

En cambio, *Mediapro* no había impuesto a otros operadores (*R Cable*, *Telefónica*, etc.) este condicionamiento de la entrega de la señal a la firma previa de un contrato. Precisamente, estos operadores emitían *Gol Televisión* y el servicio *Gol Bar*, producidos por *Mediapro*, que generaban mayores ingresos mayoristas a favor de esta entidad conforme se incrementaba su número de abonados.

Este condicionamiento de la entrega de la señal a la firma previa de un contrato, había llevado a que durante las primeras jornadas de Liga de Primera División de fútbol en la temporada 2009/2010, *Sogecable* hubiera visto limitada su capacidad de captación y retención de clientes de televisión de pago, al no disponer la misma *Sogecable* de la señal audiovisual de estos partidos para esos clientes en un momento clave para esa captación y retención de abonados.

Los argumentos de *Mediapro* sobre la existencia de contratos verbales con terceros operadores para justificar esta discriminación de *Sogecable* no eran admisibles en opinión de la Dirección de Investigación, especialmente si se tenía en cuenta que *Mediapro* ya disponía de un contrato firmado con *Sogecable* para las temporadas 2009/2010 y siguientes, que cubría derechos de emisión de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol significativos. Tampoco optó, como hizo con *Telefónica*, por darle autorizaciones puntuales, jornada a jornada, para emitir determinados derechos con fijación de un precio transitorio. No aceptaba tampoco la Dirección de Investigación como justificación de la discriminación otros argumentos que tenían que ver con los pleitos que mantenían ambas compañías.

A la vista de todo lo anterior, la DI concluyó que *Mediapro* podía estar aplicando una estrategia general para reducir la capacidad competitiva de *Sogecable* en los distintos mercados audiovisuales, especialmente el de televisión de pago, para

minimizar la capacidad de presión competitiva que *Digital +*, a través de *Canal +* y *Canal + Liga*, podía ejercer frente a *Gol Televisión* ya fuera en sus emisiones en TDT de pago, ya en sus emisiones en plataformas alternativas.

Al margen del mayor coste que *Sogecable* había tenido que afrontar, la DI consideró que tales desventajas competitivas, especialmente las que se produjeron al inicio de la temporada 2009/2010, limitaron la capacidad de *Sogecable* para captar y mantener abonados, lo que se había reflejado en una reducción de su número total de abonados entre junio de 2009 y junio de 2010. Especialmente significativa había sido la reducción de los abonados comerciales de *Sogecable* con el producto fútbol contratado entre junio de 2009 (37.643 abonados) y el 30 de octubre de 2009 (5.175 abonados), consecuencia directa de la imposibilidad de *Sogecable* de emitir *Canal + Liga* y partidos en PPV durante las siete primeras jornadas de la temporada 2009/2010.

En vista de ello, la Dirección de Investigación propuso al Consejo “*que se declare que Mediaproducción, SL y su filial al 100% Gol Televisión, SL han infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incurriendo en un abuso de posición de dominio en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey en España, por no realizar su actividad de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias, por introducir modificaciones unilaterales no justificadas en el modelo de explotación, y por discriminar de forma injustificada a Sogecable, SA frente a la propia Mediaproducción, SL y terceros operadores, lo que ha tenido efectos exclusionarios y ha perjudicado a los consumidores en los mercados audiovisuales aguas abajo, especialmente en el de televisión de pago*”.

El Consejo consideró también que *Mediapro* había infringido el artículo 2 de la LDC y el artículo 102 del TFUE. Como se razonaba, determinados aspectos del diseño de la reventa y explotación de los derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey ideado por *Mediapro* no satisfacían los criterios de transparencia, objetividad y no discriminación exigibles a un operador en posición de dominio y que la propia normativa sectorial establecía. Con ello, se había obstaculizado la competencia en el mercado de reventa de derechos al discriminar en el acceso de los operadores a los derechos y en los mercados de televisión, en particular en el mercado de la televisión de pago, forzando artificialmente una ventaja competitiva para *Gol Televisión*.

Con esa falta de transparencia y objetividad en el diseño del modelo de reventa y en su actuación, **Mediapro había forzado deslealmente desde su posición de dominio una ventaja competitiva para Gol Televisión, distorsionando la competencia en el mercado de la televisión de pago**. Esta ventaja era contraria al normal desenvolvimiento de la competencia en el mercado frente a sus rivales y a la especial responsabilidad del dominante que la doctrina propugnaba (STS de 16 de junio de 2010 [RJ 2010, 4884]; STS 10 de febrero de 2011; SAN 14 de enero de 2004 [PROV 2004, 132241]).

La conducta de *Mediapro* también había resultado contraria al interés de los consumidores. Aquí el término de comparación no podía ser una pretendida situación donde no se hubieran comercializado los derechos, sino aquella en la que, habiendo decidido *Mediapro* –como realmente había decidido– revender los mismos, la reventa se produjera en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En este sentido, la falta de transparencia inicial sobre los partidos a emitir en *Gol Televisión* y PPV y la falta de entrega de la señal a *Sogecable* habían condicionado la elección de buena parte de los consumidores y afectado a aquellos usuarios que habían contratado el servicio de TV de pago de *Sogecable* con la expectativa de ver determinados partidos a los que, al menos al principio de la temporada, no tuvieron acceso.

Esta conducta constituía una infracción muy grave de acuerdo con el artículo 62.4.b) de la LDC y era por tanto merecedora de una sanción. Dicho esto y de acuerdo con los criterios establecidos en el citado artículo 64 de la LDC, había una serie de elementos que se debían tener en cuenta a la hora de fijar dicha sanción.

- Primero, que *Mediapro* no tenía una posición de liderazgo en los mercados descendentes de la televisión. En el mercado de la televisión de pago, según datos de los informes trimestrales de la CMT, *Gol TV* terminó el año 2009 con 153.151 abonados en TDT y contaba con 276.977 en el tercer trimestre de 2010, lo que equivalía a un 6,6 % de cuota dentro del mercado de la televisión de pago en términos de abonados, cifra que resultaba inferior en términos de ingresos. Como la Dirección de Investigación ponía de manifiesto, la ventaja competitiva que *Gol TV* había podido obtener con la conducta de *Mediapro* había podido contribuir a este aumento. Sin embargo, no podía concluirse que fuera la única ni la principal causa. ***En el contexto que se analizaba, Gol Televisión era un producto nuevo con un innegable atractivo a la vista de los contenidos que ofrecía.***
- Segundo, la falta de acceso en condiciones transparentes y no discriminatorias por parte de terceros operadores a los derechos se había visto compensada por un mayor grado de acceso a los contenidos futbolísticos con respecto al pasado, lo que había limitado el efecto neto de la infracción sobre los consumidores y usuarios.
- Tercero, el alcance de la infracción había sido en cierto modo limitado. El efecto exclusionario generado por la conducta contra el principal competidor de *Gol TV*, si bien se había producido en un momento relevante, a comienzo de la temporada, había sido parcial, respecto del tercer partido, y había tenido un efecto fundamentalmente temporal.

La aplicación circunstancial de estos criterios conducía a que la sanción a imponer, sin renunciar a su efecto disuasorio, ascendiera a un importe reducido en relación al volumen de negocios de la entidad, importe que el Consejo fijaba en 500.000 euros. Así la CNC terminó por declarar que en el expediente se había acreditado la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el artículo 2 de la Ley 15/2007 y por el artículo 102 del TFUE, y por imponer solidariamente a *Mediapro* y a su filial *Gol TV* la referida sanción.

i) Barreras a la entrada en el mercado de la televisión de pago

i) Barreras normativas

(1) La necesidad de título habilitante y su supresión

(a) Consideraciones introductorias

Al margen de la necesidad de capacidad orbital y espectral para la difusión televisiva por satélite, punto para el que valdría todo lo dicho al tratar del espectro en el mercado de la audiencia y de los telespectadores, de las barreras normativas, la de mayor significación en el mercado de la TV de pago ha venido consistiendo en la necesidad de disponer de título habilitante para la prestación del servicio. No obstante y conforme a lo que más adelante se dirá, la importancia de esta barrera de entrada ha ido cediendo en el contexto de liberalización que, ya impuesta en el sector de las comunicaciones electrónicas, ha llegado a extender sus efectos a los mercados vecinos y cada vez más indisolublemente ligados a los anteriores de la difusión televisiva y de la comunicación audiovisual.

Recordaremos, por otro lado, que, sin perjuicio de que, tras la previsión legal de que TV de pago pueda ser también la digital terrestre (*vid supra*), esta opción se haya hecho ya realidad, por ejemplo, con el lanzamiento de *Gol Televisión*, los modos de difusión vinculados a la TV de pago son, sobre todo, satélite, ADSL (TV sobre protocolo IT) y cable. Por lo anterior, tendrá sentido que nos detengamos a examinar cuales son las exigencias de título habilitante con relación a cada uno de estos medios, por más que los mismos integren, como vimos, un único mercado: el de la TV de pago.

Para este análisis, nos ceñiremos al mercado español, por ser el nacional el geográfico de referencia y dada la imposibilidad material de extendernos a la situación de otros países. En cualquier caso, en la medida en que hablemos de mercados de las comunicaciones electrónicas, objeto de armonización europea, los condicionantes impuestos por la legislación española serán muy semejantes a los de otros estados miembros de la UE. Llegados a este punto, ha de notarse que una cosa es el título habilitante para la prestación del servicio de la TV de pago (mercado inscrito en el segmento de la difusión televisiva) y otra diferente es el título habilitante para la del servicio de transporte de la señal de TV de pago a través de la red de comunicaciones electrónicas (mercado inscrito en el segmento de las comunicaciones electrónicas). Realmente y en rigor, sólo el primero de esos títulos habilitantes constituiría una barrera normativa vinculada al mercado que nos ocupa de los servicios de TV de pago. Sin embargo, nos ha parecido lo más clarificador hacer referencia, junto al primero, también al título habilitante para la prestación de esos otros servicios de comunicaciones electrónicas sobre redes satelitales y de cable (las dos plataformas que en nuestro país más se relacionan con la TV de pago).

Por otra parte, aún cuando, desde un punto de vista técnico, no sean lo mismo las redes de cable que las basadas en el par de cobre reforzado con ADSL, como resulta del contenido de múltiples epígrafes de esta tesis, lo cierto es que, desde el punto de vista de la necesidad de título habilitante basada en las más recientes normas del ordenamiento jurídico español, ambos medios tienden a identificarse bajo el régimen del Real Decreto 920/2006 por el que se aprueba el Reglamento de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por

cable (BOE 2 septiembre 2006, núm. 210, pág. 31532; rect. BOE 9 noviembre 2006, núm. 268, pág. 39073), en cuanto que *“redes de comunicaciones electrónicas terrestres que no utilicen, de forma exclusiva o principal, el dominio público radioeléctrico en un determinado ámbito geográfico”* (v. Art. 4).

Que la importancia de la barrera normativa de entrada que nos ocupa se encontraba en retroceso se percibía en que, conforme al citado Reglamento, sobre el que volveremos, bastaba una simple autorización para la prestación del servicio de difusión de TV basado en esas concretas dos redes. Esta tendencia se ha visto prácticamente culminada con la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010, conforme a la que, para el ejercicio de los servicios de difusión televisiva, bastará con una simple notificación a la Administración, salvo en el caso de los basados en las ondas hertzianas (este último más vinculado al mercado de la TV en abierto) donde se exigirá licencia.

Llegados a este punto, tienen sin duda un valor introductorio las palabras del TDC en el caso español de la fusión digital de 2001 – deben tomarse muy a beneficio de inventario, dado el nuevo marco impuesto por la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley General de Comunicación Audiovisual, conforme se dirá, y por otra normativa citada – y así: *“se trata de un mercado que en lo referido al sistema vía satélite no contempla restricciones legales relevantes que impidan la entrada de nuevos competidores mientras que sí existen en el caso del cable, sobre todo por el criterio de demarcación territorial de las concesiones, y, en menor medida, en el caso del sistema digital terrestre o el ADSL, que están sometidos a un régimen de concesión administrativa pero sin las limitaciones geográficas del cable”* (esta última exigencia de concesión, con relación a cable y ADSL, ha sido suplida por la de simple comunicación bajo la Ley General de Comunicación Audiovisual y, en el caso de la TDT, la exigencia de concesión de servicio público ha dado paso a la de una simple licencia bajo esa misma Ley).

(b) Televisión por satélite

(i) Difusión televisiva por satélite

Fueron palabras del TDC en el caso español de la integración de las plataformas digitales: *“la televisión de pago vía satélite se encuentra liberalizada en España desde la entrada en vigor de la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por satélite razón por la que sólo es necesaria autorización administrativa para operar bajo este sistema. No obstante, cuando para la prestación de servicios a través de estas redes sea necesario utilizar el dominio público radioeléctrico se requerirá la correspondiente concesión administrativa de dicho dominio que se otorgará junto con la correspondiente autorización administrativa”*.

En el mismo Preámbulo de la Ley 37/1995 podía leerse: *“la modificación más significativa a introducir consiste en liberalizar, de conformidad con lo previsto en la Directiva 94/46/CE antes citada, la prestación de los servicios de telecomunicación que utilicen satélites de telecomunicaciones. Para esta prestación se precisará únicamente autorización administrativa que será otorgada por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Esta liberalización afecta a todo tipo de servicios sean éstos de difusión o no, incluyendo los propios servicios portadores, siempre que se utilice para su prestación un satélite de comunicaciones. Se excluyen tan sólo de la liberalización el servicio telefónico básico y el servicio portador de los servicios de televisión hertziana, aun en el caso de que utilicen para ello satélites de comunicaciones”*.

Pese a que, con arreglo a la Disposición Adicional Séptima de la Ley 37/95, los servicios de difusión televisiva no participaban de la naturaleza de servicio público, paradójicamente, se preveía que *“la programación de los servicios de difusión de televisión por satélite, sea o no codificada, deberá respetar, en todo caso, los principios contemplados en el artículo 4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión”*, principios estos con un contenido y una carga valorativa muy apegados a la noción de servicio público.

La Ley 37/1995 (BOE nº 297, 13-Dic-1995) fue derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (BOE nº 99, 25-Abr-1998), salvo lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de TV. Lo anterior suponía que la prestación este último servicio continuara sujeto al régimen de autorización administrativa. Del propio modo, el Art. 1 de la vigente Ley General de Telecomunicaciones de 2003 excluyó de su ámbito de aplicación ese mismo régimen del servicio de difusión televisiva, por lo que la exigencia de autorización administrativa se mantenía tras su entrada en vigor.

En el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite aprobado por Real Decreto 136/1997, de 31 de enero (BOE nº 28, 1-Feb-1997), se desarrollaba esa exigencia de autorización para la prestación del servicio de difusión televisiva sobre plataforma de satélite. Se especificaba además (Art. 5) que cuando ese servicio se prestara sobre redes propias, a la autorización debía acompañarse el título preciso (concesión) para el aprovechamiento de bienes demaniales (frecuencias y órbitas de satélites asociadas a las mismas).

En lo que se refiere a este último régimen correspondiente al segmento espacial, éste quedaba definido en el Art. 20 del Reglamento como *“los satélites y las instalaciones y sistemas en tierra que efectúen las funciones de telemida, telemando y seguimiento, y el apoyo logístico para los satélites”* así como *“los enlaces ascendentes y descendentes destinados a garantizar la operatividad del satélite y los sistemas del control en tierra”*. El Gobierno – Art. 22 – había de establecer la modalidad de gestión del mismo que podría ser directa o indirecta, esta última a través de cualquiera de las fórmulas previstas en la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. Finalmente, la gestión del segmento espacial a través de organizaciones internacionales en que fuera parte el Estado español debía tener lugar por medio del signatario (entidad o empresa) designado por el Gobierno en los acuerdos internacionales de explotación del sistema de satélites de que se tratara (Art. 23).

En ese caso referido en el Art. 5 citado, lo que ocurría era que los servicios de difusión televisiva y de comunicaciones electrónicas se acumulaban en un solo operador. Por otra parte, en España la anterior situación no ha llegado a darse y *Sogecable*, que es el difusor de TV de pago sobre red satelital, utiliza la capacidad que le proporciona la plataforma de un operador de satélites (ya sea *Astra* o *Hispasat*). De otra parte, los servicios de vídeo bajo demanda o análogos no se consideraban servicios de difusión televisiva por satélite, sino de telecomunicaciones por satélite.

En cuanto a estos servicios de vídeo bajo demanda – *on demand* – eran varias ya las sentencias de nuestro TS – SSTS 28-2-06, 25-1-06, 24-1-06, 23-1-06 – en las que se excluía a los mismos del concepto de radiodifusión y por tanto de la necesidad de concesión en términos como los que siguen: *“La Administración parte de que el servicio de vídeo bajo*

demanda al ser interactivo –se transmite exclusivamente del prestador al solicitante ofreciendo posibilidades activas de configuración al usuario para elegir momento, forma y contenido– no hay difusión a diferencia de lo que ocurre en el servicio de vídeo a la carta que supone difundir una señal punto-multipunto a la que puede acceder una pluralidad de usuarios y que por tanto se encuentra dentro del concepto de los servicios de difusión. En efecto, el vídeo bajo demanda, como servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, que puede seleccionar tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción (por emplear los términos que sobre esta figura contiene a posteriori la Ley 34/2002, de 11 de julio, que ya sin duda los considera servicios de libre prestación), se inscribía entre las modalidades de transmisión electrónica de contenidos liberalizadas por la Ley 11/1998, y no entre las modalidades de radiodifusión televisiva aún sujetas a concesión. Como bien afirma la Sala de instancia, cuyos razonamientos sobre este punto compartimos, la finalidad liberalizadora de la Ley 11/1998 obliga a entender que las características de este servicio, marcado por la interactividad y no por la mera recepción pasiva de la señal televisiva sin posibilidades de elección de momentos y contenidos, se encuadra entre los servicios de telecomunicaciones regulados por la tan citada Ley 11/1998”.

En ningún caso – Art. 8 del Reglamento – la autorización a que nos venimos refiriendo podía comprender el servicio público de difusión televisiva terrestre regulado en las Leyes 4/1980, 46/1983 y 10/1988 que se dejó estudiado al tratar, dentro del mercado de los telespectadores, de la necesidad de título habilitante para los servicios de TV en abierto (es decir que esa autorización no habilitaba para la difusión, por ejemplo, de *La 2*, de *Telemadrid* o de *Telecinco* sobre plataforma de satélite).

Finalmente, convendrá recordar que en la Ley General Audiovisual lo previsto es que los servicios de difusión televisiva por satélite se sujeten a una simple notificación a la Administración y no ya a la obtención de título habilitante. Sin embargo, alguna limitación habrá a la hora de su obtención, como la derivada del Art. 23.3, a tenor del cual “*cuando el servicio audiovisual prestado sea de pago, el sistema de codificación deberá estar homologado por la Autoridad Audiovisual*”. A propósito de esta previsión, finalmente mantenida en el texto final de la Ley, ya la CNC hacía ciertas advertencias en su Informe sobre el Proyecto de Ley (ver más arriba). En especial se señalaba: “*se considera necesario someter esta obligación de homologación a una justificación rigurosa de su necesidad y proporcionalidad, ya que, en función de los requisitos que se establezcan para la homologación, puede darse lugar a restricciones al acceso al mercado de los codificadores, suponer una barrera a la innovación y dificultar el desarrollo de modelos de negocio audiovisuales basados en codificadores con estándares técnicos alternativos*”.

(ii) Transmisión de señal de televisión por satélite

A pesar de que los servicios de transmisión de señal de televisión por satélite no son servicios de difusión televisiva, sino de comunicaciones electrónicas, razones de claridad expositiva aconsejan hacer una referencia en esta sede a la necesidad de título habilitante para la prestación de los mismos, necesidad que, por otra parte, se relacionaría más bien con las barreras normativas a la entrada dentro del mercado de la capacidad satelital, al que dedicaremos otros apartados de la tesis.

Como, a título de curiosidad, expone el Profesor Chillón Medina en su “*Curso Virtual Sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*” (2004;

Módulo 1; Pp. 33 y Ss.): *“Se dice que la primera intervención del Estado en materia de telecomunicaciones se hizo en Francia bajo el reinado del **Rey Luis Felipe de Orleans** que decidió someter a autorización previa la utilización del telégrafo óptico de **Chiappe** como consecuencia de un formidable fraude en la Bolsa de París por el acceso privilegiado a este rudimentario medio de telecomunicación que había sido utilizado con notable éxito en las campañas bélicas de la convención en las batallas de **Valmy y Jemmapes**. El telégrafo óptico de **Chiappe** también había sido objeto de reglamentación en España, por razones asimismo bélicas y para asegurar una correspondencia oficial. Por Real Orden de Carlos IV de 17 de Febrero de 1799 se aprobaba un primer proyecto para la instalación del telégrafo óptico y finalmente en 1831 se aprobó la construcción de una línea Madrid – Aranjuez y extendido por una Orden de 1844 para uso exclusivo del Gobierno.”* Hoy, en materia de telecomunicaciones, ha llegado a invertirse el signo de la intervención administrativa que esos hitos hacían prever de modo que la tónica viene a ser la de suprimir la exigencia de autorización previa.

Bajo la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, para la prestación de los servicios de transmisión de señal de TV sobre plataforma de satélite era necesaria concesión administrativa. La Ley 37/1995 de Telecomunicaciones por satélite sustituyó esta exigencia de concesión por la de, tan sólo, autorización administrativa. Esta previsión vino a desarrollarse en el Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, de aprobación el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite. Conforme a su Art. 5, la prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite exigía autorización administrativa, con una duración de cinco años prorrogables por iguales periodos, que, en su caso, debía acompañarse de la correspondiente concesión si fuera necesario para dicha prestación el uso del espectro.

A nuestros efectos, el contenido de la autorización podía ser, en primer lugar, sólo para la prestación del servicio portador de telecomunicaciones por satélite, caso en el cual habilitaba a su titular únicamente para el suministro de capacidad de transporte de señales, mas no para la prestación de los servicios de telecomunicaciones o difusión que hubieran de discurrir a través de la red en cuestión. En segundo término, dicho contenido podía facultar a su titular para la prestación de los servicios de difusión de TV por satélite, lo que se dejó estudiado en el anterior epígrafe. Por último y en tercer lugar, ese mismo contenido podía traducirse en una habilitación para la prestación de servicios de telecomunicaciones por satélite a terceros.

En el primero de los casos enunciados en el párrafo anterior, la autorización debía acompañarse de la oportuna concesión demanial para el uso del espectro. En los otros dos, la prestación, respectivamente, de los servicios de difusión televisiva o telecomunicaciones por satélite podía desarrollarse a través de redes ajenas o propias y, en este último caso, era de aplicación lo dicho en el primero de los tres supuestos enumerados, en particular, en cuanto a la necesidad de concesión demanial.

La exigencia de autorización administrativa para la prestación de servicios de transmisión de señal de TV sobre plataforma de satélite conforme a la Ley 37/1995 y a su reglamento de desarrollo que acabamos de ver fue sustituida por la de un título habilitante – licencia individual – con una menor carga de intervención administrativa bajo la Ley General de Telecomunicaciones de 1998. Este régimen vendría a coincidir con el de la prestación de servicios de transmisión de señal televisiva sobre red de cable con lo que valdrá con remitirnos a lo que más abajo se dirá.

Finalmente, bajo la vigente Ley General de Telecomunicaciones de 2003 no es necesario título habilitante para la prestación de los servicios de transmisión de señal de TV sobre redes de satélite y basta con una simple notificación a la CMT. Lo anterior es consecuencia de la implementación en nuestro ordenamiento de la Directiva de Acceso, punto para el cual valdrá también con remitirnos a lo que más abajo diremos sobre la transmisión de señal de TV a través de redes de cable.

Así pues: *actualmente ni los servicios de difusión de TV por satélite están sujetos a la obtención de un título habilitante ni tampoco lo están los servicios de comunicaciones electrónicas consistentes en la transmisión de la señal de TV sobre red satelital; en ambos casos basta con una simple comunicación o notificación a la Autoridad Audiovisual y a la Autoridad Nacional de Reglamentación de las Telecomunicaciones (CMT), respectivamente.*

c) Televisión por cable (incluido ADSL)

(i) Difusión televisiva por cable

Sin ahondar en la evolución histórica de la exigencia de título habilitante para la prestación de los servicios de difusión televisiva sobre redes de cable, lo que se reserva para la parte final recapitulativa o de conclusiones, dejar apuntado que, bajo la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por cable (BOE nº 306, 23-Dic-1995), lo exigido era concesión administrativa y que dicha exigencia se mantuvo bajo la Ley General de Telecomunicaciones de 1998.

La Disposición Adicional Décima y la Transitoria Décima de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 supusieron la liberalización del servicio de difusión televisiva sobre cable y la sustitución de la exigencia de concesión por la de una simple autorización en términos como los que pasamos a exponer.

Los servicios de TV por cable pasaban a prestarse en régimen de libre competencia en las condiciones determinadas por el Gobierno mediante reglamento. Para su prestación era exigible la obtención de una simple autorización administrativa del órgano competente estatal o autonómico, según que el operador fuera a actuar en un ámbito territorial coincidente o más amplio que el de una Comunidad Autónoma, y su inscripción en el registro administrativo llevado a tal efecto por la CMT o por el órgano autonómico equivalente, según los casos. En dicho reglamento, entre otros extremos, habían de establecerse las obligaciones de los titulares de las autorizaciones y, en particular, las referidas a la distribución de programas de titularidad de programadores independientes y al cumplimiento de la legislación aplicable en materia de contenidos de los servicios de TV.

Los títulos habilitantes (concesiones) otorgados para los servicios de difusión de TV por cable y los que se encontraran en proceso de otorgamiento al amparo de la Ley 42/1995 se debían transformar de manera inmediata por la CMT en las correspondientes autorizaciones administrativas. Y no se otorgarían nuevas autorizaciones para la prestación de los servicios de difusión por cable antes del 31 de diciembre de 2009, salvo que el Gobierno a partir del 31 de diciembre de 2005, previo dictamen razonado de la CMT relativo a la situación global de extensión de las redes de cable, considerara conveniente la modificación de dicho término. Sin perjuicio de lo anterior, podrían otorgarse nuevas autorizaciones para la prestación de los servicios de difusión por cable antes de la mencionada fecha de 31 de diciembre de 2009 y una vez hubiera entrado en vigor el reglamento, dentro del ámbito de las demarcaciones

territoriales constituidas conforme a la Ley 42/1995 en las que hubieran quedado desiertos los concursos convocados a su amparo.

De cuanto antecede resultaba que, si bien la Disposición adicional décima entrañaba la liberalización del sector de la difusión de TV por cable, que dejaba de ser servicio público, sujetándolo a la obtención de una simple autorización administrativa, la transitoria décima aplazaba los efectos de la liberalización hasta el 31 de diciembre de 2009. Este planteamiento cambió con la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo. Dicha Ley modificó la Disposición transitoria décima de la Ley 32/2003 supeditando la entrada en vigor de la liberalización, no a la llegada de determinada fecha, sino sólo a la aprobación del reglamento sobre la prestación del servicio previsto en la adicional décima.

La norma que, por lo dicho, supuso la efectiva liberalización del servicio televisivo por cable fue la que se viene citando, a saber, el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio de aprobación del Reglamento de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable. Conforme a su Art. 4, la autorización administrativa habilitaba a su titular para difundir, por redes de comunicaciones electrónicas terrestres que no utilizasen, de forma exclusiva o principal, el dominio público radioeléctrico en un determinado ámbito geográfico, bajo su responsabilidad, servicios de TV y radio, con independencia de quien fuera el responsable editorial de los mismos (normalmente, un organismo de radiodifusión), conformando una oferta de canales que hacer llegar a sus abonados. A estos efectos, se consideraba servicio de radiodifusión aquel en que la comunicación se realizaba en un solo sentido a varios puntos de recepción simultánea (“punto/multipunto” o “punto/masa”).

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 11 de febrero de 2009 (RJ 2009\1231), vino a resolverse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la CMT frente a este Art. 4 y otros preceptos del Reglamento aprobado por Real Decreto 920/2006. La CMT propugnaba la eliminación de este inciso para someter al régimen general de autorización también los servicios punto/punto de video a la carta o bajo demanda.

El TS desestimó esta pretensión, considerando que los servicios de video a la carta debían seguir configurados como servicios de comunicaciones electrónicas, más que de difusión televisiva, si bien dejó ya advertido que *“estas distinciones, por lo demás, posiblemente resulten superadas por el desarrollo tecnológico del sector y, en todo caso, la solución normativa objeto de debate deberá ser revisada y contrastada con el nuevo régimen legal que deriva de la necesaria transposición antes del 19 de diciembre de 2009 de la Directiva 2007/65 / CE (LCEur 2007, 2173) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 , por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE (LCEur 1989, 1386) , sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva”*.

Ese régimen legal englobaba en el concepto más amplio de servicios de “comunicación audiovisual” tanto a las emisiones de radiodifusión televisiva (denominadas ahora “servicios de comunicación audiovisual lineal” y que mantienen sus rasgos básicos de visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación) como a los “servicios de comunicación audiovisual a petición” en los que el espectador elige qué contenido

audiovisual y en qué momento verá, sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio

También el mismo Art. 4 se encargaba de matizar que la autorización a que nos venimos refiriendo no habilitaba para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas mediante transporte de la señal a través de las redes de cable como, tampoco, la autorización para la prestación de este último servicio facultaba para la prestación del servicio de difusión televisiva; se trataba de títulos independientes por más que ambos pudieran solaparse en un mismo operador.

Por otra parte, todo lo dicho hasta aquí sería predicable tanto de la prestación del servicio televisivo sobre la Red Telefónica Pública Conmutada (par de cobre reforzado con técnicas ADSL como en *Imagenio* de *Telefónica*) como sobre otras redes de cable (cableoperadores).

Finalmente, en la Ley General Audiovisual de 2010 lo que se ha llevado a efecto ha sido la sustitución de la exigencia de autorización administrativa para la prestación del servicio de difusión televisiva sobre redes de cable por la de una simple notificación a la autoridad administrativa correspondiente, en términos coincidentes con los que se vieron para el caso de la TV por satélite. La Disposición Derogatoria de dicha Ley ha derogado las Disposiciones Adicional Décima y la Transitoria Décima de la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003.

(ii) Transmisión de señal de televisión por cable

Aún cuando los servicios de transmisión de señal de televisión por cable no son servicios de difusión televisiva, sino de comunicaciones electrónicas, las mismas razones de claridad expositiva que con el satélite hacen aconsejable referirnos aquí a la exigencia de título habilitante para su prestación. Por otro lado, y ciñéndonos al mercado español, se percibe una diferencia con relación a la TV de pago por satélite. En ésta, ya hemos dicho, el operador de servicios de difusión televisiva por satélite contrata los de transmisión de señal de TV sobre red satelital (o capacidad satelital) con un operador de satélites, como podría ser *Astra*; razón por la cual la exigencia o no de título habilitante para la prestación de esos servicios de transmisión de señal de TV podría guardar relación con todo lo concerniente a la existencia de barreras de entrada en el mercado, ascendente con respecto a los servicios de TV de pago, de la capacidad satelital.

En cambio, en el caso de la TV de pago sobre red de cable, lo más habitual será que el difusor de los servicios de TV sobre esta plataforma se autopreste los de transmisión de señal, al ser también titular de la plataforma alámbrica y/o fibrilar de comunicaciones electrónicas. Lo anterior es ciertamente así en el caso de los cableoperadores (*ONO*) y, por lo general, también en el caso de los servicios de difusión televisiva sobre ADSL (como *Imagenio* de *Telefónica*). Sin embargo, en este último caso, cabrá que *Telefónica* tenga que facilitar el acceso a terceros operadores a su par de cobre para la prestación a los abonados de servicios televisivos similares a los de *Imagenio* (*vid supra* la resolución de la SETSI relativa a la oferta de servicios “*Línea Imagenio*”).

En el segmento del cable, la Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por cable, pretendió articular un régimen de duopolio en cada demarcación territorial en el cual los adjudicatarios de las concesiones en los diferentes concursos públicos convocados tras la aprobación del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio habían de entrar en competencia con

Telefónica. Para evitar subvenciones cruzadas se obligaba a *Telefónica* a separar jurídicamente el negocio del cable mediante la creación de *Telefónica de Cable*. *Telefónica de Cable* no ejerció su derecho a desarrollar la red de cable en todo el territorio español, lo que llevó a que en cada demarcación sólo llegara a haber un operador de cable. Cada operador de cable – Art. 11- quedaba obligado, entre otros extremos, a proporcionar a los abonados conectados a la red, como mínimo, el servicio público de difusión televisiva regulado en las leyes 4/1980, 46/1983 y 10/1988 y el de TV local existente en el Municipio (obligaciones de *carrier* o *must carry*).

Mediante Real Decreto 2066/1996, de 13 septiembre, vino a aprobarse el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por cable (BOE de 26/09/1996). La prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable y la instalación de las redes necesarias habría de llevarse a efecto – Arts. 1 y 2 - por los operadores de cable en régimen de gestión indirecta bajo concesión administrativa que comprendía, precisamente, esos dos aspectos, a saber, prestación del servicio y establecimiento de red. Las demarcaciones territoriales correspondientes a las diferentes concesiones – Art. 4 – podían ser de lo más diverso: desde no exceder de un término municipal hasta comprender más de uno en la misma o en distintas Comunidades Autónomas. El plazo de vigencia de la concesión, que podía ser cedida a terceros, podía ser de hasta veinticinco años, en función de las inversiones necesarias para la prestación del servicio, renovable por términos sucesivos de cinco años (Arts. 17 y 19).

Los concesionarios – Arts. 11 y 12 del Reglamento – debían ser sociedades anónimas domiciliadas en España, tener por objeto social la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, cumplir con los requisitos generales impuestos por la legislación sobre contratación con las Administraciones Públicas y otros relativos al capital mínimo, desde cien a mil millones de las antiguas pesetas, en función de la extensión y categoría de la demarcación donde fueran a prestar el servicio, y tener suscrito y desembolsado la mitad de ese capital mínimo en el momento de la firma del contrato de concesión y la otra mitad dos años después. De otra parte, especialmente importante resultaba la previsión – Art. 12 también – conforme a la cual ninguna persona física o jurídica podía participar o ser titular del capital, directa o indirectamente, u ostentar el control en los términos establecidos por el artículo 42.1 del Código de Comercio, sobre las sociedades adjudicatarias de concesiones del servicio de telecomunicaciones por cable que conjuntamente alcanzaran a más de 1.500.000 abonados en el territorio español.

El ámbito material – Art. 28 - de la concesión comprendía, ya se ha avanzado, tanto el servicio portador como el de difusión televisiva (de este último nos ocupamos en el anterior epígrafe). Para el primero el operador podía valerse de su propia red de cable o utilizar como soporte otras redes e infraestructuras ya existentes e incluso recurrir al servicio portador de otros titulares ya habilitados. La concesión habilitaba al operador para prestar cualquier tipo de servicio portador, pero tan sólo en el ámbito de su demarcación y excluido el servicio portador de televisión por ondas hertzianas regulado por las Leyes 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la radiodifusión y televisión, 46/1983, de 28 de diciembre, reguladora del Tercer canal de televisión, y 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada.

La Ley 42/1995 fue derogada por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, con la excepción de lo dispuesto por aquélla para el servicio de difusión de TV. El régimen impuesto por la Ley 11/1998 obligó a transformar las concesiones hasta entonces existentes en dos títulos habilitantes de muy diferentes características, a saber, uno

para operar en el ámbito de las telecomunicaciones ya liberalizado, y otro, consistente en una concesión administrativa, para la prestación del servicio público televisivo en régimen de gestión indirecta.

La Ley 11/1998 referida vino a prever que, para la prestación de los servicios y el establecimiento y explotación de las redes de telecomunicaciones, era necesario obtener el correspondiente título habilitante que, dependiendo de la clase de servicio o red de que se tratara, podría consistir bien en una autorización general bien en una licencia individual. La primera, la autorización general, era – Art. 10 - por exclusión preceptiva en todos aquellos supuestos en que no lo fuera la licencia individual. Esta última resultaba exigible – Art. 15 –, entre otros casos, para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones y para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que implicaran el uso del dominio público radioeléctrico. El número de licencias individuales a otorgar podía ser objeto de limitación – Arts. 20 y 21 - cuando fuere preciso para garantizar el uso eficaz del espectro radioeléctrico, supuesto en el cual, tras la apertura de un periodo de información encaminado a conocer el número de solicitudes, seguiría otro de licitación si no pudieran ser todas atendidas (por lo general, este uso del espectro no sería necesario en redes alámbricas como las que nos ocupan).

Mediante Orden de 22 de septiembre de 1998 (BOE de 26/09/1998) vino a aprobarse el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que debían cumplirse por sus titulares en desarrollo del Capítulo III del Título II de la Ley 11/1998. Tendrían interés a nuestros efectos las licencias B 1 y C cuya definición vendría dada por el Art. 2 de la Orden. Conforme a éste, las licencias de tipo B 1 eran exigibles para la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público, mediante el establecimiento o explotación, por su titular, de una red pública telefónica fija. Las licencias individuales del tipo C eran necesarias para el establecimiento o explotación de redes públicas, sin que su titular pudiera prestar el servicio telefónico disponible al público, ya implicaran uso del espectro (C 2) o no (C 1). Tratándose de licencias individuales otorgadas sin límite de número – Art. 17 – su plazo de vigencia se cifraba en veinte años, con prórrogas posibles de diez y sin que la duración total, prórrogas incluidas, pudiera exceder de cincuenta años. Conforme a la Disposición adicional cuarta de la Orden las licencias de los tipos B o C habilitaban también para el establecimiento o explotación de las infraestructuras de red utilizadas como soporte de los servicios de televisión.

Este marco hasta aquí expuesto se vio superado, a la par que simplificado, a raíz de la aprobación de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorización). La finalidad última perseguida por la Directiva – Art. 1 - venía a ser *“la realización de un mercado interior de redes y servicios de comunicaciones electrónicas armonizando y simplificando las normas y condiciones de autorización para facilitar su suministro en toda la comunidad”*. Así, el suministro – Art. 3 - de redes y servicios de comunicaciones electrónicas tan solo podía someterse a la previa obtención de una autorización general y, en su caso, a una notificación previa a la Autoridad Nacional de Reglamentación con el contenido informativo indispensable para el mantenimiento por ésta de un registro administrativo de suministradores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas.

Por autorización general debía entenderse – Art. 2 – *“toda disposición de los Estados miembros que otorgue derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones*

electrónicas imponiendo obligaciones específicas para el sector que podrán aplicarse a todos o a determinados tipos de redes y servicios de comunicaciones electrónicas de conformidad con la propia Directiva”.

La autorización general – Art. 6 - para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y los derechos individuales de uso de radiofrecuencias sólo podrían someterse a condiciones taxativamente enumeradas en los anexos de la propia directiva y que habrían de ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes; lo anterior sin perjuicio de las condiciones impuestas para dar cumplimiento a las previsiones de otras normas comunitarias. Así y sin ánimo de exhaustividad, podría apuntarse como en la Directiva de Acceso, respecto de los operadores dominantes, y en la Directiva de Servicio Universal, respecto de los obligados a prestar este último, se preveía la imposición de obligaciones para garantizar acceso, interconexión e interoperabilidad, la llevanza de contabilidad separada, la asimilación de precios a costes, todo ello en beneficio de la competencia.

El contenido de la Directiva fue traspuesto al ordenamiento jurídico español por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Lo que dicha norma, cuyo contenido no hace más que reiterar el de la propia Directiva, ha supuesto en el ámbito de que tratamos queda bien sintetizado por las palabras del mismo legislador en la Exposición de motivos.

Conforme a ésta: “se avanza en la liberalización de la prestación de servicios y la instalación y explotación de redes de comunicaciones electrónicas. En este sentido, cumpliendo con el principio de intervención mínima, se entiende que la habilitación para dicha prestación y explotación a terceros viene concedida con carácter general e inmediato por la ley. Únicamente será requisito previo la notificación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para iniciar la prestación del servicio. Desaparecen, pues, las figuras de las autorizaciones y licencias previstas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como títulos habilitantes individualizados de que era titular cada operador para la prestación de cada red o servicio [...] En las disposiciones adicionales y transitorias, la ley aborda ciertos problemas derivados de su entrada en vigor o conexos con esta regulación. Entre ellos, cabe destacar la adaptación automática prevista para los títulos habilitantes anteriores a esta ley, que será llevada a cabo por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.

En la Disposición transitoria primera de la Ley se regulaba todo lo referente a los derechos reconocidos y a los títulos otorgados antes de su entrada en vigor conforme a normas que dejaban de estar vigentes. Se mantenía la vigencia de la normativa de desarrollo del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones del año 98 relacionada con las autorizaciones y licencias individuales, en cuanto no se opusieran a la propia Ley de 2003 y hasta tanto no resultara aprobada la de desarrollo de esta última mencionada en su Art. 8 sobre condiciones para la explotación de las redes y prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Finalmente, aquella normativa ha sido formalmente derogada por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE de 29/04/2005).

Por aplicación de las reglas transitorias de este último Real Decreto y también de la Ley 32/2003, se declaraban extinguidos los títulos habilitantes (licencias individuales) otorgados antes de su entrada en vigor para la explotación de redes y la prestación de servicios de

telecomunicaciones con expresa habilitación de sus titulares para tal explotación y prestación con sujeción a los requisitos comunes (autorización general), aclarando que la extinción de aquellos títulos no implicaría la de otros a ellos vinculados y, en especial, la de los que vinieran a conferir derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico (uso que, por lo general, no será necesario en el caso de redes de cable, como ya se dijo).

Así pues: actualmente ni los servicios de difusión de TV por cable (coaxial o ADSL) están sujetos a la obtención de un título habilitante ni tampoco lo están los servicios de comunicaciones electrónicas consistentes en la transmisión de la señal de TV sobre red de cable; en ambos casos basta con una simple comunicación o notificación a la Autoridad Audiovisual y a la Autoridad Nacional de Reglamentación de las Telecomunicaciones (CMT), respectivamente.

(iii) Mención a la imposibilidad de prestar servicio de televisión por cable de ámbito local

En este caso, paradójicamente, la barrera normativa de entrada vino a estar constituida, en concreto, por la ausencia de norma. Hasta la aprobación de la Ley 42/1995, tal aconteció durante largo tiempo en el sector de la TV por cable de ámbito de local donde la ausencia de previsión normativa imposibilitaba la obtención de título habilitante para la prestación del servicio.

Los supuestos eran los de entidades que, normalmente con autorización de las autoridades municipales, habían procedido al tendido de red y a difundir en el ámbito local contenidos audiovisuales. Esta actividad se veía sistemáticamente suspendida por la Administración periférica del Estado (Gobernador Civil) aduciendo que el servicio televisivo era servicio público de titularidad estatal que sólo podía prestarse por particulares mediante concesión.

El Tribunal Constitucional (TC), en varias sentencias de contenido uniforme [por todas, ver STC núm. 31/1994, de 31 de enero, Recursos de Amparo acumulados núms. 1513/1990 y 2074/1990 (RTC 1994\31)], vino a otorgar el amparo solicitado aduciendo, sintéticamente, que, si bien era admisible la configuración de la TV como servicio público cualquiera que fuera el medio de difusión elegido y la limitación o modulación de la libertad de expresión en beneficio de otros derechos y sobre todo en relación con los concretos medios o instrumentos vehículo de dicho derecho fundamental, lo que ocurría en tal caso era una auténtica ablación del derecho al diferir el legislador *sine die* la regulación de la actividad.

Actualmente, en la nueva LGCA, y ya antes en los Arts. 18 y 19 del Borrador del Anteproyecto y en la Disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la información, esta laguna vino a ser hasta cierto punto colmada mediante la regulación en su Art. 32 de los denominados Servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro, en términos como los siguientes:

“1. Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo. En todo caso, dichos contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial.

2. *La Administración General del Estado debe garantizar en todo caso la disponibilidad del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios.*
3. *La prestación de este tipo de servicios requiere licencia previa. En dicho título se establecerán las condiciones que aseguren su naturaleza sin ánimo de lucro, pudiendo establecerse el uso compartido de un mismo canal así como las condiciones de dicho uso.*
4. *La adjudicación de la licencia lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico disponible para la prestación del servicio. La Administración General del Estado habilitará el dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios.*
5. *La licencia en ningún caso podrá perder su carácter original de servicio de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro y no podrá ser objeto de transmisión ni arrendamiento.*
6. *Las entidades prestadoras de estos servicios deberán justificar la procedencia de sus fondos, así como el desglose de gastos e ingresos, si los hubiere. La autoridad audiovisual establecerá un sistema de evaluación de gestión financiera y un registro específico para el depósito de su memoria económica. Salvo autorización expresa de la autoridad audiovisual sus gastos de explotación anuales no podrán ser superiores a 100.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica.*
7. *Las entidades titulares de los servicios de comunicación audiovisual sin ánimo de lucro deberán acreditar el pago de cuantos derechos, cánones o tasas, se deriven de su actividad.”*

(2) La prohibición de emisión en cadena

En el concreto caso de la fusión de las plataformas digitales en España, el TDC entendió que, por aplicación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 17/1997, de 3 de mayo, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 95/47/CE (BOE de 06/05/1997), resultaban aplicables al segmento del satélite las previsiones del Art. 19 de la ya derogada Ley 10/1988, de televisión privada, que se estudió al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores. Esto motivó que, tras la aprobación de la fusión, *Telefónica* hubiera de salir del capital de *Antena 3* dando lugar a que *Planeta* se hiciera con el control de la cadena.

Realmente, no cabe reputar como idénticas las prohibiciones de participaciones cruzadas y de emisión en cadena. La primera se refiere al hecho de que un mismo difusor ejerza el control sobre diversas cadenas, mientras que la segunda se relaciona con la posibilidad de que una misma programación pueda ser emitida a través de diversas cadenas del mismo o diferente ámbito territorial.

Al respecto de la segunda de las prohibiciones eran interesantes las previsiones que se contenían en el borrador de Anteproyecto de Ley General audiovisual en términos como los que siguen: **“Emisión en cadena.** *La difusión simultánea de los mismos contenidos audiovisuales o sonoros por diferentes servicios de difusión con distintos ámbitos de cobertura se asimila, a efectos de esta Ley, a la conformación de un nuevo canal de radio o televisión, cuyo ámbito de cobertura será el del conjunto de los servicios de difusión que lo distribuyan. A estos efectos se entiende que hay difusión simultánea de un contenido cuando los horarios de difusión del mismo sean total o parcialmente coincidentes. No obstante, no tendrán la consideración de un nuevo canal las conexiones ocasionales realizadas entre*

diferentes servicios para la retransmisión de acontecimientos o el intercambio de materiales informativos”.

Sin embargo, en el texto definitivo y vigente de la Ley General de Comunicación Audiovisual no se contiene ninguna definición como la anterior. Se regula, en su Art. 22, la emisión en cadena, pero refiriéndola a los servicios de comunicación audiovisual de ámbito local. Por otro lado, aún siendo conceptualmente diferentes, las prohibiciones de participaciones cruzadas y de emisión en cadena tienden a asimilarse en cuanto a sus efectos prácticos, toda vez que el hecho de que varias cadenas se sitúen bajo el control de organismos de radiodifusión distintos lo que propiciará es que no se produzcan emisiones en cadenas. Ambas prohibiciones, en su actual regulación en la Ley General de comunicación audiovisual fueron, por lo demás, estudiadas al ocuparnos del mercado de la audiencia o de los telespectadores.

En derecho comparado, no es difícil encontrar esta clase de restricciones, sobre todo la prohibición de participaciones cruzadas, en relación con el control conjunto de diferentes medios de comunicación social (Vg. prensa escrita y TV). P.e., las leyes norteamericanas no permitían a un mismo grupo de comunicación aglutinar un periódico y una cadena de TV en una misma demarcación. Así, una sentencia de un Tribunal de Filadelfia vino a declarar ilegales las compras por el grupo *Tribune* de cadenas de TV local en Los Ángeles, Nueva York, Hartford o Florida, entendiendo que se trataba de concentraciones de las que no habrían de resultar beneficios para los consumidores.

La opinión de *Tribune*, que pretendía acudir al Tribunal Supremo, – también la de *Fox News* (*Murdoch*), *CBS* (*Viacom*) y *NBC* (*General Electric*) - era la de que existía una discriminación con respecto a las cadenas de TV por cable, que no tenían vetada la adquisición de operadoras de TV local, considerando, además, que, en los tiempos actuales, otras vías de información como IT o la TV por satélite garantizaban el necesario pluralismo; también que tal actual regulación suponía una vulneración de la Primera Enmienda, que es la que expresa las libertades de expresión y prensa en la constitución norteamericana. En este sentido, el llamado *Plan Powell*, que finalmente no salió adelante, por que *Michael Powell* abandonó el cargo, permitía que cualquier empresa pudiera ser dueña de hasta tres televisiones, ocho radios, un operador de cable y un periódico en cualquier gran ciudad.

También en Australia ha llegado a plantearse este debate. El ordenamiento jurídico australiano se caracterizaba porque la convergencia no había llegado a ocasionar ningún cambio en un régimen legal en el que, por ejemplo, los segmentos de las telecomunicaciones y de la difusión televisiva eran regulados por sendas leyes de los años 1997 y 1992 (Fuente: *Telecoms and Media 2005*). Ahora bien, la cuestión de hasta qué punto debía la convergencia tecnológica originar una revisión en la definición de los mercados – incluso los correspondientes a medios diferentes – llegó a originar encendidos debates en sede parlamentaria [*Commonwealth of Australia, Official Committee Hansard, Senate, Economics Legislation Committee Estimates (Budget Estimates) Thursday, 1 June 2006, Canberra; The Internet address is: <http://www.aph.gov.au/hansard>, To search the parliamentary database, go to: <http://parlinfoweb.aph.gov.au>]*:

“Senator CONROY—*“Mr Samuel, you have repeatedly argued that the process of convergence is changing media market definitions. Are you aware that lawyers who would represent major media companies take a different view and seem to think that you are exaggerating the speed of these changes? In its November 2005 publication titled Merger*

Monitor: Focus on Media Mergers, the law firm Phillips Fox stated: We concluded that commercial television, newspaper and radio are not likely to be in the same market for merger analysis and therefore a 'vanilla' merger between two firms operating in separate media (and nowhere else) would not result in a lessening of competition. To me that is stating the obvious. It goes on to say: No competition cases in Australia or in the rest of the world (where technology is often more advanced than Australia) have yet accepted that the traditional market definitions should change, although new markets have been defined. It seems a long way off until advertising companies are willing to switch a substantial amount of their adverts from television to 3G to permit a conclusion that these platforms are in the same market. On a PBL and Fairfax merger they state: It is unlikely that the merger of the television and newspaper assets of these firms will raise substantial competition concerns".

(3) La obligación de difundir ciertos contenidos

En estos casos, como destacamos al tratar de las barreras normativas en TV en abierto, más que de barreras a la entrada cabría hablar, con el TDC, de restricciones normativas indirectas, desde el momento en que las exigencias legales, sin llegar a vetar la entrada o dificultarla seriamente, lo que hacen es modularla o condicionarla al cumplimiento de ciertas obligaciones.

En este punto, pudiera destacarse como el Real Decreto 920/2006, en su Art. 11, impone a los cableoperadores, con relación a los canales cuyo responsable editorial no se encuentre establecido o bajo la jurisdicción de algún estado miembro de la UE o que sea parte del Convenio europeo de televisión transfronteriza, la obligación de que sus contenidos sean respetuosos con los principios y valores del Convenio europeo de derechos humanos, la de que no puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, moral o mental de los menores ni fomentar el odio, el desprecio o la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra circunstancia personal o social y, por último, la de que cumplan las exigencias de la Ley 25/1994 sobre financiación y difusión de obras europeas y de productores independientes (norma, esta última, hoy derogada por la LGCA). El Art. 14 de la misma norma dispone que los servicios de difusión por cable que distribuyan más de 30 canales asegurarán que, al menos, el 30 % de los difundidos en una lengua española sean canales independientes, siempre que la oferta de éstos sea suficiente y de calidad adecuada. Más allá de las anteriores previsiones, las restricciones normativas indirectas relacionadas con la obligación de emitir o financiar determinados contenidos – obras europeas y/o independientes –, tanto en TV por cable como por satélite, se incluyen hoy en el Art. 5 de la LGCA, cuyas previsiones quedaron ya expuestas al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores.

(4) Los derechos de propiedad intelectual

(a) Los derechos de propiedad intelectual como mercado

El enfoque que de los derechos de propiedad intelectual haremos será el consistente en considerarlos como barrera de entrada que dificulta el acceso al mercado de la TV de pago. Sin embargo también resulta posible hablar de un mercado independiente de los derechos de propiedad intelectual y así sucede en las resoluciones de las autoridades de la competencia.

El resultado del modelo de gestión de los derechos de propiedad intelectual en los diversos Estados miembros de la UE es que en muchas ocasiones las entidades de gestión actúan

como monopolios de facto en los mercados en los que operan, por lo que son regularmente denunciadas y supervisadas por las autoridades de competencia en todos los países.

En la resolución del TDC de 13 de julio de 2006 (AC 2006\974; Ponente Castañeda Boniche; Expediente 593/05 Televisión) fue identificado como mercado de referencia “*el de la gestión de los derechos de propiedad intelectual (comunicación pública) de los productores de fonogramas en España*”. En el mercado así delimitado la entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual AGEDI ocupaba una posición de dominio, monopolio absoluto, al ser la única entidad gestora de esos derechos en nuestro país. En cuanto a la existencia de abuso de posición de dominio (abuso explotativo) el TDC recordó que ese abuso podía llegar a darse en cualquiera de las dos siguientes situaciones, a saber: **(a)** cuando las tarifas resultaran excesivas y arbitrarias *per se*; **(b)** cuando dichas tarifas resultasen discriminatorias con respecto a las aplicadas a otros organismos de radiodifusión para prestaciones equivalentes.

En cuanto a la primera de las situaciones la autoridad de la competencia se refirió a su admisibilidad en virtud de ciertos pronunciamientos: **(i)** Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, Asunto *United Brands*: “*Un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86.a) puede consistir en la práctica de un precio excesivo sin relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada*”; **(ii)** Sentencia del TJCE, de 11 de noviembre de 1986 (TJCE 1986, 139) , Asunto *British Leyland*: “*hay explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa que se beneficia de una situación de monopolio legal exige por sus servicios unas tasas desproporcionadas con relación al valor económico de la prestación proporcionada*”. Así pues, pudo concluir el TDC con el TJCE en su Sentencia *Michelin* que “*incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de la competencia, lo que implica que la conducta de la empresa dominante, para ser legítima, debe tener una justificación objetiva*”.

Sin embargo, en el asunto en cuestión el TDC fue de la opinión de “*no haber quedado acreditada en el expediente la imposición, o el intento de imposición, por AGEDI de sus tarifas a T5-TV y A3-TV*” o “*la inexistencia de elementos que prueben la ausencia de voluntad negociadora por parte de AGEDI*”; con lo que lo relevante era sólo determinar si había llegado a darse la segunda de las situaciones, a saber, la de las tarifas discriminatorias por haber sido superiores las aplicadas a *Antena 3* y *Telecinco* respecto a las aplicadas a su competidora, el Ente Público RTVE.

En primer término, hizo el TDC una remisión a la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, *Tournier/SACEN*, asunto 395/87 (TJCE 1990\19): “*El artículo 86 del Tratado CEE (LCEur 1986\8) debe interpretarse en el sentido de que una sociedad nacional de gestión de derechos de propiedad intelectual que se encuentre en una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, impone condiciones de contratación no equitativas cuando las remuneraciones que cobra a la discotecas son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, siempre que la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo con arreglo a una base homogénea*”.

Partiendo del anterior pronunciamiento, la conclusión del TDC, en línea con la del Servicio de Defensa de la Competencia, fue la de que el abuso de posición dominante había llegado a producirse partiendo del concepto de precios no equitativos de la Sentencia *United Brands* de

1978, pues, recurriendo a la metodología utilizada por la jurisprudencia comunitaria para evaluar casos de abuso de posición de dominio en materia de propiedad intelectual (Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1989 [TJCE 1990, 20] , As. C-110/89, *Lucazeau v. Sacem*) y, mediante la comparación de las tarifas impuestas por *AGEDI* con la remuneración aplicada en otros Estados miembros de la Unión, se alcanzaba la conclusión de que las tarifas generales aplicadas por *AGEDI* eran excesivas en comparación con las de otras entidades de gestión europeas homólogas de *AGEDI*.

A lo anterior debía añadirse que en el caso de autos estaba acreditado que las cantidades que *AGEDI* había percibido de *TVE* por el uso de fonogramas en sus dos canales de TV habían llegado a ser inferiores en seis veces a las cobradas a *Antena 3* y *Telecinco*.

Esta problemática se reprodujo también en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de marzo de 2010 (RJCA 2010\415; Recurso contencioso-administrativo núm. 75/2009; Ponente Excm. Sra. Mercedes Pedraz Calvo). La sentencia confirmaba la resolución del CCNC de 9 de diciembre de 2008 resolviendo el expediente 636/07, Fonogramas, iniciado por denuncia de *Sogecable S.A. (Sogecable)*, *Canal Satélite Digital S.L. (CSD)* y *Distribuidora de Televisión Digital S.A. (DTS)* en la que se apreciaba la existencia de abuso de posición dominante en el mercado de la gestión de derechos de propiedad intelectual por parte de la *Asociación de Gestion de Derechos Intelectuales (AGEDI)* y de *Artistas, Interpretes o Ejecutantes, sociedad de gestion de españa (AIE)* por la aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocaban a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, al exigir, durante toda la década de los años noventa y hasta el año 2003, a las empresas denunciadas (cadenas de pago), por el uso de los fonogramas cuya titularidad gestionaban, el pago de unas tarifas distintas a las de la televisión en abierto (*RTVE*); y dado que TVs en abierto y TVs de pago eran competidoras en el mercado de compra de los derechos de propiedad intelectual:

“El estudio de la práctica comunitaria revela que en efecto la Comisión Europea ha reconocido considerando la televisión de pago y la gratuita, la existencia de dos mercados, pero también la existencia de interconexión o interacción entre lo que también puede definirse como dos segmentos de un mismo mercado: Decisiones de la Comisión de 10-IX-1991 en el asunto IV/M.110 ABC/Generales des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV, y de 20-IX-1995 asunto M553 RTL/Veronica/Endemol.

El hecho de que puedan definirse como dos mercados, el de la televisión de pago y la no de pago, no es a juicio de esta Sala lo relevante en el marco de este litigio, sino el hecho de si ambas televisiones compiten o no entre si, y más concretamente, si competían o no entre si en el periodo relevante.

A fin de analizar las consecuencias de la discriminación establecida por la parte actora entre las cadenas de las empresas que la denunciaron y TVE considera esta Sala que debe examinarse no su regulación jurídica, no su naturaleza jurídica, el tipo de redes que utilizan, o su modelo de negocio, sino si unas y otra (con sus cadenas) son o no competidoras, y si por lo tanto el hecho de que a prestaciones equivalentes se le apliquen precios desiguales ha producido o ha podido producir una desventaja competitiva, con la correlativa consecuencia de debilitar la competencia o impedir que se intensifique la competencia.

Debe recordarse que a los efectos del mercado televisivo, sea la televisión de pago o no de pago, los productos que suministran las entidades de gestión son insumos esenciales (essential facilities), y que, en relación con este tipo de productos existe una obligación de

suministro y donde hay una obligación de suministro existe el deber de no discriminar a los adquirentes o compradores si compiten unos con otros. Como estableció el TJUE en la sentencia Commercial Solvents el principio es que las compañías en posición de dominio deben poner al alcance de los clientes los productos que son esenciales para permitir la competencia entre ellos, si bien la exigencia se refuerza cuando el competidor afectado es un nuevo actor en el mercado relevante.

Frente a las diferencias que la demanda describe entre la TV de pago y la no de pago, se eleva la constatación de que existen parcelas relevantes en las que una y otras compiten: en primer lugar (y hasta hace unas semanas) compiten por el mercado de la publicidad, y en segundo lugar en la retransmisión de acontecimientos deportivos, el estreno de películas, espectáculos no deportivos de gran repercusión etc.

El dictamen pericial unido a autos señala (analizando el mercado de televisión en España) en la página 42 que lo que distingue a los consumidores de televisión de pago es su disposición a pagar por estos servicios, en primer lugar por la calidad de la programación («entendiendo por calidad su contenido Premium») y en segundo lugar la menor cantidad de contenido publicitario. Y añade «aunque el objetivo de ambos tipos de televisión es el entretenimiento, la televisión de pago satisface la demanda de unos productos específicos como son determinados acontecimientos deportivos y las películas de estreno». Con independencia de todas las demás consideraciones existe un elemento fáctico que no puede dejarse de lado para valorar la existencia de competencia: los clientes de la TV de pago lo son también de la TV gratuita, y si bien como señala la prueba pericial el aumento de los canales gratuitos no ha supuesto la caída en el número de abonados de la TV de pago, no puede extraerse la conclusión de que un mercado y otro son independientes, puesto que al mismo tiempo se señala que el mercado de la TV de pago no espera que crezca el número de abonados.

Esta Sala concluye por lo expuesto que las televisiones de pago y no de pago son competidoras a los efectos estudiados”.

También en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 25 de enero de 2006 [núm. 9/2006; Procedimiento núm. 126/2005; AC 2006\133; Ponente: Alberto Arribas Hernández] fue delimitado como mercado de referencia “*el de los derechos de comunicación pública y reproducción de las obras ya reseñadas en la televisión de pago, que se extiende a todo el territorio nacional, sin que pueda distinguirse como mercados de producto distintos el de la comunicación pública y reproducción de las obras en las televisiones de pago digital por satélite, digital por cable, ADSL o de pago terrestre con tecnología analógica o, en su caso, digital, las cuales forman un único mercado de producto*”. En este caso, era la SGAE la que se encontraba en una situación de monopolio dentro del mercado así definido y de lo que se trataba era también de definir si había llegado a darse un abuso de esa posición dominante. Sobre la base de razonamientos similares a los del anterior pronunciamiento, pero aplicados en sentido inverso, llegó el Tribunal a la conclusión de que no había llegado a verificarse abuso de posición dominante, en primer lugar, porque no había llegado a acreditarse que las condiciones de contratación con base en las tarifas de la SGAE no fueran equitativas en tanto que más elevadas que las que se aplicaban en los restantes Estados miembros, una vez comparadas sobre unas bases homogéneas.

En segundo lugar, porque Sogecable había negociado y aceptado para su televisión de pago Canal + el sistema de retribución que ahora rechazaba para la plataforma Digital +, por lo que no cabía entender como abuso de posición de dominio la aplicación de las tarifas cuando se trataba del mismo mercado de producto, tal y como había quedado definido anteriormente, sin que constase que se aplicara cualquier otro sistema de fijación de la contraprestación a

ninguna otra televisión de pago (cable o ADSL), por lo que la aplicación de un sistema distinto a las demandantes respecto del resto de la televisiones de pago, que resultase más beneficioso, las colocaría en una situación de ventaja competitiva sin justificación objetiva alguna.

La cuestión del abuso de posición dominante dentro de los mercados de los derechos de propiedad intelectual por parte de las entidades de gestión de los derechos de esta última naturaleza ha ido también vinculada en ocasiones a la de la exigencia de cantidades a las empresas hoteleras por el uso de sus respectivos derechos de comunicación pública en el interior de las habitaciones.

En resolución del TDC de 27 de julio de 2000 (AC 2000\1528; Expediente sancionador núm. 465/1999), *EGEDA* ostentaba el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de grabaciones de audiovisuales, *AISGE* el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los actores de grabaciones audiovisuales y *AIE* el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los intérpretes musicales de dichas grabaciones.

A propósito de la delimitación del mercado de referencia, el TDC no dejó de observar lo siguiente: *“No deja de ser, sin embargo, en buena medida artificiosa una definición del mercado relevante para cada una de las entidades denunciadas, que lo constriña, en cada caso, al ámbito del disfrute del respectivo derecho gestionado. Este enfoque, además de simplista, se plantea únicamente desde el lado de la oferta, cuando el Tribunal de Justicia Europeo viene señalando reiteradamente que el mercado relevante hay que definirlo principalmente desde la percepción de los consumidores o usuarios. Sería, por tanto, más correcta, en el caso que nos ocupa, una definición del mercado hecha desde el punto de vista del usuario, según la cual el mercado relevante es el de “los derechos de comunicación pública de la propiedad intelectual audiovisual de productores, actores e intérpretes, que se usan desde los televisores dispuestos en las habitaciones de los hoteles”.*

De lo que se trataba era de determinar si había llegado a producirse un abuso de su posición dominante (monopolio) por parte de todas esas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual dentro del mercado de referencia así definido al exigir a los hoteles el pago de tarifas conforme a lo dicho más arriba por el uso de los respectivos derechos de comunicación pública que gestionaban. El Tribunal llegó a la conclusión de que el referido abuso había llegado a producirse, no sólo porque las tarifas fueran discriminatorias o inequitativas, al no resistir análisis comparativo alguno respecto de su cuantía, sino además porque las mismas, y su aumento, habían sido impuestas de modo unilateral.

(b) Los derechos de propiedad intelectual como barrera de entrada

Como observan Fernández-Novoa, C., y Costas Comesaña, J. – en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de [...]”*; Vol. I; Cáp. 9, pp. 513 y ss. -, aunque el legislador español continúa reservando el término “propiedad intelectual” para los derechos de autor y afines (así en Art. 149.1.9ª CE, Art. 428 y ss. del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual de 1996), partiendo de la doctrina anglosajona y de la expresión *Intellectual Property Rights* (derechos de propiedad intelectual), los mismos pueden ir referidos a los derechos integrantes de las categorías clásicas de propiedad industrial, propiedad comercial y propiedad intelectual *stricto sensu* (v. Cornish, W. R.: *“Intellectual Property”*; 3.ª Ed.; Sweet & Maxwell, Londres, 1996; Whish, R.: *“Competition Law”*; 4.ª Ed., Butterworths, 2001; p. 675;

Bellamy & Child: *“European Community Law of Competition”*; Sweet & Maxwell, Londres, 2001; Goyder, D.G.: *“EC Competition Law”*, 3^a Ed; Oxford University Press, Londres, 1998, P. 261; Goldman, B.; Lyon-Caen, A.; Vogel, L.: *“Droit commercial européen”*, 5^a edición, Précis Dalloz, Paris, 1994).

Los objetivos y medios de protección de todas esas categorías no tienen por qué ser coincidentes. P.e, en el caso de las patentes y otros derechos de propiedad industrial se busca proteger el progreso científico y técnico preservando los resultados del esfuerzo investigador e inversor; en el de la marca y otros signos distintivos protegidos por derechos de propiedad comercial se trata de evitar la confusión de los consumidores en cuanto al origen de los productos y servicios; y en los derechos de autor se trata de proteger la creación de obras originales.

Sin embargo, en todos los casos existe un denominador común, a saber, se trata de derechos de exclusiva que confieren a su titular un monopolio legal de explotación del bien inmaterial de carácter temporal y territorial; por lo que suponen *per se* una limitación formal de la libre competencia cuya tutela corresponde al Derecho antitrust. Lo anterior permite su estudio conjunto desde el punto de vista de sus relaciones con ese mismo Derecho antitrust. A estos efectos, cabe tomar la definición amplia incorporada al Art. 2 viii del Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a cuyo tenor se trata de *“todos los derechos relativos a las actividades intelectuales en los ámbitos industrial, científico, literario y artístico”*.

Con independencia de que otro enfoque de estos derechos ya hemos visto que puede ser el de estudiarlos como mercado independiente (el mercado de los derechos de propiedad intelectual), lo cierto es que los mismos conforman una barrera de entrada de especial significación en el ámbito de la TV de pago (también - aunque en menor medida por el funcionamiento de la producción propia - en TV en abierto; por lo que su estudio en esta sede nos eximiría de reiterarlo en sede del mercado de la audiencia o de los telespectadores).

Dicha barrera de entrada admite ser concebida como económica desde el mismo momento en que fuerzan a importantes desembolsos como paso previo a la difusión por TV de las obras protegidas. Sin embargo, también participan, sin duda, de la naturaleza de barreras normativas, habida cuenta que su particular regulación es la que los erige en veto a la entrada en el mercado de la TV de nuevos operadores (necesitados de contenidos que ofrecer).

El mercado de la TV de pago es de ámbito nacional y, precisamente, el particular modo de organizarse los derechos de propiedad intelectual en cada uno de los estados miembros es uno de los factores que la Comisión ha considerado como impeditivos del nacimiento de un mercado europeo de la TV que es el objetivo perseguido por la Directiva 89/552/CE de Televisión sin fronteras (hoy de Servicios de Comunicación audiovisual).

Estas dificultades se ponen de especial relieve en la era de los multimedia como se encarga de subrayar la propia Comisión [v. 96/339/CE: Decisión del Consejo, de 20 de mayo de 1996, por la que se adopta un Programa plurianual de la Comunidad para fomentar el desarrollo de la industria europea de los contenidos multimedia y la utilización de éstos en la naciente sociedad de la información (INFA 2000)]: *“La gestión de los derechos se ha organizado tradicionalmente por sectores (texto, sonido, imagen, vídeo, etc.) y por países. En la era de los multimedia, esta situación es un obstáculo cada vez mayor para el desarrollo de los mercados de los contenidos multimedia, por cuanto el tiempo y el trabajo*

que debe dedicarse a encontrar y adquirir los diferentes derechos aumenta en proporción a la enorme cantidad de tipos de datos y países en que viven los tenedores de dichos derechos. Las PYME y las nuevas empresas de medios de comunicación son quienes más sufren la situación actual, porque su voluntad es la de reutilizar el material existente”.

Por otra parte [“*El Sector Audiovisual y su Evolución. La explotación de los contenidos audiovisuales en la transición a los nuevos medios digitales. Creación e industria de contenidos, escenarios y retos futuros del sector TIC, propiedad intelectual y derechos de los usuarios*”; Págs. 39 y Ss.: “*Los contenidos y la propiedad intelectual*” (Cuaderno del Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones – GRETEL – editado por el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, Madrid, 2005): “*Con el elevado desarrollo de los nuevos medios digitales (Internet, comunicaciones móviles, televisión) y, particularmente, de los accesos de banda ancha, una de las cuestiones que aún pone en riesgo la posibilidad de acceder, de manera viable desde el punto de vista de negocio y atractiva desde el punto de vista de los usuarios, a contenidos a través de estos accesos reside en solventar la cuestión de una adecuada protección de los derechos de propiedad intelectual de los mismos que, además, se corresponda estrictamente con el modelo de negocio y uso de los contenidos que se pretenda. En este sentido, los sistemas de gestión de derechos digitales (en adelante DRM) constituyen un mecanismo que facilita un acceso controlado a los contenidos en los nuevos medios digitales, y engloban un conjunto de tecnologías como la encriptación, el marcado de contenidos, los sistemas de identificación o los lenguajes de expresión de derechos*”.

Como observa también la Comisión (52002DC0430: Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/83/CEE del Consejo sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable; COM/2002/0430 final): “*Estos últimos años hemos asistido a la multiplicación de las cadenas de televisión, muchas de las cuales emiten de manera codificada y sólo pueden descodificarse previo pago de un abono por parte del telespectador que desea ver los programas. Pero incluso si el telespectador situado fuera del Estado miembro en el que se organiza la difusión está dispuesto a satisfacer el pago necesario, en múltiples ocasiones se enfrenta a una respuesta negativa de la entidad de radiodifusión, que no posee los derechos de autor ligados a la difusión en el Estado miembro en cuestión. La falta de transferencia de derechos puede ser el resultado de una falta de interés económico de la entidad de radiodifusión por asegurar la difusión de sus programas fuera de su mercado nacional (dada la audiencia reducida) o de una falta de voluntad de transferir por parte de los derechohabientes*”.

En el Tratado CEE surgen dificultades por el hecho de estar conferido al legislador nacional la regulación de los derechos de propiedad intelectual, de modo que el ejercicio de esa facultad por cada uno de los Estados miembros puede dificultar el objetivo de integración del mercado único europeo y los de la libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios (V. Prat, C.: “*Marcas y Derecho de la competencia: Una perspectiva quizás práctica*”, en Anuario de la Competencia 2001, págs. 389 ss.). De este modo, puede, por ejemplo, resultar procompetitivo un acuerdo vertical de cesión de derechos de propiedad intelectual que facilite la entrada de un nuevo competidor en el mercado. Sin embargo, el carácter nacional de la mayor parte de los derechos de propiedad intelectual y la existencia de divergencias entre las diversas legislaciones nacionales llevan a que la protección se limite al ámbito territorial del Estado concedente.

Lo anterior puede traducirse en compartimentaciones artificiales del mercado europeo y, aun dentro de éste, de cada uno de los mercados nacionales como consecuencia de la posibilidad prevista en cada una de las legislaciones estatales de conceder licencias exclusivas sobre derechos de propiedad intelectual. Desde esta posición que le confiere la legislación nacional, cabrá que el titular de los derechos de propiedad intelectual protagonice abusos de posición dominante o introduzca restricciones horizontales o verticales que contribuyan a fragmentar el mercado, como hemos podido examinar en el anterior epígrafe.

Y, como observan los mismos Fernández-Novoa y Comesaña (*ídem*, p. 519): *“En efecto, la protección nacional que otorgan los DPI y la posibilidad de conceder licencias exclusivas de carácter nacional, jurídicamente independientes y de modo paralelo en los distintos Estados miembros a través de una red de filiales o licenciatarios nacionales, puede ser utilizada por el titular del DPI para obstaculizar la consecución de ese mercado único, en tanto que permite o facilita la creación de barreras de carácter nacional que impidan o dificulten la libre circulación entre los Estados miembros de bienes y servicios puestos legítimamente en el comercio en un Estado UE, por el propio titular del bien inmaterial protegido o por un tercero autorizado, y así generar mercados nacionales cerrados a la competencia de operadores situados en los demás Estados miembros”*.

Ese principio de territorialidad se asentaba en el antiguo Art. 295 TCEE que obligaba a la Comunidad a no prejuzgar en modo alguno *“el régimen de propiedad en los Estados miembros”* y en el Art. 30, que establecía una excepción al principio de libre circulación al reconocer que la *“protección de la propiedad industrial y comercial”* podía amparar restricciones a la importación, exportación o al tránsito de mercancías entre los Estados miembros. Si bien, el mismo Art. 30 se encargaba de matizar que las mismas no podrían suponer *“un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros”*.

Sin embargo, ya pronto el TJ puso lo anterior en sus justos términos. En el asunto *Consten-Grundig* (STJCE de 13 de julio de 1966, *Grundig* c. Comisión, As. 56 y 58/64, Rec. 429, 499 y ss.), afirmó que los Arts. 30 y 295 del Tratado CE no impedían la aplicación del Derecho comunitario al ejercicio de los derechos nacionales de propiedad intelectual. En diversos pronunciamientos ha venido también a reconocer el TJCE que los derechos de propiedad intelectual deben ejercerse de modo compatible con los objetivos y fines del Tratado y, en particular, con las normas que prohíben la prácticas restrictivas de la competencia y con las que consagran la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios, al ser normas, todas ellas, revestidas de efecto directo (**Sentencia** del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1968, *Parke, Davis and Co.* contra *Probel, Reese, Beintema-Interpharm* y *Centrafarm*, Petición de decisión prejudicial: Gerechtshof 's-Gravenhage - Países Bajos, Asunto 24-67, Recopilación de Jurisprudencia, Edición especial española página 00161/**Sentencia** del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH* contra *Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, Petición de decisión prejudicial: Oberlandesgericht Hamburg – Alemania, Soportes sonoros, Asunto 78-70, Recopilación de Jurisprudencia 1971 página 00487, Edición especial española página 00123/**Sentencia** del Tribunal de Justicia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm BV* y *Adriaan de Peijper* contra *Sterling Drug Inc.*, Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad - Países Bajos, Patentes paralelas, Asunto 15-74, Recopilación de Jurisprudencia 1974 página 01147, Edición especial española página 00451).

El TJ, a través de toda esta jurisprudencia, ha venido a reconocer que si bien la “existencia” o “concesión” de los derechos de propiedad intelectual no podrá verse afectado por las normas referidas sobre protección de la competencia y de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios, no ocurrirá lo mismo con el “ejercicio” de esos derechos que deberá en todo caso atemperarse a los referidos principios y normas.

Por otra parte, en la Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOCE 2010/C 83/01, de 30 de marzo de 2010), el Art. 118 dispone que *“en el ámbito del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas relativas a la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la Unión y al establecimiento de regímenes de autorización, coordinación y control centralizados a escala de la Unión”* y el 207 que *“la política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a ... los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial”*.

(b) La difusión de televisión y los derechos de propiedad intelectual en la normativa europea

Llegados a este punto, y partiendo del ámbito nacional del mercado de que nos ocupamos, lo procedente sería centrarse en el ordenamiento jurídico español en el que la norma principal es el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (Ley de Propiedad Intelectual; BOE nº 97, 22-Abr-1996).

El texto, en su redacción originaria, vino a incorporar la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable (Directiva 93/83 sobre derechos de autor en satélite y cable; DO L 248 de 6.10.1993, p. 15/21) y la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DO L 346 de 27.11.1992, p. 61/66). Esta última Directiva ha sido derogada por la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, que lleva el mismo nombre que la derogada y que, realmente, lo que hace es aprobar una versión codificada de la misma (Directiva 2006/115 sobre alquiler y otros derechos de propiedad intelectual; DO L 376 de 27.12.2006, p. 28/35).

Estas directivas, cuyas principales previsiones pasamos a exponer, son las de más directa incidencia en materia de radiodifusión; su contenido se completa por el de otras también en materia de propiedad intelectual, a saber: **(i)** Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada) (DO L 111 de 5.5.2009, p. 16/22); **(ii)** Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (Versión codificada) (DO L 290 de 24.11.1993, p. 9); **(iii)** Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (DO L 77 de 27.3.1996, p. 20); **(iv)** Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L 157 de 30.4.2004, p. 45/86).

Posteriormente, la reforma operada en el Texto Refundido por Ley 23/2006, de 7 de julio (BOE nº 162, 8-Jul-2006), lo ha adaptado a las exigencias de la Directiva 2001/29/CEE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y otros derechos afines a éstos en la sociedad de la información (Directiva 2001/29 sobre derechos de autor y afines en la Sociedad de la Información; DO L 167 de 22.6.2001, p. 10/19).

De la normativa europea que se ha dejado ya reseñada podrían extraerse algunas ideas esenciales.

- **Directiva 2006/115 sobre alquiler y otros derechos de propiedad intelectual**. Subraya en su preámbulo la importancia de la protección – armonizada en toda la UE - de los objetos amparados por derechos afines a los de propiedad intelectual mediante derechos - sobre el contenido y alcance de estos derechos ver el epígrafe siguiente dedicado a la normativa nacional - de fijación, reproducción, distribución, radiodifusión y comunicación pública. Por su parte, la Directiva 92/100, derogada por ella, destacaba en su preámbulo que las diferencias entre las legislaciones de los estados miembros en las materias que ella misma venía a regular eran fuente de distorsión de la competencia. Los conceptos de alquiler y préstamo sobre los que gira la norma quedan, en su principal medida, fuera de lo que es la radiodifusión televisiva; pueden, no obstante, citarse ciertos pasajes de interés:
 - El Art. 7 prevé el derecho exclusivo de las entidades de radiodifusión de autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones, tanto si se transmiten por vía alámbrica como inalámbrica, cable y satélite incluidos. A las entidades de cable no les asiste este derecho de autorización o prohibición cuando simplemente retransmitan por cable emisiones de entidades de radiodifusión.

Tenemos recientemente el caso de *Telecinco* que, a diferencia de otros radiodifusores (p.e., *Antena 3* o *Cuatro*), que optaron por establecer acuerdos de colaboración con el portal de vídeos de *Google Youtube*, decidió en junio de 2008 demandar a este último en vía civil por la vulneración de sus derechos de propiedad intelectual que entrañaba el que dicho portal difundiera programación de esa cadena colgada por los internautas. El Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid estimó las medidas cautelares solicitadas y prohibió la emisión de vídeos de la emisora “*sin autorización expresa*”.

También la matriz italiana de *Telecinco*, *Mediaset*, controlada por el primer ministro Silvio Berlusconi, pretendió repetir el éxito de su filial española *Tele 5*, y reclamó judicialmente a *Google* y a su portal de intercambio de vídeos, *Youtube*, ante un Tribunal romano 500 millones de euros por la difusión ilegal de contenidos. La firma italiana interpuso la demanda después de que una muestra al azar tomada el 10 de junio hallara al menos 4.643 vídeos y cortos de su propiedad (*Reuters*).

- El artículo 8, apartado 3, reconoce a las entidades de radiodifusión el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la redifusión inalámbrica de sus emisiones así como la comunicación al público de sus emisiones cuando tal comunicación se haga en lugares accesibles al público a cambio del pago de una cantidad en concepto de entrada.

- El Art. 9 reconoce al productor de la primera fijación de una película, respecto del original y de las copias de sus películas, el denominado derecho de distribución, entendido como el derecho exclusivo de ponerlos a disposición del público, mediante venta u otros medios.
- **Directiva 93/83 sobre derechos de autor en satélite y cable.** Afirmar en su preámbulo que las emisiones transfronterizas de radiodifusión dentro de la comunidad, en especial vía satélite y por cable, son un medio esencial para el logro de los objetivos de remover los obstáculos a la libre circulación de servicios dentro del mercado común y evitar distorsiones de la competencia. De su contenido podría destacarse:
 - En el Art. 2 se reconoce a los autores el derecho exclusivo a autorizar la comunicación al público vía satélite de obras protegidas por derechos de autor, autorización que podrá sólo ser concedida mediante contrato (Art. 3), el cual podrá bajo ciertas condiciones ser formalizado entre la entidad de radiodifusión y el organismo de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual.
 - En parecidos términos, se reconoce en los Arts. 8 y concordantes el derecho de los autores a autorizar la distribución por cable de sus obras con la particularidad, con relación a la comunicación pública por satélite, de que dicho derecho sólo podrá ejercitarse a través de una entidad de gestión colectiva de derechos que formalizará el contrato con la empresa de distribución por cable.
- **Directiva 2001/29 sobre derechos de autor y afines en la Sociedad de la Información.** Responde a finalidades similares a las de las dos anteriores y, de hecho, sus normas, en gran medida, reiteran y amplían las de estas últimas.
 - La Directiva reconoce el derecho de los autores (respecto de sus obras), de los productores de las primeras fijaciones de películas (respecto de los originales y copias de sus películas) y de los organismos de radiodifusión (respecto de la fijación de sus emisiones, cualquiera que sea el medio, alámbrico o no, a través del que se realicen) a autorizar o prohibir la reproducción de los mismos o su comunicación pública (Arts. 2 y 3).
 - De conformidad con el Art. 5, lo anterior no será aplicable a los actos de reproducción provisional que, siendo transitorios y accesorios, y sin tener una significación económica independiente, formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad sea la de facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de una obra o prestación protegidas.

Esto lo ilustra la Comisión en la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva con el ejemplo de la transmisión de un “vídeo a la carta” desde una base de datos situada en Alemania a un ordenador doméstico en Portugal, lo que exige un mínimo de cien actos de almacenamiento [COM (97) 628, artículo 5, punto 3 (p. 32 de la versión española)].
 - El Art. 4 consagra el derecho de los autores (respecto de sus obras o copias de ellas) a autorizar o no su distribución al público, mediante venta o de cualquier otra manera.

El derecho de comunicación pública contiene todos los derechos de propiedad intelectual atribuibles a la explotación de las obras en Internet, bien por *streaming* o bien por *downloading* (lo que en la Directiva 2001/29/CE y en los tratados de la OMPI, adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, sobre Derecho de Autor y sobre Artistas y Fonogramas, se denomina puesta a disposición).

El modelo *downloading* es uno en el que la descarga se realiza en bloque y suele darse para determinados contenidos como, p.e., películas, contenidos en ficheros de gran tamaño. En este modelo no existe relación entre el tiempo de descarga y el tiempo de consumo. Habitualmente la descarga puede requerir mucho más tiempo que el consumo o bien producirse “a tirones”, es decir la velocidad de descarga en cada momento no es la velocidad de consumo. La pérdida de paquetes producirá una retransmisión de los mismos sin mayores consecuencias para el usuario final, salvo un mayor tiempo en la descarga.

El modelo *streaming* supone que se envía un flujo (*stream*) continuo que es recibido en tiempo real por el usuario que lo solicita. La velocidad de entrega de datos debe ser exactamente la velocidad de consumo. Se trata de un flujo de datos constante por usuario, sostenido en el tiempo, lo que lo hace más restrictivo en cuanto a exigencias de red puesto que la pérdida de un paquete no se puede solucionar con una retransmisión (por ejemplo, se produciría un salto en el evento deportivo que pudiera estar siendo visualizado). Dentro del modelo *streaming* cabría distinguir: (i) Contenidos bajo demanda: el contenido, que está pregrabado, se envía a cada usuario cuando lo solicita de forma independiente; (ii) Eventos en vivo: el contenido se genera en ese instante, y por tanto no hay posibilidad de controlar el flujo (normalmente este modo exige que medie la demanda de un número bastante de usuarios) (“Evolución de las redes de contenidos. Problemática de la distribución de contenidos”; Telefónica I + D: Nodal, F.; Nadal, P.; Rosas, A.; Antón, M.L.; Hurtado, J.; López, J.).

(c) La difusión de televisión y los derechos de propiedad intelectual en la normativa española

Como se anticipó más arriba, la norma a la que hay que estar es al Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual (en su redacción vigente). La adaptación necesaria de dicha norma a la regulación europea nos dispensará de exponer su contenido en cuanto fuera reiteración de lo ya dicho a propósito de las tres directivas citadas más arriba.

Bajo la sección rubricada como “Derechos de explotación” contempla el Texto refundido, entre otros, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública:

- **Derecho de reproducción.** Lo define el Art. 18 como “*la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias*”.

Conforme al artículo 9, apartado 1, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París de 24 de julio de 1971), en la versión modificada el 28 de septiembre de 1979, los autores de obras literarias y artísticas

protegidas por dicho Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, que figura en el anexo 1 C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, se aprobó mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1.) (en lo sucesivo, “Acuerdo ADPIC”). El artículo 9, apartado 1, del Acuerdo ADPIC contiene una norma relativa a la observancia de los Convenios internacionales en materia de protección de derechos de autor: *“Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo”*. El artículo 14, apartado 3, del Acuerdo ADPIC contiene normas sobre la protección de los programas de televisión: *“Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones,... Cuando los Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971)”*.

Asimismo, la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión [Texto en español según el BOE nº 273, de 14 de noviembre de 1991], en su artículo 13, regula determinados derechos mínimos de los organismos de radiodifusión: *“Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir: (a) la retransmisión de sus emisiones; (b) la fijación sobre una base material de sus emisiones; (c) la reproducción: (i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; (ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el artículo 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo; ... Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo”*.

Si bien la Unión Europea no es Parte Contratante de la Convención de Roma, en el artículo 5 del Protocolo 28 sobre la propiedad intelectual del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (8) 8-DO 1994, L 1, p. 194. las Partes Contratantes del Acuerdo EEE se comprometen a adherirse, antes del 1 de enero de 1995, a los siguientes convenios multilaterales de propiedad industrial, intelectual y comercial: *“[...] (b) Convenio de Berna sobre protección de obras literarias y artísticas (Acta de París, 1971); (c) Convención internacional sobre los derechos de los artistas intérpretes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión (Roma, 1961); [...]”*.

- **Derecho de comunicación pública.** Dispone el Art. 20: *“se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”*.

Conforme a este último precepto quedarán comprendidos dentro del concepto de comunicación pública, en particular:

- *“la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales”;*
- *“la emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen”;*
- *“la radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a La Tierra” teniendo en cuenta que “cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación”;*
- *“la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono”;*
- *“la retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida”;*
- *“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”;*
- *“la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida”;*

En el mismo sentido que el Art. 20 de la LPI, también el Convenio de Berna (op. cit) reconoce en su Art. 11.bis, apartado primero, a los autores de las obras literarias o artísticas el derecho exclusivo de autorizar: **(i)** la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; **(ii)** toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; **(iii)** la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

El Acuerdo ADPIC (Op. cit.), en su Art. 9, apartado primero, obliga a sus miembros a observar, además de otros, el anterior precepto. El artículo 14, apartado 3, del Acuerdo ADPIC reconoce a los miembros de radiodifusión el derecho de prohibir cuando se emprendan sin su autorización la comunicación al público de sus emisiones de televisión. Cuando los Miembros no concedan tal derecho a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir tales actos, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971).

En cuanto al Tratado OMPI (op. cit), en el artículo 8, dispone: *“Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 11 bis.1.i) y ii), 11 ter.1.ii), 14.1.ii) y 14 bis.1 del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”*.

Asimismo, la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión [Texto en español según el BOE nº 273, de 14 de noviembre de 1991], en su artículo 13, regula determinados derechos mínimos de los organismos de radiodifusión: *“Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir: ... (d) la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo.”*

Por otra parte, la inclusión por el Art. 20 LPI dentro del concepto de comunicación pública de *“la emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida”*, la explica el vigesimotercer considerando de la Directiva 2001/29 del siguiente modo: *“La presente Directiva debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos”*.

Una cuestión, no estrictamente de derecho de la competencia, pero relacionada con toda la problemática de los derechos de propiedad intelectual en materia de difusión televisiva sería la de si el suministro de contenidos audiovisuales a los clientes alojados en las habitaciones de los hoteles daría lugar a un acto de comunicación pública o de comunicación al público que es, precisamente, el presupuesto de que la entidad de gestión pueda llegar a exigir el cobro de derechos a tenor de los Arts. 120 y 22 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido, el Tribunal Supremo (STS de 18 de octubre de 2006, RJ 2006\6641, Ponente Óscar González González), al conocer del recurso planteado por EGEDA, AISGE y AIE frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria de la impugnación previamente formalizada frente a la resolución del TDC a que nos referimos más arriba, aparte de compartir los argumentos del TDC y de la propia Audiencia en cuanto a la existencia de abuso de posición dominante, vino a ocuparse de estas cuestiones.

El Tribunal, en efecto, observó a este respecto que la situación hasta 2003 era mayoritariamente contraria a la existencia en estos casos de comunicación pública. Mediante sentencia de 10 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3036) el Alto Tribunal sentaba que *“si las habitaciones de hoteles resultan residencias privadas en el ámbito penal, con equivalencia al domicilio, no existe ninguna razón, ni lógica ni jurídica, que impida extender tal consideración al ámbito civil, de lo que resulta que las actividades*

difusoras de grabaciones audiovisuales en las habitaciones de los hoteles no constituyen actos de comunicación pública, ni por tanto, generan los derechos de propiedad intelectual reconocidos en el TRLPI”.

Sin embargo, la aún más reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la CE (Sentencia de 7 de diciembre de 2006, TJCE 2006\354, Ponente: J. Malenovsky) ha sentado con toda claridad que la distribución de una señal a través de aparatos de televisión a los clientes alojados en las habitaciones de un establecimiento hotelero constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (LCEur 2001, 2153).

Para el TJCE hay que partir del concepto de “público” como número indeterminado de telespectadores potenciales (sentencias de 2 de junio de 2005 [TJCE 2005, 162], *Mediakabel*, C-89/04, Rec. p. I-4891, apartado 30, y de 14 de julio de 2005 [TJCE 2005, 251], *Lagardère Active Broadcast*, C-192/04, Rec. p. I-7199, apartado 31) con vistas a: *“seguir un enfoque global que tenga en cuenta no sólo a los clientes alojados en las habitaciones del establecimiento hotelero, que son los únicos a los que se refieren expresamente las cuestiones prejudiciales, sino también a los clientes que se encuentren presentes en cualquier otra zona del establecimiento y puedan acceder allí a un aparato de televisión. Por otro lado, hay que tomar en consideración la circunstancia de que normalmente la clientela de un establecimiento de este tipo se renueva con rapidez. Por lo general, se trata de un número considerable de personas, por lo que debe estimarse que forman un público a los efectos del objetivo principal de la Directiva 2001/29 (LCEur 2001, 2153), mencionado en el apartado 36 de la presente sentencia”.*

Y terminó el Tribunal de Luxemburgo por concluir que *“El carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 (LCEur 2001, 2153)”.*

Esta última ha sido también la postura mantenida por el TS en su sentencia de 16 de abril de 2007 y en la de 10 de julio de 2008. Una síntesis de los argumentos del Alto Tribunal puede ser la que sigue. Hay retransmisión porque el hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad - potencialidad- de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter *“estrictamente doméstico”* a los efectos del Art. 20.1 LPI. Finalmente, las SSTS núms. 9 y 36 de 2009, de 22 y 26 de enero (JUR 2009\58503 y JUR 2009\46515), han terminado de apuntalar esta nueva vertiente jurisprudencial más en consonancia con la doctrina del TJCE. Igualmente, en la STS núm. 707/2009 de 28 octubre (JUR 2009\467417) sienta sin ambages el Alto Tribunal que la retransmisión de la señal televisiva a los aparatos instalados en las habitaciones de establecimientos hoteleros es

comunicación pública a los efectos de la Ley (Estimación del recurso por interés casacional).

Esta línea doctrinal se confirma también recientemente en la sentencia de 15 marzo 2012 del TJUE [TJCE 2012\56 - Caso *Phonographic Performance (Ireland)*] en la que, nuevamente, viene a mantenerse que el concepto de comunicación al público manejado en las Directivas comunitarias sobre la materia comprenderá la entrega por el establecimiento hotelero en las habitaciones de sus clientes de aparatos de televisión o de radio a los que distribuye una señal radiodifundida y que, por tanto, existe también en esos casos obligación de abono de una remuneración equitativa, sin que proceda la exoneración por uso para fines privados.

- **Derecho de distribución.** Lo define el Art. 19 como “*la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*”.

El ejercicio exclusivo de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción y los demás de explotación sobre cualquier obra en general corresponde al autor de las misma ex Art. 17.

Sin embargo, en el caso de las obras audiovisuales (incluidas las cinematográficas) – entendidas como “*las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras*” – los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución se entienden cedidos en exclusiva al productor por sus autores en virtud del contrato de producción (Arts. 86 y 88).

Finalmente, al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual – entendida como “*la fijación de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales* (en el sentido apuntado en el párrafo anterior)” – le corresponde el derecho exclusivo a autorizar su comunicación pública, reproducción o distribución (Arts. 120 a 123).

Se hace necesario diferenciar, dentro de la amplia categoría de los contenidos audiovisuales, la de las “obras audiovisuales” y la de las “grabaciones audiovisuales”. A este respecto, como se pone de manifiesto en la obra de GRETEL (“*El Sector Audiovisual y su Evolución. La explotación de los contenidos audiovisuales en la transición a los nuevos medios digitales. Creación e industria de contenidos, escenarios y retos futuros del sector TIC, propiedad intelectual y derechos de los usuarios*”; editado por el Colegio de Ingenieros de Telecomunicación; Madrid, 2005; disponible en <http://www.coit.es>; Cáp. 2.2.), la categoría de las obras audiovisuales incluiría las obras cinematográficas, series de televisión, documentales, dibujos animados, conciertos musicales y obras de teatro fijadas, en tanto que la de las grabaciones audiovisuales comprendería el resto de contenidos, como son, espacios deportivos, informativos, concursos, variedades, y un sinfín, que podrían denominarse de forma un tanto genérica como programas de televisión.

Como en esa misma obra se pone de relieve (Vid Nota al pie n.º 27), desde un punto de vista jurídico, la grabación audiovisual incluye la obra audiovisual. Por ello, toda obra sería grabación, pero no toda grabación sería obra. La obra sería aquella creación original en las

que el autor plasma su personalidad, mientras que el resto de meras grabaciones audiovisuales carecerían de las notas de originalidad que permiten su consideración como obra audiovisual. De este modo, las secuencias de imágenes que constituyen, p.e., la grabación de un partido de baloncesto, un telediario, un programa concurso, serían, desde el punto de vista legal, grabaciones audiovisuales, pero no obras audiovisuales. Esta es, precisamente, la distinción sobre la que gira el TRLPI en su artículo 120

(e) Los derechos de reproducción y comunicación pública en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas

(i) Reseña de los asuntos acumulados

El alcance de los derechos de reproducción y comunicación pública con sujeción a la Directiva 2001/29 ha sido objeto de debate en los Asuntos acumulados C-403/08 (*Football Association Premier League Ltd* y otros Contra *QC Leisure* y otros-Petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice, Chancery Division*, Reino Unido) y C-429/08 (*Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd*-Petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice, Administrative Court*, Reino Unido). El 3 de febrero de 2011 presentó sus conclusiones la Abogada General Sra. Juliane Kokott y la sentencia del Tribunal de Justicia lleva fecha de 4 de octubre de 2011. En ambos asuntos acumulados, el supuesto de hecho era el de la comercialización en Reino Unido de tarjetas descodificadoras que, en origen, eran vendidas lícitamente en Grecia para la visualización de partidos de fútbol vía satélite.

La *Football Association Premier League Ltd.* (FAPL), se encargaba de la organización de la grabación de partidos de la *Premier League* y de la concesión de licencias para su emisión. Para optimizar la explotación de los derechos de autor sobre las transmisiones en directo de sus partidos de fútbol, concedía a un solo organismo de difusión licenciatario en cada demarcación, por plazo de tres años, el derecho a transmitir y explotar económicamente en exclusiva los partidos en su zona de difusión, normalmente el territorio de un estado. Se buscaba mostrar al público de todo el mundo los partidos de la *Premier League* inglesa y, de este modo, elevar al máximo para los clubes miembros el valor de sus derechos de difusión. Para asegurar la exclusividad de otros titulares de licencias, todos ellos se obligaban al mismo tiempo a impedir que sus emisiones pudieran verse fuera de la respectiva zona de difusión, para lo cual tales emisiones eran codificadas, imponiéndose limitaciones a la circulación de tarjetas decodificadoras autorizadas fuera del respectivo ámbito territorial de la licencia.

En el período controvertido todos los partidos de la *Premier League* fueron grabados por la *BBC* o por *Sky*. Las imágenes escogidas y el sonido ambiental de estos partidos [entre los cuales aparecía en ocasiones el himno de la *Premier League*] componían la “*clean live feed*” (señal limpia de imagen en directo). En cuanto se le añadiesen logotipos, secuencias de vídeo, gráficos visualizados en pantalla, música (incluido el himno) y los comentarios en inglés, se tenía como resultado la “*world feed*” (señal mundial de imagen en directo). Ésta se comprimía y se codificaba y se enviaba entonces por satélite al organismo de radiodifusión televisiva extranjero titular de la licencia. Éste decodificaba y descomprimía la “*world feed*”, le añadía su logotipo y comentarios, comprimía y codificaba de nuevo la señal y la transmitía entonces vía satélite a los abonados en la zona que tenía asignada. Los abonados con antena parabólica podían decodificar y descomprimir la señal en un decodificador que necesitaba una tarjeta inteligente. Los segmentos de las diversas filmaciones, la obra musical y el

registro de sonido se almacenaban consecutivamente en el decodificador antes de su emisión y posteriormente se borraban. El proceso completo de transmisión desde el campo de fútbol al abonado duraba unos cinco segundos.

La licenciataria en Grecia era *NetMed Hellas SA*, que tenía prohibido por contrato, en la práctica, suministrar las correspondientes tarjetas decodificadoras fuera de Grecia. Los partidos se transmitían en los canales “*SuperSport*” de la plataforma *NOVA*, propiedad de “*Multichoice Hellas SA*”, que se encargaba de su explotación. Estas dos empresas griegas pertenecían en definitiva al mismo propietario y se les denominaba conjuntamente *NOVA*. Los litigios que dieron origen a estas peticiones de decisión prejudicial tenían por objeto el intento de eludir dicha exclusividad. Las empresas importaban en el Reino Unido tarjetas decodificadoras procedentes del extranjero, principalmente, Grecia y los Estados árabes, y las ofrecían en Reino Unido a establecimientos de restauración a precios más reducidos que los organismos de radiodifusión nacionales.

En el asunto C-403/08 se trataba de las demandas planteadas por la FAPL junto con las empresas responsables de la transmisión de los partidos en Grecia. Dos de las demandas se dirigían contra los suministradores de equipo y de tarjetas decodificadoras de la señal vía satélite a establecimientos de restauración y bares, que permitían la recepción de canales por satélite distintos de *Sky* que transmitían en directo partidos de la *Premier League*, incluyéndose entre esos satélites diferentes los que emitían la señal de los canales *Nova*. La tercera demanda se dirigía contra los concesionarios o gestores de cuatro establecimientos de restauración, es decir, pubs, que exhibieron las transmisiones en directo de partidos de la *Premier League* de una cadena árabe por posible vulneración de sus derechos de autor al crear copias de las obras en el interior del decodificador de la señal vía satélite y al exhibir las obras en pantalla, así como al ejecutar, difundir o mostrar las obras en público y al comunicárselas.

En el otro asunto C-429/08, se trataba de un procedimiento penal contra la Sra. Murphy, titular de un establecimiento de restauración, esto es, propietaria de un pub, que ofrecía los partidos de la Premier League utilizando una tarjeta decodificadora griega (tarjeta *Nova*). *Media Protection Services Ltd.* entabló una acción privada contra la Sra. Murphy y logró, en primera y segunda instancia, que se le impusiera una pena pecuniaria toda vez que, según el fallo condenatorio, dicha tarjeta era un dispositivo ilícito, en el sentido de las normas de transposición de la Directiva 98/84. La Sra. Murphy recurrió ante la High Court contra esa condena.

(ii) El derecho de reproducción en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas

En el contexto definido en el anterior epígrafe, los órganos judiciales ingleses planteaban como cuestión prejudicial si llegaba darse “reproducción de las obras” en el sentido de la Directiva 2001/29, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

El derecho de reproducción se recogía en el artículo 2 de la Directiva 2001/29: “*Los Estados miembros establecerán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte: (a) a los autores, de sus obras; (b) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones; (c) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas; (d) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las*

*copias de sus películas; (e) a **los organismos de radiodifusión**, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite”.*

Las principales cuestiones suscitadas podían ser agrupadas del modo siguiente:

- 1.^a **Aplicabilidad del derecho de reproducción a las transmisiones en directo.** El artículo 2, letra e), de la Directiva 2001/29 constituía el fundamento de un derecho de los organismos de radiodifusión a la reproducción de las fijaciones de sus emisiones. En primer lugar, debía aclararse si el derecho de reproducción resultaba aplicable a las transmisiones en directo. En este sentido, se ponía en duda que en el proceso técnico ya descrito de emisión vía satélite de los partidos de fútbol se diera una fijación permanente de la emisión a partir de la cual transmitir la película del partido.

La Comisión alegaba que también una transmisión en directo se basaba en la práctica en una primera fijación o en una grabación original a partir de la cual se retransmitían las imágenes. Esta fijación se originaba en las memorias temporales en las que confluían las diferentes perspectivas de cámara para generar la emisión que se retransmitía. Este último criterio debía también prevalecer en opinión de la Abogada General para no dar lugar a discriminaciones indebidas de las emisiones en directo. Además, fácilmente los difusores podrían eludir una restricción tal del derecho de reproducción integrando una primera fijación en el proceso de producción.

- 2.^a **Aplicabilidad del derecho de reproducción a la copia temporal en el equipo terminal descodificador.** Por razones técnicas, la reproducción de programas digitales suponía, en particular, que se cargaran secuencias cortas de la emisión en la memoria temporal del equipo de reproducción. Con arreglo al estándar aplicable, en cada momento se archivaban en una memoria temporal del equipo receptor cuatro fotogramas de vídeo y el correspondiente fragmento de audio.

La calificación de la copia temporal de datos como reproducción era una cuestión no de Derecho nacional, sino que debía dirimirse mediante la interpretación del artículo 2 de la Directiva 2001/29. En este sentido el Tribunal de Justicia ya había declarado que el concepto de “reproducción parcial” era un concepto de Derecho de la Unión que había de interpretarse de manera uniforme [Sentencia de 16 de julio de 2009, *Infopaq International* (C-5/08, Rec. p. I-6569), apartados 27 y siguientes; véase también, respecto a la Directiva 2001/29 en su conjunto, la sentencia de 21 de octubre de 2010, *Padawan* (C-467/08, Rec. p. I-0000), apartados 32 y 35].

En el caso del almacenaje de los segmentos de audio y vídeo en la memoria del descodificador era claro que se estaba ante un supuesto de reproducción, si bien no total, sí desde luego parcial, previsto en el Art. 2. En este sentido, el Tribunal de Justicia había ya declarado que los derechos de autor abarcaban todas las partes de la obra, que constituyeran una creación intelectual original de su autor (Sentencia *Infopaq International* citada, en especial apartados 37 y siguientes). Por el contrario, había excluido de la protección las palabras sueltas, porque la creación resultaba sólo a partir de su elección, ordenación y combinación (Sentencia *Infopaq International* citada, apartado 45). A diferencia de cualquier palabra, los segmentos de audio y vídeo (fotogramas) almacenados en el descodificador implicaban una creación específica del director de cámara o del director y ya debían ser objeto de protección.

- 3.^a **Aplicabilidad del derecho de reproducción a la exhibición de imágenes en la pantalla del establecimiento comercial (pubs, etc...)**. Sentado lo anterior, se planteaba si suponía también reproducción en el sentido de la Directiva el hecho de mostrar la imagen en la pantalla de TV (instalada en el pub) que la recibía del descodificador. Lo anterior se aceptaba sobre la base de argumentos similares a los que se daban en relación con el almacenaje en el descodificador. En la pantalla se visualizaba en cada momento, por un período de tiempo todavía más breve, una imagen de la emisión, mientras se reproducía además el fragmento correspondiente de audio.

El artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debía interpretarse en el sentido de que el derecho de reproducción se extendía a los fragmentos transitorios de las obras creados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, siempre que dichos fragmentos contuvieran elementos que expresasen la creación intelectual propia de los autores de que se tratara, debiendo examinarse el conjunto de fragmentos que se reproducían simultáneamente con el fin de comprobar si contenían tales elementos.

- 4.^a **Aplicabilidad de la exención prevista en la Directiva para los actos de reproducción provisional**. Además de suscitaba la cuestión de si las dos anteriores formas de reproducción (copia en descodificador y copia en pantalla de TV) quedaban exentas en virtud de la excepción incorporada al Art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29, a cuyo tenor: “*Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: (a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o (b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.*”.

Se trataba de tres requisitos acumulativos, de modo que la inobservancia de tan sólo uno de ellos acarrearía que el acto de reproducción no quedase exento del derecho de reproducción del Art. 2. [Sentencia *Infopaq International* (citada en la nota 16), apartado 55]. Además, debían ser objeto de interpretación restrictiva (Sentencia *Infopaq International* citada, apartados 56 y 57), máxime habida cuenta de lo dispuesto en el Art. 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, que establecía que todas las excepciones del artículo 5 se aplicarían únicamente en determinados casos concretos que no entrasen en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudicasen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho (Sentencia *Infopaq International* citada, apartado 58).

Así:

- a. ***Carácter transitorio del acto de reproducción***. En primer lugar, debía tratarse de actos de reproducción provisional transitorios o accesorios que formasen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico. Un acto solamente podía calificarse de “transitorio”, a este fin, cuando su duración se limitase al tiempo necesario para el buen funcionamiento del proceso tecnológico considerado,

entendiéndose que dicho proceso debía estar de tal modo automatizado que suprimiera automáticamente el acto en cuestión, sin intervención humana, desde el momento en que éste hubiera cumplido su función de hacer posible el desarrollo de dicho proceso [Sentencia *Infopaq International* citada, apartado 64]. Así sucedía el caso de autos. Las reproducciones en la memoria y en la pantalla eran transitorias y provisionales. También eran parte integrante y esencial de un proceso tecnológico que hacía posible la difusión de una emisión.

- b. ***Carácter intermedio y/o finalidad lícita del acto de reproducción.*** En segundo lugar, la única finalidad del acto debía ser la transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita.

Para el Tribunal (considerandos 166 y ss.) los actos de reproducción de que se trataba no tenían por objeto facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario. Así pues, alternativamente, debía analizarse si tenían como única finalidad permitir una utilización lícita de una obra o de un objeto protegido. A este respecto, como se desprendía del trigésimo tercer considerando de la Directiva sobre los derechos de autor, una utilización se consideraba lícita en caso de que la autorizase el titular del derecho afectado o de que no se encontrase restringida por la normativa aplicable.

Por tanto, al no estar autorizada por los titulares de derechos de autor la utilización de las obras controvertidas en el litigio principal, debía examinarse si los actos en cuestión tenían por objeto permitir una utilización de las obras que no se encontrase restringida por la normativa aplicable.

En relación con este punto, había quedado acreditado que tales actos efímeros de reproducción hacían posible un funcionamiento correcto del decodificador de la señal vía satélite y de la pantalla de televisión. Desde el punto de vista de los telespectadores, hacían posible la recepción de las emisiones que contenían las obras protegidas.

La mera recepción de dichas emisiones como tal, esto es, su captación y su visualización en un círculo privado, no suponía un acto limitado por la normativa de la Unión o del Reino Unido. Además, esa recepción de las emisiones debía considerarse lícita en el caso de emisiones procedentes de otro Estado miembro distinto del Reino Unido cuando se llevase a cabo mediante un decodificador extranjero por aplicación de las libertades fundamentales (libertad de prestación de servicios).

En estas circunstancias, se concluía que tales actos de reproducción tenían como única finalidad permitir una “utilización lícita” de las obras, en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva sobre los derechos de autor. Así pues, los actos de reproducción como los controvertidos en el litigio principal cumplían con el requisito de la finalidad lícita del acto de reproducción.

- c. ***Ausencia de significado económico independiente del acto de reproducción.*** En tercer lugar, los actos de reproducción no debían tener una significación económica independiente.

Para el Tribunal (considerandos 174 y ss) los referidos actos de reproducción realizados en el marco de un proceso tecnológico hacían posible acceder a las obras protegidas. Por tanto, al tener estas últimas un valor económico, el acceso a las mismas tenía necesariamente una significación económica.

No obstante, era necesario, además, que dicha significación fuera independiente, en el sentido de exceder de la ventaja económica derivada de la mera recepción de una emisión que contenía las obras protegidas, es decir, que fuera más allá de la ventaja derivada de su simple captación y de su visualización.

En el asunto principal, los actos de reproducción provisionales realizados en la memoria del decodificador de la señal vía satélite y en la pantalla de televisión formaban parte inseparable y no independiente del proceso de recepción de las emisiones difundidas que contenían las obras de que se trataba. Por lo demás, se realizaban al margen de la influencia –o, incluso, de la consciencia– de las personas que tenían acceso de este modo a las obras protegidas.

Por consiguiente, estos actos de reproducción provisionales no podían generar una ventaja económica adicional que excediera de la ventaja derivada de la simple recepción de las emisiones controvertidas. De ello se desprendía que no podía considerarse que los actos de reproducción controvertidos en los litigios principales tuvieran una significación económica independiente. Por consiguiente, cumplían también este requisito establecido en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor.

Por consiguiente, procedía responder a la cuestión planteada que los actos de reproducción como los controvertidos realizados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, reunían los requisitos que establecía el artículo 5, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor y, por tanto, podían realizarse sin la autorización de los titulares de derechos de autor afectados.

(iii) El derecho de comunicación pública en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas

Otra cuestión que se planteaba en los dos referidos asuntos era la de si llegaba a darse comunicación al público por procedimientos alámbricos o inalámbricos, en el sentido del Art. 3 de la Directiva 2001/29, cuando una obra protegida por derechos de autor, léase partido de fútbol transmitido en directo, fuera recibida vía satélite en un local comercial, por ejemplo, un bar, y ésta se reprodujera o se exhibiera en ese local mediante una única pantalla de televisión y altavoces al público presente en dicho local y si, en tal caso, llegaba a producirse una vulneración del derecho exclusivo a la comunicación al público de obras protegidas, en el sentido de ese mismo precepto.

De los considerandos 183 y siguientes de la sentencia resultaba una respuesta afirmativa a esta cuestión. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor no precisaba el concepto de “comunicación al público” (sentencia de 7 de diciembre de 2006, *SGAE*, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 33). Por ello se imponía una interpretación finalista de la Directiva cuyo principal objetivo era la instauración de un nivel elevado de protección en favor de los autores, que les permitiera recibir una compensación adecuada por la utilización de sus obras, en particular con motivo de su comunicación al público, y una acepción amplia del concepto de comunicación pública.

Se hacía necesario precisar el alcance de la protección brindada por el Art. 3. El apartado primero de este precepto reconocía el derecho exclusivo de los autores a autorizar o prohibir la comunicación al público de las obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

El apartado segundo recogía el derecho exclusivo de los productores de películas y de los organismos de radiodifusión a autorizar o prohibir sólo la puesta a disposición del público de tal forma que cualquier persona pudiera acceder a ellas desde el lugar y en el momento que eligiera. Es decir que el alcance, en este último caso, no sería exactamente el mismo.

Como el apartado segundo estaría pensando en las situaciones de transmisión interactiva, lo que no se ventilaba en los asuntos sometidos a decisión prejudicial, para fijar los derechos de los productores de películas y de los organismos de radiodifusión se hacía necesario acudir a las disposiciones ya existentes, es decir, el artículo 8 de la Directiva 2006/115 y el artículo 4 de la Directiva 93/83.

Lo anterior, combinado con una interpretación coherente con otras Directivas sobre propiedad intelectual (ver más arriba Directiva 2006/115), con el Convenio de Berna y el Tratado sobre derecho de autor (cuya implementación era justo uno de los objetivos de la Directiva 2001/29) y con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio le permitió al Tribunal concluir:

- Dentro del concepto de comunicación entraba la comunicación mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento transmisor de signos, de sonidos o de imágenes, y se englobaba un procedimiento de comunicación como la exhibición de las obras en una pantalla.
- La noción de comunicación debía interpretarse de manera amplia, en el sentido de que tenía por objeto toda transmisión de las obras protegidas, con independencia del medio o del proceso técnico utilizados.
- Siguiendo esta interpretación, el Tribunal de Justicia ya había declarado que el propietario de un establecimiento hotelero (v *supra*) realizaba un acto de comunicación cuando permitía a sus clientes acceder a las obras difundidas a través de aparatos de televisión, al distribuir en las habitaciones del hotel, con pleno conocimiento de causa, la señal recibida, portadora de las obras protegidas. A este respecto, el Tribunal de Justicia había subrayado que tal intervención no constituía un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura, sino un acto sin el cual los clientes no podrían disfrutar de las obras difundidas aun cuando se encontraran dentro de la mencionada zona de cobertura.
- En el asunto de las tarjetas, el propietario de un establecimiento de restauración permitía deliberadamente a los clientes presentes en dicho establecimiento acceder a una emisión difundida, que contenía obras protegidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, teniendo en cuenta que, sin la intervención de dicho propietario, estos clientes no podrían disfrutar de las obras difundidas, aun cuando se encontrasen en el interior de la zona de cobertura de dicha emisión. Por tanto, se trataba de un caso equiparable al anterior.
- Así, debía señalarse que el propietario de un establecimiento de restauración realizaba una comunicación cuando transmitía deliberadamente obras difundidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, a los clientes presentes en dicho establecimiento.

- Pero además, para la plena equiparación de ambos supuestos, era necesario, también, que la obra difundida se transmitiera a un público nuevo, es decir, a un público que no tuvieron en cuenta los autores de las obras protegidas cuando autorizaron su utilización para la comunicación al público de origen (véanse, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 40 y 42, y el auto de 18 de marzo de 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C-136/09, apartado 38).
- Estos autores, al autorizar la radiodifusión de sus obras, sólo tenían en cuenta, en principio, a los poseedores de aparatos de televisión que, individualmente o en un ámbito privado o familiar, captaban la señal y seguían las emisiones. Ahora bien, a partir del momento en que la transmisión de la obra difundida se realizaba en un lugar accesible al público con la intención de que un nuevo público, admitido por el poseedor del aparato de televisión, se beneficiase de la escucha o de la visión de la obra, esa intervención deliberada debía considerarse un acto mediante el cual la obra en cuestión se comunicaba a un público nuevo (véanse, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartado 41, y el auto *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, antes citado, apartado 37).
- Así ocurría cuando el propietario de un establecimiento de restauración transmitía obras difundidas a los clientes presentes en dicho establecimiento, porque esos clientes constituían un nuevo público que no fue tenido en cuenta por los autores al autorizar la radiodifusión de sus obras.
- Además, para que existiera comunicación al público, la obra difundida debía transmitirse a un “público no presente en el lugar en el que se originaba la comunicación”, en el sentido del vigesimotercer considerando de la Directiva sobre los derechos de autor. Se buscaba excluir del concepto de comunicación pública la representación o ejecución pública y directa, p.e., ante el hecho de disputarse el partido de fútbol, se buscaba no incluir el público asistente al estadio.
- En el supuesto de transmisión, en un lugar como un establecimiento de restauración, de una obra difundida mediante una pantalla de televisión y altavoces al público que estaba presente en el lugar en el que se realizaba dicha transmisión, pero no en aquél en el que se originaba tal comunicación, en el sentido del vigesimotercer considerando de la Directiva sobre los derechos de autor, esto es, en el lugar de la representación difundida, faltaba precisamente ese elemento de contacto físico y directo (véase, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartado 40).
- Por último, debía señalarse que no era irrelevante el carácter lucrativo de una “comunicación” a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor (véase, en este sentido, la sentencia SGAE, antes citada, apartado 44).
- En una situación como la del asunto que se examinaba en el litigio principal, no podía negarse que, por una parte, el propietario transmitía las obras difundidas en su establecimiento de restauración con el fin de beneficiarse de ello y, por otra, que dicha transmisión podía atraer clientes interesados en las obras transmitidas de ese modo. Por consiguiente, la transmisión controvertida repercutía sobre el número de personas que frecuentaban dicho establecimiento y, en definitiva, sobre sus resultados económicos.
- Por consiguiente, la comunicación al público de que se trataba revestía un carácter lucrativo.

Se concluía, en fin, que “*habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que el concepto de «comunicación al público» a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva sobre los derechos de autor, debe interpretarse en*

el sentido de que comprende la transmisión de obras difundidas, mediante una pantalla de televisión y altavoces, a los clientes presentes en un establecimiento de restauración”.

(iv) Los derechos de propiedad intelectual como justificación de la restricción de las libertades fundamentales en el caso de las tarjetas decodificadoras griegas

En general, las conclusiones de la Abogada General vinieron a confirmarse en la sentencia (considerandos 77 a 133 de la sentencia) y cabría sistematizarlas en los siguientes apartados:

- 1.º **Libre circulación de mercancías Vs. libre prestación de servicios**. Había en este caso que precisar cuál era la libertad fundamental en liza. Como las tarjetas decodificadoras se llevaban de Grecia al Reino Unido, podría ser aplicable la libre circulación de mercancías, artículo 34 TFUE (antiguo artículo 28 CE).

Sin embargo, en la práctica, dichas tarjetas eran un medio - de algún modo la llave - para acceder en el Reino Unido a un programa de televisión emitido desde Grecia. La puesta a disposición de este programa era un servicio, en el sentido del artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 CE) [Sentencia de 29 de noviembre de 2001, *De Coster* (C-17/00, Rec. p. I-9445), apartado 28]. Cuando una medida nacional menoscababa tanto la libre prestación de servicios, como la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia la examinaba, en principio, a la luz de una sola de estas dos libertades fundamentales si se demostraba que, en las circunstancias del caso de que se tratase, una de ellas era por completo secundaria con respecto a la otra y podía subordinarse a ella [Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, Rec. p. I-9609), apartado 26 y jurisprudencia citada].

El Tribunal de Justicia - como alegaba acertadamente la Comisión - había declarado ya, en materia de distribución de *decodificadores* para televisión codificada vía satélite, que no se podía determinar en general si prevalecía el aspecto de la libre circulación de mercancías o el de la libre prestación de servicios [Sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital* (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 32], pero dicho asunto se refería a restricciones que tenían específicamente por objeto el comercio de decodificadores y, con ello, al mismo tiempo dificultaban indirectamente el acceso a los servicios de la televisión vía satélite.

En el presente asunto, por el contrario, lo que se discutía no era ante todo el comercio de las tarjetas, sino su uso para acceder en el Reino Unido a los programas codificados. Por lo demás, si se comparaba el valor material de la tarjeta con los precios que se reclamaban por el acceso al programa, la tarjeta tenía una importancia absolutamente secundaria. Por consiguiente, la cuestión había de examinarse a la luz de la libre prestación de servicios.

La libre prestación de servicios exigía suprimir cualquier restricción al libre intercambio de servicios - aunque se aplicase indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros - cuando fuera adecuada para prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que prestaba legalmente servicios análogos. Por lo demás, la libre prestación de servicios beneficiaba tanto a los prestadores como a los destinatarios de los servicios [Sentencias de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin Internacional* (C-42/07, Rec. p. I-7633),

apartado 51 y jurisprudencia citada, y de 8 de julio de 2010, Sjóberg (C-447/08 y C-448/08, Rec. p. I-0000), apartado 32].

En los asuntos principales, la normativa nacional prohibía la importación, la venta y la utilización en territorio nacional de decodificadores extranjeros (griegos), que permitían el acceso a los servicios de radiodifusión vía satélite procedentes de otro Estado miembro (Reino Unido). Desde otra perspectiva, dado que el acceso a servicios de transmisión vía satélite como los controvertidos en los litigios principales estaba supeditado a la posesión de tal dispositivo o decodificador, que se suministraba en Reino Unido, con la limitación contractual de que únicamente pudiera utilizarse en el territorio del Estado miembro de emisión (el mismo Reino Unido), la normativa nacional en cuestión se oponía a la recepción de dichos servicios por las personas residentes fuera de ese Estado miembro de emisión que, en el presente asunto, era – reiteramos – el Reino Unido. Por consiguiente, dicha normativa tenía como efecto impedir a esas personas acceder a tales servicios.

Era cierto que el obstáculo a la recepción de tales servicios tenía su origen último en los contratos celebrados entre los organismos de radiodifusión y sus clientes (televidentes abonados), que reflejaban a su vez las cláusulas de limitación territorial incluidas en los contratos celebrados entre dichos organismos y los titulares de los derechos de propiedad intelectual (la asociación nacional de fútbol o LFPA). No obstante, como dicha normativa otorgaba protección jurídica a tales limitaciones e imponía que se respetasen, bajo amenaza de sanciones civiles y pecuniarias, ella misma restringía la libre prestación de servicios. Este menoscabo de la libre prestación de servicios era particularmente intenso, dado que los derechos en cuestión no sólo dificultarían el ejercicio de la libre prestación de servicios, sino que provocarían una compartimentación del mercado interior en mercados nacionales separados unos de otros. Por tanto, existía un grave menoscabo de la libre prestación de servicios.

- 2.º **Necesidad de justificación objetiva para la restricción de la libertad fundamental.** Por consiguiente, la normativa en cuestión constituía una restricción a la libre prestación de servicios, prohibida por el artículo 56 TFUE, salvo que pudiera estar objetivamente justificada. Así pues, sentado que se daba una restricción de este principio de la libre prestación de servicios, lo siguiente era determinar si llegaba a darse una justificación para esa restricción. En este caso, la restricción debía perseguir un objetivo legítimo compatible con el Tratado y, además, había de estar justificada por razones imperiosas de interés general. En tal caso, debía ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo [Véase, por ejemplo, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri* (C-341/05, Rec. p. I-11767), apartado 101 y jurisprudencia citada]. Se planteaba así hasta qué punto tal justificación podía venir de la necesidad de proteger la propiedad intelectual e industrial y si existían derechos sobre las transmisiones de partidos de fútbol vía satélite cuyo objeto específico exigiera una compartimentación del mercado interior [Sentencias de 6 de octubre de 1982, *Coditel* y otros II (262/81, Rec. p. 3381), apartado 13, y de 11 de mayo de 1999, *Pfeiffer* (C-255/97, Rec. p. I-2835), apartado 21].
- 3.º **Los partidos de fútbol como materia de propiedad intelectual.** Así pues, era importante determinar, ante todo, si FAPL podía valerse de tales derechos capaces de justificar que la normativa nacional controvertida en los litigios principales estableciera en su favor una protección constitutiva de una restricción a la libre prestación de

servicios. A este respecto, era preciso señalar que FAPL no podía invocar derechos de autor sobre los propios partidos de la *Premier League* porque éstos no podían calificarse de obras. Para revestir tal calificación, el objeto en cuestión debía ser original, en el sentido de constituir una creación intelectual propia de su autor (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de julio de 2009, *Infopaq International*, C-5/08, Rec. p. I-6569, apartado 37) y los encuentros deportivos no podían considerarse creaciones intelectuales calificables de obras en el sentido de la Directiva sobre los derechos de autor. Así, dichos partidos no podían estar protegidos por los derechos de autor. Por otra parte, se había comprobado que el Derecho de la Unión no los protegía por ningún otro concepto en el ámbito de la propiedad intelectual.

No obstante, los encuentros deportivos, como tales, revestían un carácter único y, en esta medida, original, lo que podía convertirlos en objetos dignos de protección comparable a la protección de las obras, protección que podían otorgar, en su caso, los diferentes ordenamientos jurídicos internos. A este respecto, cabía señalar que, según el artículo 165 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, la Unión debía contribuir a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa. En estas circunstancias, un Estado miembro podía proteger los encuentros deportivos, en su caso a través de la protección de la propiedad intelectual, adoptando una normativa nacional específica o reconociendo, dentro del respeto al Derecho de la Unión, una protección de tales encuentros mediante instrumentos convencionales celebrados entre las personas que tenían el derecho de poner a disposición del público el contenido audiovisual de dichos encuentros y las personas que desearan transmitir ese contenido al público de su elección.

A este respecto, era preciso añadir que el legislador de la Unión había previsto el ejercicio de tal facultad por parte de un Estado miembro en la medida en que hacía referencia, en el vigesimoprimer considerando de la Directiva 97/36, a acontecimientos organizados por un organizador que tuviera legalmente derecho a vender los derechos correspondientes a dichos acontecimientos. Por consiguiente, en el supuesto de que la normativa nacional en cuestión pretendiera otorgar protección a los encuentros deportivos –algo que correspondía examinar al órgano jurisdiccional remitente–, el Derecho de la Unión no se oponía, en principio, a dicha protección y, por tanto, tal normativa podía justificar una restricción a la libre circulación de servicios como la controvertida.

- 4.º **El derecho a una remuneración adecuada como parte del objeto específico de los derechos de propiedad intelectual que justifique la restricción de la libertad fundamental.** No obstante, era preciso, además, cómo se ha dicho, que tal restricción no fuera más allá de lo necesario para lograr el objetivo de protección de la propiedad intelectual de que se tratase (véase, en este sentido, la sentencia *UTECA*, antes citada, apartados 31 a 36). A este respecto, era necesario recordar que las excepciones al principio de la libre circulación únicamente podían admitirse en la medida en que estuvieran justificadas por la salvaguardia de los derechos que constituyeran el objeto específico de la propiedad intelectual de que se tratase (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de octubre de 2003, *Riogllass y Transremar*, C-115/02, Rec. p. I-12705, apartado 23 y jurisprudencia citada).

Sobre este punto, de una jurisprudencia reiterada se desprendía que este objeto específico pretendía, en particular, asegurar a los titulares de derechos afectados la protección de la facultad de explotar comercialmente la puesta en circulación o la puesta a disposición de los objetos protegidos, concediendo licencias a cambio del pago de una remuneración (véanse, en este sentido, las sentencias *Musik-Vertrieb membran* y *K-tel International*, antes citada, apartado 12, y de 20 de octubre de 1993, *Phil Collins* y otros, C-92/92 y C-326/92, Rec. p. I-5145, apartado 20).

No obstante, tal objeto específico no garantizaba a los titulares de derechos afectados la posibilidad de reclamar la máxima remuneración posible. En efecto, conforme a dicho objeto, únicamente se les aseguraba –como establecían el décimo considerando de la Directiva sobre los derechos de autor y el quinto considerando de la Directiva sobre los derechos afines– una remuneración adecuada por cada utilización de los objetos protegidos. Para ser adecuada, tal remuneración debía presentar una relación razonable con el valor económico de la prestación proporcionada. En concreto, debía mantener una relación razonable con el número real o potencial de personas que disfrutasen o desearan disfrutar de dicha prestación (véanse, por analogía, las sentencias de 22 de septiembre de 1998, *FDV*, C-61/97, Rec. p. I-5171, apartado 15, y de 11 de diciembre de 2008, *Kanal 5 y TV 4*, C-52/07, Rec. p. I-9275, apartados 36 a 38).

Así pues, en materia de radiodifusión televisiva, tal remuneración –como confirmaba el decimoséptimo considerando de la Directiva sobre la radiodifusión vía satélite– debía, en particular, mantener una relación razonable con los elementos que caracterizaban la emisión, tales como la audiencia real, la audiencia potencial y la versión lingüística (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2005, *Lagardère Active Broadcast*, C-192/04, Rec. p. I-7199, apartado 51).

En este contexto, era preciso señalar, en primer lugar, que los titulares de los derechos controvertidos en los litigios principales (FAPL) recibían una remuneración por la radiodifusión de los objetos protegidos desde el Estado miembro de emisión, en el que se suponía que tenía lugar el acto de radiodifusión, conforme al artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva sobre la radiodifusión vía satélite, y en el que, por tanto, debía abonarse la remuneración adecuada.

En segundo lugar, cabía señalar que cuando se acordaba tal remuneración entre los titulares de derechos afectados y los organismos de radiodifusión, en el marco de la venta en pública subasta, nada se oponía a que el titular de derechos afectado reclamase, con ese motivo, un importe que tuviera en cuenta la audiencia efectiva y la audiencia potencial, tanto en el Estado miembro de emisión como en cualquier otro Estado miembro en el que se recibieran también las emisiones que contenían los objetos protegidos. A este respecto, debía recordarse, especialmente, que la recepción de una emisión vía satélite como la controvertida en los litigios principales estaba supeditada a la posesión de un decodificador. Por consiguiente, era posible determinar, con un grado de exactitud muy elevado, todos los telespectadores que formaban parte de la audiencia efectiva y potencial de la emisión en cuestión, entre ellos tanto los telespectadores que residían en el interior como los que residían en el exterior del Estado miembro de emisión.

Por último, por lo que respecta al suplemento pagado por los organismos de radiodifusión para la concesión de una exclusividad territorial, ciertamente no podía

descartarse que el importe de la remuneración adecuada reflejase asimismo el carácter particular de las emisiones de que se tratase, en concreto su exclusividad territorial, de modo que pudiera pagarse un suplemento por este concepto. Ahora bien, en el presente asunto tal suplemento se pagaba a los titulares de derechos afectados con el fin de garantizar una exclusividad territorial absoluta que podía provocar diferencias de precio artificiales entre los mercados nacionales compartimentados. Pues bien, tal compartimentación y la diferencia artificial de precio que de ella resultaba eran incompatibles con el objetivo esencial del Tratado, que era la realización del mercado interior. En estas circunstancias, no cabía considerar que dicho suplemento formase parte de la remuneración adecuada que debía asegurarse a los titulares de derechos afectados. Por consiguiente, el pago de tal suplemento iba más allá de lo necesario para garantizar a dichos titulares una remuneración adecuada.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, había de llegarse a la conclusión de que la restricción consistente en la prohibición de utilizar decodificadores extranjeros no podía justificarse a la luz del objetivo de protección de los derechos de propiedad intelectual.

- 5.º **El agotamiento del derecho de propiedad intelectual.** En el ámbito de la libre circulación de mercancías se aplicaba el principio del agotamiento que suponía que cuando una reproducción de la obra era comercializada en un estado miembro por el autor o con su consentimiento el derecho de exclusiva quedaba agotado, de modo que cuando esa reproducción volviera a ser transmitida no habría ya lugar al percibo de emolumentos por ese concepto por el titular de los derechos de propiedad intelectual [Sentencias de 22 de junio de 1976, *Terrapin (Overseas)* (119/75, Rec. p. 1039), apartado 6; de 20 de enero de 1981, *Metronome Musik* (C-200/96, Rec. p. I-1953), apartado 14]. Por ello, los derechos de autor sobre discos comercializados legalmente en un Estado miembro no impedían su distribución en otro Estado miembro (*Musik-Vertrieb membran* y *K-tel International* (55/80 y 57/80, Rec. p. 147), apartado 10, y de 28 de abril de 1998).

Dentro de los servicios, los había en los que no podía llegar a hablarse de agotamiento porque, una vez prestados, no cabía que volvieran a “represtarse”. Se citaba el ejemplo de unos servicios de peluquería, masajes, etc. Sin embargo, había otros en los que el receptor inicial podía volver a prestar a un tercero los mismos servicios que él había recibido. Éste era el caso de los servicios de comunicación audiovisual, en los que descartar el principio del agotamiento, que sí operaba en el ámbito de la libre circulación de mercancías, podía resultar cuando menos arbitrario. Debiéndose añadirse que podía suceder que determinados servicios sólo pudieran llegar a comercializarse en un estado miembro determinado. P.e., los comerciantes del Reino Unido anunciaron en otoño de 2010 que no podían vender ya libros electrónicos a clientes fuera de dicho Estado miembro (*Gallagher, Waterstone's halts overseas e-book sales*, noticia de 26 de octubre de 2010). En estos casos, negar la existencia de agotamiento podía dificultar la libre prestación de servicios e incluso inducir a la piratería.

Así, se mantenía el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual de la FAPL sobre los partidos, de modo que no cabría el percibo de nuevas cantidades por la reproducción de los partidos, más allá de las percibidas por la cesión de los derechos al organismo de difusión.

- 6.º **La invocación del precedente de Coditel** La FAPL había invocado que, después del asunto *Coditel I*, [Sentencia de 18 de marzo de 1980, *Coditel* y otros I (62/79, Rec. p. 881)], los derechos que ella alegaba eran compatibles con la libre prestación de servicios. Dicho asunto se refería a la entrada de la televisión alemana en la red belga de televisión por cable. Era cierto que en el apartado 16 de dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró que las normas del Tratado no podían, en principio, poner obstáculos a los límites geográficos que las partes habían acordado en los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual para proteger al autor y a sus causahabientes y que el mero hecho de que los límites geográficos en cuestión coincidieran, en su caso, con las fronteras de los Estados miembros no exigía una solución diferente.

No obstante, estas declaraciones se encuadraban en un contexto que no era comparable con el de los asuntos examinados en los litigios principales. Efectivamente, en el asunto que había dado lugar a la sentencia *Coditel I*, antes citada, las sociedades de teledistribución habían llevado a cabo una comunicación de una obra al público sin disponer, en el Estado miembro de origen de dicha comunicación (Bélgica), de una autorización de los titulares de derechos afectados y sin haberles pagado remuneración alguna. En este contexto se exhibió, concretamente, una película proyectada en Alemania sin el consentimiento de los titulares de los derechos. Contra ello recurrió una empresa que había adquirido los derechos para la proyección de dicha película en los cines y en la televisión belgas. El Tribunal de Justicia destacó entonces que la facultad del titular del derecho de autor de reclamar una retribución por cualquier exhibición de una película formaba parte del contenido esencial del derecho de autor (apartado 10 de la sentencia).

Pero la Abogada General consideraba que lo anterior no resultaba de aplicación en el caso de las tarjetas griegas. La explotación de la transmisión de partidos de fútbol se realizaba por medio de la tarifa que se pagaba por las tarjetas decodificadoras. No resultaba burlada dicha explotación por el hecho de utilizar tarjetas decodificadoras griegas, puesto que por esas tarjetas se pagó. Si bien esas tarifas no eran tan altas como las que se reclamaban en el Reino Unido, no existía derecho específico alguno a exigir en cada Estado miembro precios diferentes por una prestación. Los organismos de radiodifusión realizaban actos de comunicación al público disponiendo realmente en el Estado miembro de origen de dicha comunicación de una autorización de los titulares de derechos afectados, y pagando ciertamente una remuneración a estos últimos, remuneración que, por lo demás, podía tener en cuenta la audiencia efectiva y potencial en los otros Estados miembros.

Es más, formaba parte de la lógica del mercado interior que las diferencias de precio entre distintos Estados miembros se equilibrasen mediante el comercio. La facultad que reclamaba la FAPL de comercializar los derechos de radiodifusión sobre la base de la exclusividad territorial pretendía obtener ganancia de la supresión del mercado interior. En esta medida, el presente asunto estaba comprendido en la jurisprudencia sobre agotamiento de los derechos sobre mercancías, frente a la postura defendida por la FAPL.

La empresa *Coditel* no tenía directamente por objeto una proyección en el cine, sino la retransmisión de una proyección en televisión. En esa medida, el Tribunal de Justicia se basó en que la difusión por televisión podía afectar a la explotación de los derechos

sobre la proyección en los cines y, por tanto, era natural que se autorizase una exhibición en televisión sólo pasado un cierto período de tiempo. Desde la perspectiva de los años setenta añadió que la difusión por televisión, desde el punto de vista meramente práctico, sólo era posible en el marco de monopolios nacionales. Dicho supuesto no era comparable con el asunto de las tarjetas griegas. La compartimentación del mercado interior en el caso de las transmisiones de fútbol en directo no tenía como fin precisamente proteger otro tipo de explotación del partido de fútbol que se transmitía. Con la compartimentación de los mercados se trataba más bien directamente de explotar de manera óptima la misma prestación en los diferentes mercados parciales.

Por último, debía tenerse en cuenta la evolución del Derecho de la Unión acaecida, en particular, debido a la adopción de la Directiva «Televisión sin fronteras» y de la Directiva sobre la radiodifusión vía satélite, que pretendían garantizar la transición de los mercados nacionales a un mercado único de producción y de distribución de programas. El derecho a la emisión vía satélite en un Estado miembro incluía precisamente, con arreglo a la Directiva 93/83, la difusión en otros Estados miembros del área de emisión y, por tanto, tenía que ser convenientemente remunerada. Y dado que el acceso a la emisión en el asunto que se planteaba presuponía incluso la adquisición de una tarjeta decodificadora, cada uno de los receptores abonaba una retribución.

Finalmente, la sentencia *Coditel I* incluía un aspecto adicional -no mencionado expresamente-: la utilización en la red de cable belga de la película exhibida en la televisión alemana sin que se hubiese pagado por ello una retribución. Con criterio actual eso se consideraría una (nueva) comunicación al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29. Lo que se habría dado sería la comunicación por otro organismo de radiodifusión diferente de aquél al que le habían sido cedidos los derechos de explotación económica por el titular originario, mientras que en el caso de las tarjetas la comunicación pública la realizaba el organismo de difusión griego al que sí le habían sido cedidos esos derechos por el titular originario que era la FAPL.

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procedía responder a las preguntas planteadas que **el artículo 56 TFUE debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una normativa de un Estado miembro que convirtiese en ilegales la importación, la venta y la utilización en ese Estado de decodificadores extranjeros que permitiesen el acceso a un servicio codificado de radiodifusión vía satélite procedente de otro Estado miembro que comprendía los objetos protegidos por la normativa del primer Estado.**

- 7.º **Limitaciones de uso comercial y otras circunstancias irrelevantes.** La anterior afirmación no se veía invalidada por el hecho de que, por una parte, el decodificador extranjero se hubiera obtenido o activado facilitando un nombre y un domicilio falsos, con la intención de eludir la restricción territorial controvertida en los asuntos examinados en los litigios principales, y, por otra, por el hecho de que dicho dispositivo se utilizase con fines comerciales aunque estuviese reservado para un uso privado.

Por lo que respecta a la primera circunstancia, era cierto que podía tener efectos en las relaciones contractuales entre el adquirente que facilitó la identidad y el domicilio

falsos y la persona que suministraba dicho dispositivo, de modo que ésta pudiera, en particular, reclamar a ese adquirente una indemnización por daños y perjuicios e intereses en el supuesto de que la identidad y el domicilio falsos que éste señaló le hubieran causado un perjuicio o la convirtieran en responsable frente a un organismo como FAPL. En cambio, tal circunstancia no invalidaba la conclusión enunciada porque no incidía sobre el número de usuarios que habían pagado por recibir las emisiones

Lo mismo cabía decir respecto de la segunda circunstancia, cuando el decodificador se utilizaba con fines comerciales aunque estuviese reservado para un uso privado. Al respecto, había que precisar que nada se oponía a que el importe de la remuneración acordada entre los titulares de derechos afectados y los organismos de radiodifusión se calculase en función de que ciertos clientes hicieran un uso comercial de los decodificadores y otros un uso privado. Por tanto, al repercutir dicha circunstancia sobre sus clientes, el organismo de radiodifusión podía reclamar un canon diferente por el acceso a sus servicios en función de que dicho acceso persiguiera una finalidad comercial o privada. Pues bien, el riesgo de que ciertas personas hicieran uso de los decodificadores extranjeros ignorando la finalidad para la que estaban reservados resultaba comparable al que existía en caso de que los decodificadores se utilizasen en situaciones puramente internas, es decir, en caso de utilización por parte de los clientes residentes en el territorio del Estado miembro de emisión. En estas circunstancias, este segundo hecho mencionado no podía justificar una restricción territorial a la libre prestación de servicios y, por consiguiente, no invalidaba la conclusión formulada.

(d) Referencia a la situación en el mercado español de la gestión de los derechos de propiedad intelectual

Esta situación ha sido objeto de análisis por la CNC en su “*Informe sobre la Gestión Colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual*” publicado el pasado 19 de enero de 2010³⁵. El estudio va referido a los mercados de la gestión de los derechos de propiedad intelectual en España.

En la actualidad, existen en España ocho entidades de gestión: *SGAE* (editores y autores de obras musicales, audiovisuales, literarias, dramáticas y coreográficas), *CEDRO* (editores y autores de obras impresas), *VEGAP* (autores de obras de la creación visual), *DAMA* (directores-realizadores y guionistas de obras audiovisuales), *AIE* (artistas intérpretes o ejecutantes musicales), *AISGE* (artistas intérpretes o ejecutantes actorales), *AGEDI* (productores de fonogramas) y *EGEDA* (productores audiovisuales).

Se trata de mercados monopolísticos *de facto* en los que cada una de las entidades de gestión existentes en España disfruta de un elevado poder de mercado, sin tener que enfrentarse a la competencia de ninguna otra entidad que gestione los mismos derechos, con la única excepción del segmento de autores audiovisuales, en el que existen dos entidades: *SGAE* y *DAMA*.

La escasa presión competitiva que afrontan las entidades de gestión se explica por la confluencia de diversas barreras de entrada que limitan la competencia efectiva y/o potencial que otras entidades nacionales o extranjeras o los propios titulares (a través de la gestión

³⁵ Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Informes/tabid/166/Default.aspx>.

individual de sus derechos) podrían ejercer. Estas barreras son, principalmente, de carácter económico y normativo:

1. **Barreras económicas.** Entre las barreras de naturaleza económica se plantea la existencia de importantísimas economías de escala – a mayor número de derechos gestionados mayor es el rendimiento económico marginal obtenido por la entidad de gestión – lo que alimenta la concentración dentro de estos mercados y dificulta el surgimiento de alternativas a la de la propia entidad de gestión. Esta tendencia se ve aún acentuada a raíz de la posibilidad de gestión *on line* de los derechos, lo que ha contribuido a reducir drásticamente los gastos de las propias entidades de gestión. Bien es cierto, también, que esa misma gestión *on line* puede ayudar a erigir la gestión individual en alternativa a la colectiva, p.e., a través de la implantación de soluciones DRM.
2. **Barreras normativas.** Entre las barreras de entrada de naturaleza normativa se sitúan, antes que otras, las que nacen del propio marco regulador que ofrece la Ley de Propiedad Intelectual (LPI).
 - 2.1. ***Necesidad de autorización administrativa.*** En primer lugar, cabría referirse a la necesidad de que, ex Art. 147 LPI, la entidad de gestión haya de obtener autorización administrativa del Ministerio de Cultura para el desarrollo de su actividad, cuyo otorgamiento se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que introducen un alto grado de incertidumbre falta de claridad y subjetividad, y otorgan al Ministerio de Cultura un elevado margen de discrecionalidad en la concesión de autorizaciones. Lo anterior lleva a cerrar el paso a otras formas de gestión colectiva distintas a la actualmente existente y que el mercado puede estar demandando, de forma especial en los ámbitos *online*. A la vista de lo anterior la CNC proponía la eliminación de la exigencia de título habilitante/autorización administrativa y su sustitución por un sistema de simple registro.
 - 2.2. ***Exclusión de formas societarias mercantiles.*** En segundo lugar, habría que referirse a la exigencia legal de que la entidad de gestión carezca de ánimo de lucro y a la rigidez legal a la hora de determinar el contenido de sus estatutos (Art. 147 LPI). La imposición de estos condicionantes no se justifican por la defensa de los titulares de los derechos gestionados y, en todo caso, no deberían excluir la utilización de formas societarias mercantiles, en principio más adecuadas que la asociación para el desarrollo de actividades típicamente económico-empresariales. Por lo tanto, la CNC concluía que debía eliminarse la obligación de que las entidades de gestión carezcan de ánimo de lucro, disponiendo de forma expresa que se puedan constituir bajo cualquiera de las formas jurídicas admitidas en Derecho. Hasta tanto lo anterior llegue a producirse, se imponía, al menos, la introducción de una mayor flexibilidad en el contenido de los estatutos de las entidades de gestión.
 - 2.3. ***Obligatoriedad de la gestión colectiva de derechos.*** En tercer lugar, en la LPI se imponía la gestión colectiva obligatoria respecto de los derechos de propiedad intelectual, lo que conformaba también una barrera normativa de entrada. Esta imposición tenía lugar en la LPI respecto de importantísimos derechos de propiedad intelectual, como el de remuneración, el de compensación equitativa

por copia privada y el de autorización de la retransmisión por cable (la gestión colectiva en este último caso era una imposición del Art. 9 de la Directiva 93/83 sobre derechos de autor en satélite y cable; ver más arriba). La LPI, con esta última excepción, imponía la gestión colectiva obligatoria a través de entidades de gestión más allá de lo que obligaba la legislación de la Unión Europea. Esta imposición legal eliminaba la libertad del titular del derecho para elegir entre la gestión individual o la colectiva (en cualquiera de sus formas materialmente posible), lo que gracias al progreso tecnológico era cada vez más factible, de forma especial en el ámbito *online*. Por ello, para la CNC debía eliminarse la obligatoriedad de la gestión colectiva a través de entidades de gestión en los casos en los que se imponía en la actualidad, con la excepción de que dicha obligatoriedad viniera impuesta por una Directiva europea.

- 2.4. ***Acuerdos estratégicos de gestión de derechos de propiedad intelectual.*** En cuarto lugar, cabría referirse a la existencia de barreras de entrada normativas de carácter estratégico. Las mismas nacían de los acuerdos concertados entre las entidades de gestión españolas con las extranjeras, principalmente las asentadas en estados europeos. Estos acuerdos incluían restricciones en virtud de las cuales cada entidad de gestión española asumiría la representación en territorio español de la otra entidad suscriptora y gestionaría los contenidos de su repertorio, con condición de reciprocidad:

- 2.4.1. **Cláusulas de afiliación.** Además, se incluían cláusulas de afiliación que suponían que ninguna sociedad de gestión colectiva pudiera *“sin el consentimiento de la otra, aceptar como miembro a un autor que ya fuera miembro de otra sociedad de gestión o que fuera nacional del territorio en el que operase la otra sociedad de gestión”*. Estas cláusulas restringían la competencia entre entidades.

En primer lugar, impedían a un titular elegir o moverse a otra entidad, o ser simultáneamente miembro de diferentes entidades para la administración de sus derechos en distintos territorios del Espacio Económico Europeo (EEE). En consecuencia, se restringía la competencia entre entidades con respecto a los servicios de gestión que prestaban a los titulares y se creaban demandas cautivas de monopolios nacionales gestores de derechos.

En segundo lugar, habían contribuido y seguían contribuyendo a nacionalizar, compartimentar y diferenciar los repertorios de cada una de las entidades, mermando de este modo las posibilidades de una mayor competencia en la concesión de licencias a los usuarios. Tal y como se señalaba en la Decisión de la Comisión sobre Asunto COMP/C-2/38.698 – CISAC (ver *infra*): *“Las cláusulas pueden limitar los repertorios de cada sociedad de gestión a los derechos de los titulares del mismo país del EEE, lo que hace que los repertorios sean más complementarios de lo que lo serían de no existir las cláusulas. Por lo tanto, las restricciones pueden reducir la competencia potencial en la concesión de licencias entre sociedades de gestión por sus repertorios propios.... Sin las restricciones a la afiliación de miembros es menos probable que exista esta distinción en función de la nacionalidad, lo que potencialmente haría que los repertorios fueran más homogéneos a largo plazo”*.

2.4.2. Cláusulas de exclusividad. Tendían, además, a incorporarse cláusulas de exclusividad, que implicaban que los acuerdos de representación recíproca fueran en términos exclusivos. Si la entidad española E gestionaba el repertorio de una serie de entidades extranjeras de los países X, Y, Z en territorio español, E sería la única entidad que los gestionase. Por lo tanto, la cláusula *“impide que una sociedad de gestión colectiva autorice su propio repertorio en otros territorios o permita a una tercera sociedad de gestión colectiva representar el mismo repertorio en el territorio de la sociedad de gestión colectiva nacional”*. La cláusula de exclusividad favorecía que existiera un monopolio nacional en cada país, esto es, reducía las posibilidades de entrada de otras entidades, puesto que implicaba que una y sólo una entidad de cada país gestionara en cada país el repertorio de las entidades de otros países. A su vez, una entidad nacional que tratase de competir con la nacional incumbente no podría ofrecer un repertorio que incluyera el de otras entidades extranjeras, factor que podía incidir en que algunos usuarios no considerasen el repertorio de la entrante tan atractivo como el de la incumbente.

2.4.3. Restricciones territoriales. Finalmente, tendían a incluirse restricciones en el sentido de que las entidades limitaban el mandato de las entidades extranjeras al territorio nacional de cada una de ellas. Es decir, si la entidad nacional E concedía la gestión de su repertorio a la entidad del país Y, la segunda sólo podría gestionar el repertorio de E en el país Y, y no en algún otro país. En consecuencia, se limitaba la competencia entre entidades con respecto a la concesión de licencias a usuarios.

Tal vez en esta materia la resolución más importante a la que estar fuera la decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008 relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y en el artículo 53 del acuerdo sobre el EEE (Asunto COMP/C-2/38.698 — *CISAC*), en la que se abordaba toda esta problemática, que se situaba en la línea seguida por la CE en la Decisión sobre el Acuerdo *Simulcasting* (2002) y en la Decisión sobre el Acuerdo Ampliado de Cannes (2006), y cuyo objetivo era promocionar la competencia entre entidades en la prestación de servicios a usuarios.

La *CISAC* era la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores. La finalidad de esta decisión era remover determinadas restricciones a la competencia que 24 entidades de autor de la Unión Europea habían introducido a través de sus acuerdos de representación recíproca, con el objetivo de promocionar la competencia en los servicios que estas entidades prestaban a usuarios y titulares en el ámbito del derecho de comunicación pública por satélite, cable y *online*.

Según la Decisión *CISAC*, en los acuerdos existían cláusulas de afiliación (que impedían la libre elección y la movilidad de titulares entre entidades) y cláusulas de exclusividad (que restringían la competencia entre entidades en la concesión de licencias a usuarios, garantizando un monopolio nacional en cada país). Además, según la Comisión Europea, las entidades habían incurrido en una práctica concertada, consistente en la limitación de los mandatos al territorio de

cada una de las entidades nacionales. La Comisión Europea obligó a las entidades a eliminar las prácticas restrictivas de la competencia y a poner fin a la práctica concertada.

Además, también se pretendía eliminar las barreras que impedían que el mercado de comunicación *online* de obras musicales en territorio europeo se desarrollase libremente. A juicio de la Comisión, el sistema vigente obligaba a los usuarios que explotaban obras de modo simultáneo en varios territorios a negociar con cada una de las entidades establecidas en dichos territorios, lo que creaba un obstáculo considerable a la creación de un Mercado Único en estos mercados emergentes.

Frente a toda esta situación, la CNC proponía como remedio que las administraciones públicas competentes que en el ejercicio de sus funciones, tuvieran conocimiento de acuerdos de las entidades de gestión con entidades extranjeras que obstaculizasen o fueran susceptibles de obstaculizar el desarrollo de un mercado europeo de gestión de derechos de propiedad intelectual, lo pusieran en conocimiento de las autoridades de competencia a los efectos oportunos.

- 2.5. **Restricciones contractuales.** En quinto lugar habría que referirse a las restricciones normativo-contractuales nacidas de los tipos de contratos empleados por las entidades de gestión en sus relaciones con los titulares. La cesión era de una enorme amplitud en cuanto a su ámbito territorial, temporal y objetivo (derechos cedidos), a lo que habría que añadir la imposición de cláusulas de fuerte exclusividad. Frente a esta situación, la CNC destacaba que para introducir competencia era preciso apostar por la libertad de gestión, es decir, por que los titulares tuvieran más libertad contractual con respecto al mandato que daban a la entidad de gestión, y más libertad para elegir quién y bajo qué forma jurídica les gestionaría sus derechos.

Para ello proponía revisar la regulación de la LPI relativa y a los contratos de gestión con los titulares de los derechos, con el fin de dotarles de mayor flexibilidad y de facilitar el cambio de entidad gestora por parte de los titulares.

En concreto: **(i)** debía limitarse el periodo de permanencia, prórroga y preaviso, estableciendo una duración máxima de 1 año, indefinidamente renovable por periodos de un año, y un preaviso de 3 meses; **(ii)** debía garantizarse que el titular tuviera mayor flexibilidad a la hora de determinar el alcance del contrato en términos de derechos, obras, territorios y utilizaciones, así como para establecer que el contrato podía ser en términos no exclusivos y permitir al titular conservar la posibilidad de conceder licencias a la vez que la entidad, ya fuera de modo directo o a través de otra entidad de gestión.

Por tanto, podría concluirse que, aunque no pudiera en rigor hablarse de un monopolio creado por Ley o legal, sí podría decirse que el marco normativo vigente conformado por la LPI y otros instrumentos prácticamente abocaba y no dejaba otra opción que la del monopolio ejercido por la entidad de gestión.

Lo anterior había sido el caldo de cultivo para la existencia de importantes prácticas restrictivas de la competencia en los mercados españoles de la gestión de derechos de

propiedad intelectual, singularmente, abusos de posición dominante y, principalmente, en el ámbito de las tarifas aplicadas a los usuarios de los repertorios que se imponían de forma unilateral, inequitativa y poco razonable por las entidades de gestión. Lo anterior se había visto acompañado y facilitado, además, por una serie de circunstancias.

- 1.^a **Falta de transparencia.** La primera sería la de la falta de transparencia de los ámbitos de derechos efectivamente gestionados y repertorios y la inclusión dentro de los mismos, sin diferenciación aparente, de derechos exclusivos y de remuneración, unos de gestión colectiva voluntaria y otros obligatoria. Esta falta de transparencia se extendía a los costes de la gestión, a las cantidades no repartidas entre los titulares y a los contratos suscritos con éstos, lo que dificultaba el poder negociador del lado del usuario del repertorio, al que se mantenía desinformado. Del mismo modo se extendía a las condiciones de los contratos suscritos con otros usuarios, lo que permitía la aplicación de tarifas discriminatorias para usuarios similares, sin que existiera una justificación objetiva y ocasionando una desventaja competitiva a ciertos usuarios con respecto a otros activos en los mercados en los que los derechos de propiedad intelectual eran el *input* o insumo esencial (véase el caso citado más arriba de *Antena 3* y *Telecinco* frente a *RTVE*).

Frente a esta situación, la CNC proponía incluir, bajo sanción, al menos, las siguientes obligaciones de transparencia: **(i)** obligaciones de puesta a disposición de titulares y usuarios de los repertorios (titular y obras/prestaciones) efectivamente gestionados; **(ii)** obligaciones de informar sobre los contratos a los que llegaban con otros usuarios, cuando negociasen con usuarios que realizasen una actividad similar a los primeros; **(iii)** obligaciones de informar sobre los contratos concertados con organizaciones de gestión colectiva de su misma clase.

- 2.^a **Fijación de tarifas sin atender al consumo real.** La segunda sería la utilización de tarifas independientes del uso efectivo por parte de los usuarios, a pesar de que lo contrario era ya tecnológica y económicamente viable. Esta suerte de tarifa plana de derechos alimentaba poco el desvío de los pedidos de los usuarios hacia otros repertorios que no fueran el gestionado por la entidad de gestión.

Frente a esto, la CNC proponía incluir como una obligación en la LPI que las entidades de gestión establecieran, al menos para determinadas clases de usuarios, tarifas que tuvieran en cuenta el uso efectivo, manteniendo como alternativa las tarifas por disponibilidad. Como principio general para determinar qué usuarios podrían optar a este tipo de tarifas, se consideraba que siempre que la monitorización y la vigilancia del uso efectivo pudiera realizarse a un coste razonable y siempre que el usuario estuviera dispuesto a proporcionar la información que fuera necesaria para determinar el uso, la entidad de gestión debería tener la obligación de ofrecer al usuario una tarifa que tuviera en cuenta el uso efectivo.

- 3.^a **Ausencia de control de tarifas.** La tercera venía de la ausencia de control *ex ante* de las tarifas por parte de la administración, la ausencia de ese mismo control administrativo durante la negociación de las tarifas y, por último, la debilidad del control *ex post* sobre las tarifas ejercido por una devaluada Comisión de Propiedad Intelectual cuyas facultades eran ambiguas y sin el respaldo de potestad sancionadora de ninguna clase. No existían, en fin, mecanismos fuertes de resolución de controversias tarifarias.

Frente a esto, la CNC proponía reformar o sustituir la Comisión de Propiedad Intelectual para que fuera un órgano regulador independiente, dotado de competencia técnica y facultades decisorias y sancionadoras adecuadas para resolver cualesquiera conflicto en materia de propiedad intelectual y, en particular, los conflictos tarifarios entre entidades de gestión y usuarios, ya fuera sobre derechos exclusivos o de remuneración. La Comisión debería poder actuar en sus funciones decisorias de oficio o cuando cualquiera de las partes lo solicitase a la Comisión, siempre y cuando hubieran estado negociando previamente durante un período mínimo, sin llegar a un acuerdo. En este sentido, deberían eliminarse las disposiciones normativas vigentes que permitían que, a falta de acuerdo, se aplicasen las tarifas generales unilateralmente aprobadas por las entidades de gestión. Las decisiones de esta Comisión reguladora serían públicas, inmediatamente ejecutivas y revisables por el órgano jurisdiccional competente.

Finalmente, la CNC abogaba por establecer normativamente los criterios a los cuales las entidades de gestión tendrían que ajustarse para determinar las tarifas por uso de su repertorio de derechos exclusivos y/o de remuneración, y a los cuales se atendería también la Comisión reguladora en caso de ser necesaria su intervención. Los criterios deberían incluir en todo caso los siguientes:

- a. ***Amplitud del repertorio.*** La tarifa debía ajustarse al repertorio o ámbito de derechos efectivamente gestionado por la entidad, y si existían titulares a quienes la entidad no gestionase sus derechos, éstos no debían entrar en el cálculo de la tarifa.
- b. ***No discriminación.*** La tarifa debía ser similar para prestaciones equivalentes, esto es, para usuarios que realizasen una actividad económica similar y una utilización similar del repertorio, a no ser que existiera una justificación objetiva para que pudieran establecerse tarifas diferentes.
- c. ***Valor económico y uso efectivo del repertorio.*** La tarifa debía basarse en criterios que permitieran su ajuste al valor económico de la utilización del repertorio.
- d. ***Simplicidad, transparencia y publicidad.*** Los manuales tarifarios debían ser simples y claros. Las metodologías de cálculo de las tarifas debían ser accesibles a los usuarios.

ii) Barreras económicas

(1) Consideración introductoria

En la resolución del TDC de 27 de diciembre de 2000, era posible encontrar consideraciones del siguiente tenor: “*se trata del mercado de la televisión digital de pago vía satélite, un mercado de reciente aparición, con barreras de entrada y que tiene la particularidad de la todavía inexistencia de interoperabilidad, lo que viene a encarecer las cuantiosas inversiones que esta tecnología requiere, incluso para el espectador*”.

Contrastando con las anteriores se encuentran en la sentencia de 21 de febrero de 2000 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo las siguientes afirmaciones:

“La televisión de pago vía satélite es un mercado sin barreras legales ni tecnológicas a la entrada de nuevos competidores. Sin embargo, es un mercado que registra barreras económicas derivadas del coste de los contenidos necesarios para ofrecer una programación atractiva así como del propio acceso a los mismos dada la estructura de comercialización actual”.

En lo referente a las barreras de entrada de esta índole que son –recordemos- las relacionadas con las inversiones necesarias para operar como oferente de productos o servicios en el mercado considerado, partiendo del ámbito nacional del mercado geográfico, nos ceñiremos al caso español, si bien las consideraciones que podamos hacer valdrán, con pocas variaciones, para el resto de mercados europeos pues, con pocas excepciones, como las de los mercados escandinavos, el modelo de negocio viene a ser, en lo esencial, el mismo.

(2) Modos de difusión inalámbrico: satélite

Nos ceñiremos en nuestra explicación al caso español de la integración de las plataformas de TV por satélite, por ser lo bastante ilustrativo y a pesar de que algunas de las consideraciones vertidas a propósito del mismo deban, sin duda, ser puestas en relación con el estado actual de los mercados y de la técnica.

Las barreras económicas estarían esencialmente constituidas por los costes que para los operadores de TV de pago por satélite entrañaría la adquisición de contenidos *premium*, fuertemente protegidos por derechos de propiedad intelectual, que vendrían a restringir el libre acceso a los mismos obligando al pago de elevadísimas contraprestaciones para su disfrute. Sólo por ilustrar con datos esta afirmación podría destacarse que, en el caso de la integración de las plataformas digitales en España, la suma de los derechos de cine y fútbol suponía un 87,3 % de sus costes fijos de programación.

En el caso del cine, lo elevado de dicha contraprestación respondería al poder de mercado de los grandes estudios americanos o *majors*, a los grandes presupuestos manejados en sus producciones y a los modos de comercialización de sus productos basados en *output deals* comprensivos de todos los correspondientes a un largo periodo de tiempo y, además, de otros como canales temáticos y películas para TV.

Por lo que hace al fútbol en nuestro país, el alto precio correspondiente a los derechos de retransmisión televisiva de los partidos correspondientes a la Liga Española de Primera División encontraba su explicación, en el concreto caso de la fusión digital española, en las condiciones en las que se desarrolló la subasta de estos derechos en el año 1997. La irrupción casi simultánea de las dos primeras plataformas multicanal que operaban en España y la necesidad de cada una de ellas de hacerse con una masa crítica de abonados derivó en una agresiva lucha por la adquisición de los derechos de la Liga española que elevó los precios muy por encima de lo que venía siendo habitual.

Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, el TDC apuntó a que una barrera económica de entrada, de mayor alcance, si cabe, que los elevados costes de los derechos sobre los contenidos *Premium*, era la constituida por el propio acceso a los mismos. Y lo anterior una vez constatado que, al adquirirse en exclusiva, no resultaba posible para otros operadores acceder a los mismos y supuesto que, sin dichos contenidos en su programación, tampoco lo era para tales operadores permanecer mucho tiempo en el mercado.

Por su parte, las instituciones comunitarias habían señalado reiteradamente que esta exclusividad no restringía la competencia y que era necesaria para mantener la competencia entre televisiones de pago y en abierto pues, si la oferta de las televisiones de pago fuera la misma, la única forma de competencia sería vía precios y la subsistencia sería difícil en un mercado caracterizado por unos elevados costes fijos. En concreto en la sentencia *Coditel II* el TJCE señaló: *“una licencia en exclusiva para la exhibición no es, por sí sola, suficiente para prevenir, restringir o distorsionar la competencia... Un contrato mediante el cual el propietario del copyright sobre una película de cine cede los derechos en exclusiva para su exhibición por un período de tiempo específico en un Estado Miembro determinado no está, como tal, sujeto a las prohibiciones contenidas en el artículo 85 del Tratado”*.

Intensificaban también los efectos de esta barrera de entrada, hasta el punto casi de erigirse en una nueva barrera independiente, los largos plazos de los pactos de exclusividad (5 ó 6 años en el caso de los partidos de la Liga de Fútbol y de 7 a 10 en el de las películas con cláusulas, en este último caso, de renovación unilateral a favor de los *majors*). En efecto, la Comisión había considerado en ocasiones que las dificultades de acceso a la demanda derivadas de la larga duración de los contratos concluidos por los operadores ya establecidos en el mercado podían constituir barreras económicas a la entrada. En *Boeing/McDonnell-Douglas* (decisión de 30-7-1997, asunto IV/M.877), *Boeing* había concluido contratos de suministro en exclusiva por veinte años con las compañías aéreas más importantes del mundo lo que indujo a la Comisión a considerar que tales contratos implicarían el cierre del mercado y a prohibirlos.

Si a cuanto precede se añadía la necesidad de complementar la programación con otros contenidos, tales como canales temáticos, que dieran a la TV de pago un valor de opción frente a la emitida en abierto, resultaría forzoso concluir la existencia de importantes barreras de entrada de carácter económico relacionadas con la adquisición de contenidos en general, *Premium* o no, para la propia TV de pago.

Respecto de las barreras de entrada asociadas a los costes de transferencia derivados para el abonado del cambio de operador - otra cara de las barreras tecnológicas y de la interoperabilidad, que supone su atenuación, de las que nos ocuparemos - el TDC, en este caso y en contra de lo dicho en su resolución de 27 de diciembre de 2000 (*Vid Supra*) - lo que da una idea de la rapidez con que evolucionan estos mercados - entendió que eran inexistentes pues la Ley 17/1997, que implementaba la Directiva 95/47, imponía a los operadores de TV digital de acceso condicional facilitar la compatibilidad de los descodificadores de señal aparte de simplificar los trámites necesarios para causar baja en el servicio de un concreto operador donde ni tan siquiera era necesario un periodo de preaviso.

Terminando con este epígrafe, eran ilustrativas al respecto de todas estas barreras de entrada, las afirmaciones que contenidas en el voto particular (Castañeda Boniche y otros) recaído a propósito de la operación de integración de las plataformas digitales españolas. Literalmente, serían extractos de interés a estos efectos los siguientes: *“la operación notificada elevaría las barreras de entrada ya existentes de la siguiente forma: La empresa resultante acumularía los derechos exclusivos de emisión de contenidos esenciales para la captación de clientes en este mercado (toda la Liga española de fútbol, toda la producción de todos los grandes estudios de Hollywood) que hasta el momento explotan por separado o conjuntamente, mediante el acuerdo AVS, las dos empresas partícipes. La red resultante de la operación, superaría ampliamente la cifra de 2,5 millones de abonados, representando, por sí misma, dada su magnitud, una barrera de entrada de efecto disuasorio para entrada*

de competidores potenciales. Los poderes de compra y negociador de la empresa resultante para la adquisición o puja de nuevos contenidos, se verán incrementados más que proporcionalmente por efecto de la ampliación de la base de abonados y por efecto de la desaparición del principal competidor, convirtiéndose en barrera adicional a la entrada de posibles competidores y a la expansión de sus únicos competidores restantes”.

(3) Modos de difusión alámbrico: cable y ADSL

Las barreras económicas relacionadas con la adquisición de contenidos a que nos hemos referido tendrían una presencia más tenue que en el de otros medios de difusión (satélite y digital terrenal) en el caso del cable o el ADSL, donde el *triple play* despliega sus efectos y donde las barreras económicas más importantes son las relacionadas con la necesidad de afrontar los costes inherentes al cableado y despliegue de infraestructuras. De forma paralela, estas últimas barreras de entrada, las relacionadas con el tendido de red, no existirían, propiamente, en el caso de aquellos otros medios de difusión, a saber, satélite y digital terrestre, aunque sí en sus correlativos mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas: capacidad satelital y servicios portadores terrestres de señal de difusión, respectivamente.

Ahora bien, hecha con el TDC la anterior reflexión, con valor genérico tanto para cable, como para ADSL, habría que matizarla en el siguiente sentido. Las barreras económicas derivadas del tendido de red cobrarían un especial relieve en el caso de la difusión de TV por cable. En cambio, en el caso de la red ADSL de *Telefónica* lo anterior habría que tomarlo a beneficio de inventario, pues, al ser operador histórico que pudo extender su red bajo el paraguas de un monopolio público, sin afrontar competencia, y al estar dicha red dotada de la capilaridad necesaria como para llegar a través del cobre al domicilio de cada abonado, no estaría prácticamente aquella entidad necesitada de ningún despliegue de red.

En este sentido, las barreras económicas a las que *Telefónica* – que renunció a extender el cable por todo el territorio nacional con la Ley 42/1995 – se enfrenta se relacionan más bien con la inversión en I + D necesaria para dotar a su red de cobre, mediante el recurso a las técnicas DSL, de las velocidades necesarias para transmitir señal de video en flujo continuo. En este sentido iban las alianzas concertadas entre el operador español y *Lucent Technologies*, con varios premios Nobel en sus laboratorios *Bell Lab*. En abril de 2006, *Lucent Technologies* y el *Grupo Telefónica* anunciaron la firma de un acuerdo estratégico en virtud del cual *Lucent* se encargaría de los despliegues de IPTV de *Telefónica* en todo el mundo, empezando por Brasil, Chile, República Checa y España.

A mediados de los 90, *Telefónica* llegó a desplegar una red de cable de más de 1,4 millones de Kms. a la que, finalmente, no se llegó a dar uso como consecuencia del descubrimiento de las posibilidades ofrecidas por las técnicas DSL a la hora de reforzar la capacidad del par de cobre. Lo anterior motivó que *Telefónica* no hiciera uso del título habilitante que, bajo la Ley 42/95, le permitía desplegar red de cable en cada demarcación territorial al mismo tiempo que un operador alternativo (cableoperador). Sin embargo, el par de cobre, aún reforzado con estas técnicas, comienza a mostrarse insuficiente para permitir el suministro de contenidos audiovisuales, en especial en Alta Definición e interactivos, que exigen un ancho de banda rayano en los 100 Mbts., que es, además, el que ofrece posibilidades de bidireccionalidad, lo que es presupuesto de la interactividad. En este contexto es en el que la operadora se planteaba recuperar y desarrollar esa red de fibra.

Las posibilidades son varias en función del grado de acercamiento de la fibra óptica hasta el domicilio del abonado lo que, a su vez, determinará un mayor o menor esfuerzo económico: **(i)** hasta el domicilio del abonado (FTTH o *Fiber to the Home*); **(ii)** hasta la entrada del edificio (FTTP/FTTB o *Fiber to the Premises/Build*); **(iii)** hasta un bastidor intermedio en la calle (FTTN/FTTC o *Fiber to the Node/Cabinet*).

La CMT acometió la regulación de los mercados de acceso a estas infraestructuras para lo que abrió el periodo de consultas correspondiente entre los operadores afectados. En el marco de este proceso, la ANR española acordó con carácter cautelar imponer al exmonopolio dos medidas especialmente importantes:

1. La apertura de su obra civil a los competidores a precios de coste. Se trataba de fomentar que la inversión de los operadores se concentrara en el tendido de fibra ahorrándoles los costes de obra civil que entrañaban hasta un 80 % de los de despliegue de la red y, en consecuencia, la principal barrera de entrada de carácter económico. Lo anterior con fundamento en el hecho de que, habiendo podido el incumbente español realizar toda esa obra civil (zanjas, canalizaciones, conductos físicos de la red, etc.) en sus años de monopolio sin sufrir ninguna presión competitiva, sería justo que la compartiese con la competencia.
2. La oferta de un bucle virtual de fibra a los competidores en virtud del cual la misma *Telefónica* debiera dar un servicio mayorista a sus rivales que les permitiese, en el segmento minorista, emular las ofertas comerciales de aquella a los usuarios finales sobre fibra óptica. Lo anterior se condicionaba a una serie de requisitos, a saber, que se tratara de operadores cuyas instalaciones llegasen ya a las centrales de *Telefónica* (desagregación del bucle) y que solicitasen el acceso a la obra civil de *Telefónica* con el compromiso de extender una Red de Fibra de Nueva Generación (Fuentes: Diario Expansión, La Gaceta de los Negocios y estudio de *GAPTEL* “*Contenidos Digitales. Nuevos Modelos de Distribución On Line. Junio 2006*”).

Recientemente, el Art. 49 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55), que lleva la rúbrica de “*Redes de telecomunicación de acceso ultrarrápido*”, ha venido a establecer: “*La normativa reguladora de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones en los edificios garantizará, con arreglo al principio de neutralidad tecnológica, la disponibilidad de los elementos técnicos necesarios para que las viviendas puedan conectarse a las redes de telecomunicaciones de acceso ultrarrápido, y a nuevos servicios audiovisuales, de forma que se promueva la competencia en el sector y la capacidad de elección de los ciudadanos en el acceso a los servicios*”.

Finalmente, y ciñéndonos a los cableoperadores, tras su despliegue de red sobre la base de las demarcaciones previstas en la citada Ley 42/95, realizando fortísimas inversiones y buscando la generación de economías de alcance, protagonizaron distintos procesos de fusión que culminaron con la más importante de *ONO* y *AUNA*, tras la que, y gracias al impulso que les proporcionaba el contar con una red naturalmente adaptada a la prestación del *triple play*, era previsible que de forma progresiva fueran pudiendo entrar en la puja por contenidos con valor *premium*.

iii) Barreras tecnológicas

Dejando atrás lo referente a las barreras de entrada de tipo legal y económico cabría ya plantearse lo relativo a las de carácter tecnológico, propias de un sector como el de la TV de pago con una fuerte demanda de productos de alta tecnología como descodificadores, *software* de acceso condicional o el necesario para la prestación de servicios interactivos, además de capacidad satelital (esta última se incluyó por el TDC dentro de este mercado de que nos ocupamos pese a que el criterio seguido por la DG 4 en otros casos ha sido el de considerarlo mercado independiente).

En el concreto caso español de la integración de las plataformas digitales, la autoridad nacional de la competencia concluyó la práctica inexistencia de barreras de entrada de esta clase. En primer término, los descodificadores eran suministrados por varias grandes compañías en condiciones de no exclusividad aparte de la obligada compatibilidad impuesta por la normativa estatal y comunitaria traída más arriba a colación.

En su momento, se quisieron ver paralelismos (Ver pregunta escrita n. 2941/96 de Mary Banotti a la Comisión sobre *“La regulación del acceso condicionado y servicios técnicos relacionados”* en Diario Oficial n° C 091 de 20/03/1997 P. 005) entre el dispositivo SIMLock que ligaba a un cliente a un operador de telefonía móvil y los sistemas de acceso condicional en TV digital de pago donde los proveedores de estos sistemas podrían quedar ligados a un proveedor de servicios de TV de pago que gestionase un sistema de gestión y autorización de abonados. Esto último era así dada la incompatibilidad entre el descodificador y las tarjetas inteligentes emitidas por otros operadores y la reticencia a la adquisición de un nuevo descodificador por parte de los usuarios.

Respecto de lo primero la DG IV el 30 de mayo de 1996 consideró que el sistema SIMLock podría ser potencialmente contrario a la libre competencia. La DG IV afirmó que el teléfono móvil debería poder desbloquearse a solicitud del cliente, ello para prevenir las repercusiones contrarias a la libre competencia del dispositivo frente a los operadores ya existentes o nuevos y para evitar reforzar la división del mercado de telefonía móvil en sectores nacionales.

Algunas empresas que ofrecían servicios de telefonía móvil en Europa subvencionaban la venta de teléfonos móviles como un medio de incrementar las ventas. La Comisión aceptaba que el bloqueo por SIM pudiera utilizarse como medio de recuperar dinero utilizado para subvencionar la venta de teléfonos móviles, pero no como forma de ligar a los clientes a una red dada, limitando así la competencia. Ello sería particularmente grave cuando se utilizase la práctica de bloqueo por SIM por parte de un operador móvil dominante.

La Comisión fue, sin embargo, de la opinión de que esta situación no era comparable a la de los descodificadores en TV de pago.

La Directiva 95/47/CE – ya derogada por el nuevo paquete regulador de las comunicaciones electrónicas que, como vimos, había impuesto la interfaz abierta - sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión no preconizaba un interfaz común (es decir, estandarizado), y no lo hacía, en opinión de la Comisión, para favorecer la innovación y la asunción de riesgos en la introducción de la nueva tecnología de servicios digitales de radiodifusión.

Si bien un interfaz común posibilitaría que otros radiodifusores emitiesen y autorizasen sus propias tarjetas inteligentes compatibles con los descodificadores ya instalados, la mayoría de prestadores de servicios de televisión de pago insistirían en tener en el descodificador un elemento específico que garantizara el acceso condicional, además del descodificador estándar, para protegerse contra la piratería.

Mientras que con el dispositivo de bloqueo por SIM el problema se centraba en las restricciones a la interoperabilidad del teléfono móvil, el problema potencial con los descodificadores en TV de pago parecería más bien vinculado a la utilización de derechos de propiedad intelectual para impedir el acceso a una instalación que podría ser necesaria para la prestación de un servicio.

Existía otra diferencia más importante entre ambas situaciones. La Comisión buscaba con su decisión en relación con SIMLock favorecer que los usuarios pudieran abonarse en otros estados miembros donde las tarifas pudieran ser más baratas. Este objetivo no podía darse en el caso de la TV de pago donde el mercado se encontraba naturalmente compartimentado a escala nacional por razones culturales y lingüísticas.

Finalmente, la Comisión se encargó de subrayar que si bien la Directiva 95/47/CE no imponía una determinada tecnología para establecer una interfaz abierta o común, sí prohibía la utilización de una tecnología específica con fines contrarios a la competencia, previendo la instauración de condiciones justas, razonables y no discriminatorias para las relaciones comerciales entre los operadores de sistemas de acceso condicional y los proveedores de servicios de TV.

Dejando atrás estas consideraciones de la Comisión Europea sobre los posibles paralelismos de los sistemas de acceso condicional con los sistemas SIMLock de bloqueo de teléfonos móviles, algo parecido a lo que, vimos al comienzo de este epígrafe, afirmaba el TDC español respecto de los descodificadores, la práctica inexistencia de barreras de entrada de tipo tecnológico, acontecía, por otra parte, en el caso del *software* de acceso condicional y para la prestación de servicios interactivos del que serían proveedores diversas empresas que cumplirían con unos adecuados niveles de calidad. En el seno del proyecto DVB, mencionado en otras partes de este trabajo, se desarrollaron dos métodos técnicos opcionales – *Simulcrypt* y *Multicrypt* –, ambos homologados por los organismos europeos de normalización, que garantizaban a los consumidores la interoperabilidad entre sistemas de acceso condicional y equipos en el caso de que hubiera en el mercado más de un sistema de acceso condicional. Lo mismo, por último, en cuanto al suministro de capacidad satelital dada la existencia de al menos dos satélites competidores (*Astra* e *Hispasat*).

En lo demás, es dable que nos remitamos a todo lo dicho respecto de esta clase de barreras – tecnológicas – al tratar de la TDT dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores toda vez que, para la prestación de servicios relacionados con esta última, uno de los requisitos técnicos es, precisamente, el empleo de dispositivos (APIs y EPGs) estandarizados y adaptados a los criterios de los organismos europeos de normalización.

k) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la televisión de pago desde la óptica del derecho de la competencia

i) Sobre la relación del mercado de la televisión de pago con otros mercados

El mercado de la TV de pago, al igual que el de la TV en abierto, es un mercado inscrito dentro del segmento de la difusión televisiva o de la comunicación audiovisual lineal.

Los mercados con los que mantendría una relación más directa son: **(a)** los mercados inscritos dentro del segmento de los contenidos (obras audiovisuales para TV, canales temáticos y contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos); **(b)** el de los servicios de TV digital interactiva (inscrito de modo simultáneo en el segmento de las comunicaciones electrónicas y en el de los servicios de la Sociedad de la Información); **(c)** los mercados incluidos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago; comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores; guías electrónicas de programación; o interfaces del programa de aplicación) y **(d)** algunos de los mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas (capacidad satelital y acceso mayorista a Internet de banda ancha). Desarrollando estas ideas tendríamos:

- a. **Relaciones con los mercados inscritos dentro del segmento ascendente de los contenidos.** En cuanto a sus vínculos con los mercados inscritos dentro del segmento ascendente de los contenidos, hacer las siguientes observaciones. Esos vínculos tenderán a dotarse de una especial intensidad con relación a los mercados de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos que son los que confieren un valor de opción a la TV de pago frente a la TV en abierto. Esa vinculación de especial intensidad se daría también, aunque por razones más técnicas que económicas, en el caso de la edición y comercialización de canales temáticos que, como vimos, exigen un ancho de banda que actualmente ofrecen sobre todo las plataformas de TV de pago (cable y satélite) más que la terrestre vinculada a la TV en abierto. Por último, el mercado de las obras audiovisuales para TV ya vimos que se relacionará tanto con las plataformas de entrega en abierto como con las de pago.
- b. **Relaciones con el mercado de los servicios de TV digital interactiva.** Por lo que hace a la relación del mercado de la TV de pago con el de los servicios de TV digital interactiva (téngase en cuenta la doble naturaleza de estos en cuanto que servicios de comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información), vimos ya al tratar de las relaciones de este mercado con el de la TV en abierto que dentro de esos servicios interactivos cabrían, en primer lugar, los consistentes en el suministro de contenidos audiovisuales (servicios de video a la carta) y, en segundo término, otros servicios más o menos heterogéneos como, p.e., los de banca a domicilio:
 - i. **Servicios de video a la carta.** Los mismos, por la propia dinámica de su prestación (suministro de contenido audiovisual a petición del usuario final), irán por lo general vinculados a ofertas de TV de pago y, como también vimos, son del todo ajenos a la TV en abierto. Ahora bien, el dato de que vayan vinculados a ofertas de TV de pago

no bastaría, por sí solo, para que tales servicios fueran en sí mismos servicios de difusión televisiva. Desde un punto de vista regulatorio, los mismos no venían participando de esa naturaleza de difusión televisiva al no existir las emisiones punto-multipunto que se consideraban características de ésta (se trataba de emisiones punto-punto). Lo anterior generaba una serie de lagunas en la regulación de esta clase de servicios interactivos que han intentado paliarse, en el sentido estudiado en otras partes de la tesis, en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual que, bajo la categoría general de los servicios de comunicación audiovisual, intenta comprender tanto los que llama “lineales” (difusión) como los que denomina “no lineales” (video a la carta). En parecido sentido se distingue en la nueva LGCA, dentro del género de los “servicios de comunicación audiovisual televisiva”, la especie de los “servicios de comunicación audiovisual televisiva a petición”. La conclusión puede ser la de que, aun cuando en algún pronunciamiento de autoridades de la competencia (Vg., el de la AGCM en el caso *Stream*) los servicios de video a la carta pueden llegar a ser comprendidos dentro del mercado de la TV de pago, lo cierto es que, desde la perspectiva de las normas actualmente vigentes, presentan aún una naturaleza y regulación diferenciada con respecto a los servicios de difusión televisiva o de comunicación audiovisual lineal, aún cuando compartan con ellos la categoría de “servicios de comunicación audiovisual” (Directiva) o de “servicios de comunicación audiovisual televisiva” (LGCA).

En nuestro país, el Tribunal Supremo (STS 18.1.06, Recurso de Casación núm. 1319/2003, RJ 2006\5, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona) se encargó de dejar claro que los servicios de video a la carta no son servicios de difusión televisiva: *“En efecto, el video bajo demanda, como servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, que puede seleccionar tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción (por emplear los términos que sobre esta figura contiene a posteriori la Ley 34/2002, de 11 de julio [RCL 2002\1744, 1987], que ya sin duda los considera servicios de libre prestación), se inscribía entre las modalidades de transmisión electrónica de contenidos liberalizadas por la Ley 11/1998 (RCL 1998\1056, 1694), y no entre las modalidades de radiodifusión televisiva aún sujetas a concesión. Como bien afirma la Sala de instancia, cuyos razonamientos sobre este punto compartimos, la finalidad liberalizadora de la Ley 11/1998 obliga a entender que las características de este servicio, marcado por la interactividad y no por la mera recepción pasiva de la señal televisiva sin posibilidades de elección de momentos y contenidos, se encuadra entre los servicios de telecomunicaciones regulados por la tan citada Ley 11/1998”*.

O, en idéntico sentido (STS 25.10.06, RJ 2006\8825, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona): *“por lo que la inclusión de un servicio entre los de difusión, a falta de una norma específica, habrá de hacerse con arreglo al concepto técnico correspondiente, que la Administración identifica con la transmisión punto a punto, que supone la posibilidad de establecer comunicación entre dos puntos que es propia de los servicios de telecomunicación, en los que el usuario no sólo puede ver el programa en los pases establecidos sino comunicarse con el operador y obtener la emisión para él, caso del video bajo demanda, y la transmisión punto multipunto, que supone la emisión para una pluralidad de usuarios, propio de un servicio de difusión, pero sin que estos puedan comunicarse*

con el operador y obtener una respuesta personalizada o individualizada, como es el caso del vídeo a la carta que se invoca como análogo por la parte”.

Del mismo modo que no son servicios de difusión televisiva los de vídeo a la carta resulta que sí lo son los de vídeo cuasi a la carta. De esta cuestión se ocupó la STJCE de 2 de junio de 2005 que vino a resolver la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-89/2004 (*Mediakabel*).

Desde finales de 1999, *Mediakabel* ofrecía a sus abonados, por una parte, el servicio “*Mr. Zap*”, prestado a través de varias redes de radiodifusión gestionadas por terceros. Este servicio, autorizado por el *Commissariaat voor de Media* conforme a la Ley de medios de comunicación, permitía recibir, mediante un abono mensual, y a través de un decodificador y una tarjeta electrónica, otros programas televisados aparte de los emitidos por el proveedor de la red. Por otra, *Mediakabel* ofrecía a los abonados a su servicio “*Mr. Zap*” el acceso previo pago (“*pay per view*”) a programas adicionales incluidos en un servicio denominado “*Filmtime*”. Si un abonado a “*Mr. Zap*” deseaba solicitar una película del catálogo “*Filmtime*”, la pedía de modo independiente, con el mando a distancia o por teléfono y, tras identificarse mediante un código personal y pagar mediante cobro automático, recibía una clave personal que le permitía ver una o más de las 60 películas que se ofrecían mensualmente en los horarios indicados en la pantalla del televisor o en la guía de programas.

El *Commissariaat voor de Media* (Comisariado de los medios de comunicación) había considerado que el servicio “*Filmtime*” de *Mediakabel* era un servicio de radiodifusión televisiva sujeto al procedimiento de autorización que se aplicaba a estos servicios en los Países Bajos y este planteamiento fue confirmado por el TJCE (guardan especial interés los considerandos 31 a 33 y 37 a 39):

“31. Por último, de la exclusión de los «servicios de comunicaciones prestados a petición individual» del concepto de «radiodifusión televisiva» debe deducirse, a sensu contrario, que en este concepto se incluyen servicios que no se prestan a petición individual. Esta interpretación resulta corroborada por el criterio conforme al cual los programas televisados deben estar «destinados al público» para ser incluidos en dicho concepto.

32. Así, no puede considerarse que se presta a petición individual un servicio de televisión de pago, aunque sea accesible a un número limitado de abonados, si únicamente se ofrecen programas elegidos por el emisor y emitidos en horarios también determinados por éste. Por consiguiente, dicho servicio está incluido en el concepto de «radiodifusión televisiva». El hecho de que en un servicio de este tipo se tenga acceso a las imágenes a través de un código personal no influye a este respecto, puesto que el público, formado por los abonados, recibe las emisiones al mismo tiempo.

33. Por tanto, procede responder a la primera cuestión, letra b), que se considera que un servicio está comprendido en el concepto de «radiodifusión televisiva» en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 89/552 (LCEur 1989\1386) si consiste en la emisión primaria de programas televisados destinados al público, es decir, a un número indeterminado de telespectadores potenciales, hacia quienes se transmiten simultáneamente las mismas imágenes [...]

37. No puede acogerse el argumento de Mediakabel, según el cual un servicio de este tipo es un servicio de la sociedad de la información «prestado a petición individual» por el hecho de que sólo pueda accederse a él a petición individual, por medio de una clave específica atribuida personalmente a cada abonado.

38. En efecto, si bien este servicio satisface los dos primeros criterios del concepto de «servicio de la sociedad de la información», en el sentido del artículo 1, punto 2 de la Directiva 98/34 (LCEur 1998\2316), es decir, que se presta a distancia y se transmite en parte por vía electrónica, no ocurre lo mismo con el tercer criterio de dicho concepto, según el cual el servicio de que se trata debe prestarse «a petición individual de un destinatario de servicios». En el marco de un servicio como «Filmtime», es el prestador del servicio quien elabora la lista de las películas disponibles. Esta selección de películas se ofrece a todos los abonados en las mismas condiciones, bien en los periódicos, bien mediante información difundida en la pantalla del televisor, y estas películas pueden verse en los horarios de emisión establecidos por el prestador. La clave personal que permite acceder a las películas es simplemente un medio de descodificación de imágenes cuyas señales se dirigen simultáneamente a todos los abonados.

39. Por consiguiente, un servicio de este tipo no es solicitado individualmente por un destinatario aislado que podría elegir libremente sus programas en un entorno interactivo. Debe considerarse que se trata de un servicio de cuasivideo a la carta, prestado mediante un sistema «punto a multipunto» y no «a petición individual de un destinatario de servicios».

ii. **Servicios interactivos heterogéneos.** Respecto a estos servicios, hemos visto al referirnos al caso *BiB*, que se trata de servicios cuya infraestructura física y lógica ha venido coincidiendo con la de las plataformas de TV de pago aun cuando, a diferencia de los de video a la carta, su prestación pueda llegar a tener lugar también sobre plataformas de TV en abierto (TDT). Por lo demás, reiterar que la tendencia es a que vayan desdibujándose los perfiles entre servicios de difusión y servicios de la Sociedad de la Información en el marco del proceso de convergencia tecnológica que llevará a la plena implantación de la Sociedad de la Información.

c. **Relaciones con mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.** El mercado de la TV de pago presentaría también estrechos vínculos con los inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas. En efecto, dentro de una determinada oferta de TV de pago se superponen a los servicios de difusión televisiva propiamente dichos otros que hemos denominado “servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago”. Lo más usual será que tales servicios los preste el mismo operador de TV de pago (así en la oferta de TV de pago por satélite en nuestro país), pero lo anterior no resulta indispensable. La importancia estratégica de los mismos resulta indudable a la hora de “enganchar” a los abonados como se aprecia en los diversos pronunciamientos de las autoridades de la competencia: p.e., en el asunto *Cablevisión* la idea era hacer de los mismos una herramienta orientada a dificultar cualquier relación directa de los cableoperadores con los usuarios finales. Dentro de esa denominación genérica, tendría también cabida el suministro de ciertos dispositivos físicos y lógicos como descodificadores, antenas parabólicas, APIs o EPGs, de los cuales, algunos se harían también necesarios para la prestación de servicios de TV en abierto.

- d. **Relaciones con los mercados relacionados con la transmisión de señal de TV (segmento de las comunicaciones electrónicas).** Y, para terminar, en cuanto a las relaciones del mercado de la TV de pago con otros inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, observar lo siguiente. Para la determinación de cuáles de estos mercados presentan una especial vinculación con el que nos ocupa, habrá que atender a cuál sea la plataforma o infraestructura de entrega o suministro de los mismos.

En este sentido, vimos que la transmisión o transporte de la señal sobre ondas hertzianas se relacionaba sobre todo en nuestro país con la TV en abierto (no llegó a cuajar la experiencia de *Quiero TV* basada en el suministro de servicios de TV de pago sobre plataforma terrestre), sin embargo, la opción normativamente prevista de la TDT de pago se ha hecho ya realidad comercial con el canal *Gol Televisión* como su ejemplo más significativo. En este caso los servicios de comunicaciones electrónicas son sobre todo los portadores de difusión suministrados, principalmente, por *Abertis*. Aun así y aún ahora, la plataforma terrestre se mantiene vinculada, principalmente, a la TV en abierto.

En cambio, la transmisión o transporte de esa misma señal de televisión sobre redes de cable (ADSL incluido) y sobre satélite se relaciona más con el mercado que ahora nos ocupa de la TV de pago. En el caso de la TV de pago por satélite, el mercado de comunicaciones electrónicas al que estar será el que las autoridades de la competencia llaman mercado de la capacidad satelital.

En el caso de la TV de pago por cable y ciñéndonos al mercado español, convendrá que distingamos entre los servicios prestados sobre la plataforma de los cableoperadores (*OJO* de *ONO*) de los suministrados a través de la RTPC (*Imagenio* de *Telefónica*). En cuanto a los primeros, puede observarse que no hay en España un mercado propiamente dicho de la transmisión o transporte de la señal de TV a través de red de cable. La razón de lo anterior reside en el hecho de que los servicios de TV por cable los presta el cableoperador quien, al ser titular también de la infraestructura de red, se autopresta los servicios de transmisión de señal.

En cambio, en lo que se refiere a los servicios de TV de pago sobre ADSL resulta más factible la aparición de ese mercado que podríamos denominar de la “transmisión de señal de TV sobre RTPC”. En efecto, vimos al analizar la resolución de la SETSI relativa al servicio “*Imagenio*”, que este último servicio se basaba en tres componentes esenciales, a saber: **(a)** servicios audiovisuales interactivos (video a la carta); **(b)** servicios de difusión; y **(c)** acceso a Internet de banda ancha (servicios de datos). De esos tres componentes, el tercero era el que se inscribía dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas y, supuesta la condición de *Telefónica* en cuanto que operador con PSM, la misma quedaba obligada a facilitar el acceso a IT a través de su bucle local a terceros operadores interesados en prestar servicios audiovisuales similares a los de *Imagenio*. Así pues, aquí quedaría inscrito el mercado de la “transmisión de señal de TV sobre RTPC” que sería, en realidad, el mercado mayorista de la prestación de servicios de acceso a Internet de banda ancha.

ii) Sobre la evolución del mercado de la televisión de pago en Europa

Ya hablamos al destilar conclusiones sobre el mercado de la TV en abierto de un retroceso de la noción de servicio público dentro del campo de la difusión televisiva (los problemas de compatibilidad entre el paradigma de la normativa tradicional sobre radiodifusión, caracterizada por una visión muy general del interés público, y el denominado “modelo telecom”, y su enfoque más concreto del interés público, se estudian, por ejemplo, en Collins, “*Back to the Future: Digital television and convergence in the United Kingdom*”, Telecommunications Policy, Vol 22, Number 4/5 May/June 1998).

Lo anterior no tiene tanta trascendencia dentro del mercado de la TV de pago. Si tomamos el ejemplo de nuestro país, tendríamos que la única concesionaria del servicio público televisivo bajo la Ley 10/1988 que emitía en forma encriptada o de pago era *Sogecable* a través de *Canal +* analógico terrestre. Sin embargo, como también vimos, este último canal pasó a convertirse en una cadena en abierto (*Cuatro*), asimilándose su situación a la de las otras tres privadas (*La Sexta*, *Telecinco* y *Antena 3*). A resultas de lo anterior, la práctica totalidad de los servicios de difusión televisiva de pago en nuestro país se prestan actualmente a través de plataformas de cable o satélite de modo que, por lo que vimos al tratar de las barreras normativas asociadas a la exigencia de título habilitante, los referidos servicios de TV de pago en ningún caso participarán de la naturaleza de servicio público, bastando para esa prestación, ya con la nueva LGCA vigente, con una simple comunicación a la Autoridad Audiovisual. Este dato, el de la ausencia de servicio público dentro del mercado de la TV de pago, podría llevar a pensar que el juego de la competencia sería mucho mayor en este mercado que en el de la TV en abierto. Sin embargo, y como se verá, existen otros factores (la importancia de las barreras económicas a la entrada) de los que colegir lo incierto de una afirmación tal. En resumidas cuentas, si bien es cierto que la iniciativa empresarial es mayor en el mercado de la TV de pago que en el de la TV en abierto, toda vez que las barreras normativas asociadas a la exigencia de título habilitante son menores (bajo la LGCA no se exige licencia; sólo comunicación), también, y paradójicamente, lo es que el juego de la competencia en el mercado de la TV de pago puede llegar a estar más restringido incluso que en el de la TV en abierto.

Por otra parte, el dato de que los servicios de difusión televisiva de pago no participen de la naturaleza de servicio público habrá de entenderse sin perjuicio del necesario respeto, en el desarrollo de los mismos, de ciertos límites relacionados con la moral o el orden público (no incitación a la violencia, no discriminación por razón de sexo, respeto a la dignidad humana, etc.).

En cuanto a la evolución en Europa, a lo largo de los últimos años, del mercado de la TV de pago, la primera observación puede ser la de que ha coincidido con la de la TV en abierto, pese a ser muy distinto en una y otra el modelo de negocio. En el bienio 2001-2002, la tendencia al crecimiento de años anteriores [constatable a través de diversos parámetros como serían el número de cadenas (incluidas aquellas cuyas emisiones podían ser recibidas en estados europeos vecinos al de la sede del difusor) o el de aparatos de televisión comercializados, el volumen global de negocios, los niveles de audiencia o de tiempo pasado por los telespectadores ante el televisor, etc.] fue sustituida por otra regresiva que llevó hasta los números rojos a las plataformas de TV de pago (y lo anterior, en parte y aún cuando los informes de la Comisión sólo lo sugirieran, por una mayor dedicación de la población a la

navegación por Internet). Esa regresión se tradujo en la frustración de determinadas expectativas de negocio asociadas a iniciativas audiovisuales innovadoras basadas en la interactividad e, incluso, en la personalización de los servicios de difusión televisiva. Y también llevó a quiebras en los principales mercados europeos de la TV de pago y a fusiones, como en España e Italia, dentro del segmento del satélite y del cable a la búsqueda de sinergias entre proveedores de contenidos y operadores de redes (Vg., entre *Sogecable* y *Telefónica*). Por último, la tendencia regresiva a que nos venimos refiriendo supuso también una ralentización del proceso de digitalización dentro del mercado de la TV de pago.

A partir de 2003, el mercado de la TV de pago comenzó a recuperarse atendiendo a todos esos parámetros que acabamos de citar. El principal motor de desarrollo del mercado europeo de los servicios de TV de pago han seguido siendo las plataformas de satélite seguidas a mucha distancia por las de TV por cable y, a más distancia aún, por las de TV sobre ADSL (IT). También han sido esas plataformas de satélite las que más han contribuido a la digitalización de los servicios de difusión televisiva. Para el futuro, uno de los principales exponentes del grado de desarrollo del mercado de la TV, además del ya mencionado de la personalización de los servicios, vendrá a estar constituido por la implantación de los servicios de TV de alta definición (vinculados, sobre todo, a la TV de pago al ser técnicamente difícil su prestación sobre plataforma terrestre, con menor ancho de banda que la de satélite y cable), implantación a la que tendría que contribuir la liberación de frecuencias asociada al apagón analógico, a la que tal pudieran sumarse otras aplicaciones, aún más novedosas si cabe, como la de los servicios televisivos 3D.

iii) Sobre la identificación del mercado de la TV de pago como mercado de referencia de producto y geográfico

No plantea una problemática especial la definición del mercado de la TV de pago como mercado de producto pertinente en las resoluciones de las autoridades de la competencia nacionales y comunitaria europea (ver, por todas, las resoluciones relativas a los casos *Stream* y *Via Digital*).

Este planteamiento no llegaría a quedar ensombrecido por la existencia una fuerte presión competitiva entre los servicios de TV en abierto y los de TV de pago (sobre la interacción entre servicios de TV en abierto y de pago pueden verse: Decisiones de la Comisión de 10 de septiembre de 1991, asunto IV/M.110 - *ABC/Generale des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV*, considerando 11; y de 20 de septiembre de 1995, asunto M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, considerando 20). Esa presión competitiva, por otra parte, cabría apreciarla no sólo en el mercado descendente de la captación de telespectadores, sino también, aguas arriba, en los ascendentes de compra relacionados con la adquisición de contenidos, sobre todo los deportivos, por cuya compra puján tanto las cadenas en abierto como las de pago.

Tal afirmación cabe sustentarla en el diferente modelo de negocio seguido en una y otra forma de hacer TV, una basada en los pagos de cuotas de los abonados - que habría que diferenciar del pago de cánones impuesto a los televidentes en razón de la tenencia de un aparato receptor, los cuales no son fijados por el difusor -; la otra, principalmente, en los ingresos por publicidad.

En menor medida cabría basar lo anterior en el argumento del TDC (asunto *Via Digital*) centrado en la existencia de unos servicios técnicos, administrativos y comerciales específicos de la TV de pago pues, como hemos visto, algunos de ellos, sobre todo los

técnicos, pueden llegar a ser también necesarios para la TV en abierto tras la implantación de la TDT. En este sentido, en algunas Decisiones (v. Asunto COMP/JV.37 - *BskyB/Kirch Pay TV*, IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Première*, COMP/M.2211 - *Universal Studio/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd*, COMP/M.2845 - *Sogecable/Canal Satélite Digital/Vía Digital*³⁶), se indicó que otra característica de la televisión de pago es la necesidad de que los espectadores tengan un módulo descodificador. En este contexto hay que señalar que actualmente el uso de descodificadores determinados es también necesario para la televisión gratuita terrestre y por satélite digital.

Otra diferencia esencial radicaría en la estructura de la oferta, con unos perfiles muy diferenciados en el caso de la TV de pago, al basarse en unos canales generales sustentados en contenidos *Premium* (deportivos y cinematográficos), en unos canales temáticos y en unos servicios de pago por visión (también la digitalización tenderá a diluir los efectos de este factor de diferenciación).

Todo lo anterior se traduciría en la ausencia de sustituibilidad entre los servicios de TV de pago y de TV en abierto tanto desde la perspectiva de la demanda, como desde la de la oferta, lo que ya se trató al hilo del mercado de la audiencia o de los telespectadores.

La sustituibilidad de la demanda, entendida como la facilidad de los clientes a la hora de adquirir productos sustitutivos, es el condicionante más directo del comportamiento de los suministradores de productos, sobre todo en materia de fijación de precios. Esta prueba de la intercambiabilidad o posibilidad de sustitución suficiente fue establecida por vez primera por el Tribunal de Justicia en el asunto 6/72: *Europemballage and Continental Can* contra Comisión (Recopilación 1973, p. 215), apartado 32 y en el asunto 85/76: *Hoffmann La-Roche* contra Comisión (Recopilación 1979, p. 461), apartado 23.

Dicho criterio ha sido también seguido por la Comisión en multitud de asuntos: Asunto C-333/94 P: *Tetra Pak* contra Comisión (Recopilación 1996, p. I-5951), apartado 13; asunto 31/80: *L'Oréal* (Recopilación 1980, p. 3775), apartado 25; asunto 322/81: *Michelin* contra Comisión (Recopilación 1983, p. 3461), apartado 37; asunto C-62/86: *AkzoChemie* contra Comisión (Recopilación 1991, p. I-3359); asunto T-504/93: *Tiercé Ladbroke* contra Comisión (Recopilación 1997, p. II-923), apartado 81; asunto T-65/96: *Kish Glass* contra Comisión (Recopilación 2000, p. II-1885), apartado 62; asunto C-475/99: *Ambulanz Glöckner y Landkreis Südwestpfalz* (Recopilación 2001, p. I-0000), apartado 33.

También en nuestro país, priman las autoridades de la competencia el criterio de la sustituibilidad de la demanda, basada en la intercambiabilidad entre aquellos productos que los consumidores o usuarios consideran entre sí sustitutivos, frente a los demás, en particular, frente a la sustituibilidad de la oferta. Lo anterior resulta también de la nota del Servicio de Defensa de la Competencia de 2001 sobre los elementos esenciales del análisis de las concentraciones económicas y viene siendo la pauta en diversos pronunciamientos del antiguo TDC:

1. *Nutreco España S.A./Agrovic Alimentación* (Informe C 63/01 de 19 de diciembre de 2001). El TDC se manifestó, claramente, a favor de primar el factor de la

³⁶ Todas estas decisiones pueden verse en el sitio Internet de la Comisión: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

sustituibilidad de la demanda frente a la de la oferta a la hora de hacer definiciones del mercado relevante.

2. *Nestlé/Conelsa and Cofralim* (Informe C 15/94 de 3 de abril de 1995). El TDC resaltó el valor esencial del criterio de la sustituibilidad de la demanda no sólo para la definición del mercado de producto, sino también el geográfico.
3. *Interflora* (decisión 438/98 de 29 de julio de 1999). El TDC se refirió al criterio de la Comisión a la hora de definir el mercado de producto para afirmar que, desde la perspectiva de la competencia, el mercado relevante de producto o servicio debiera tener en cuenta, básicamente, la estructura de las preferencias de los consumidores, lo que era tanto como decir que el mismo debería contener aquellos productos o servicios que los consumidores consideraran entre sí intercambiables sobre la base de su precio, características o uso previsible.
4. *Wilkinson/Gillette* (Decisión 313/1998 de 29 de enero de 1999). La autoridad española de la competencia definió el mercado de las navajas y cuchillas de afeitar, que consideró sustitutivas del lado de la demanda, excluyendo del mercado de referencia los productos de afeitado en seco y otros productos de depilación (este había sido también el criterio de la Comisión en sus decisiones en los asuntos nº IV/33.440, *Warner- Lambert/Gillette and Others* y nº IV/33.486, *BIC/Gillette and Others*).
5. *Roca Radiadores* (Resolución Expte. 356/94 Roca Radiadores). El TDC fue prolijo a la hora de relatar los criterios en los que se basaban las preferencias de los consumidores con vistas a la definición del mercado de los accesorios de baño: tipo de producto, categoría de producto (baja/media/alta), destino (nuevas construcciones o sustitución de elementos ya existentes), color (parámetro relevante cuando se trataba de productos no fabricados por la misma compañía) o el material.

Retomando estas consideraciones para aplicarlas al mercado que nos ocupa de la TV de pago, pese a que la gratuidad de los servicios de TV en abierto restringe, en alguna medida, la utilidad de la prueba del monopolio hipotético, tendríamos:

- Ante un incremento del 5 % de las cuotas satisfechas por el abonado a TV de pago será poco probable que el mismo se dé de baja en el servicio para conformarse con la oferta generalista de la TV en abierto (sustituibilidad de la demanda). En el asunto *Newscorp/Telepiù*, se plantearon preguntas por la Comisión a las asociaciones italianas de consumidores (*Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Cononsumatori, Federconsumatori*). Los interrogados declararon que, aunque podría existir una competencia en Italia entre televisiones gratuitas y de pago, debido a la existencia de una vasta red de televisiones gratuitas que ofrecían muchos programas, era poco probable que un aumento del 5-10 % en la cuota de una plataforma de televisión de pago llevara a los consumidores a cancelar una suscripción existente o a no suscribirse. A este respecto, el “índice de contestación” era la medida del abandono de los clientes de las televisiones de pago. Las respuestas indicaban que era probable que un aumento del 15-20 % pudiera inducir a los abonados a TV de pago a dejar de serlo.
- Ante ese mismo incremento no cabrá que las cadenas en abierto pasen, en el corto plazo, a emitir en modalidad de pago. El corto plazo es en principio un período que no implica un ajuste significativo de inmovilizados tangibles e inmateriales existentes

[Véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado pertinente a efectos de la legislación comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5), punto 20]. Lo anterior sería así, fundamentalmente, por la dificultad de hacerse con los derechos sobre contenidos *Premium* (es sintomático el caso de *La Sexta* con el fútbol) más que por la necesidad de generalizar unos recursos asociados (Vg. descodificadores) propios, pues los ya comercializados, teóricamente y con sujeción a la normativa europea, tendrían que ser interoperables (sustituibilidad de la oferta). Estas afirmaciones vendrían avaladas mediante la aplicación de determinados elementos de prueba de los habitualmente empleados por la Comisión, como serían el diferente nivel de precios (gratis la TV en abierto y onerosa la de pago), sustituciones y desvíos de pedidos en un pasado más o menos reciente o pruebas de elasticidad propia o cruzada de la demanda.

Sin embargo, no cabría desconocer alguna advertencia de las autoridades de la competencia (TDC en *AVS III*) a tenor de la cual la diferenciación entre televisión de pago y televisión en abierto podrá llegar a diluirse con el tiempo y con el surgimiento de ofertas digitales que combinen acceso gratuito a la programación televisiva y acceso a canales de televisión de pago, y ello porque, a partir de ese momento, los televidentes, dejarían de percibir ambos productos como diferentes. Respecto a la percepción o preferencias de los consumidores, este criterio fue atendido por la Comisión en el mismo asunto *Nestlé/Perrier* (Decisión de fecha de 22 de julio de 1992, Asunto IV/M.190, DOCE de 5.12.92) en el que los estudios de mercado mostraban que los consumidores compraban el agua mineral embotellada por su pureza, su contenido en sales minerales y su efecto benéfico para la salud.

Por otra parte y pese a que algún pronunciamiento de la Comisión (*Vid Infra* caso *Telia/Telenor*) podría dar pie para pensar lo contrario, lo cierto es que la plataforma de entrega – cable, ADSL o satélite – no determina un cambio del mercado de producto pertinente, lo que no deja de ser una manifestación más del principio de neutralidad tecnológica.

A este respecto, puede matizarse con la Comisión que la “prueba del monopolio hipotético” podría llegar a tener una utilidad limitada, cuando el cambio de producto llevara aparejado para el usuario un coste adicional (Vg., el cambio de descodificador que hubiera de seguir al cambio de operador de TV o la reorientación de la parabólica en el caso de variación del operador de TV por satélite directa al hogar o *direct to home*; DTH) o incluso engorros burocráticos, como los de la formalización de nuevos contratos con el nuevo proveedor, y no tanto, como la interrupción del servicio derivada de causar en baja en el antiguo y alta en el nuevo. Estos costes de transferencia estarían muy presentes, indudablemente, en el caso del cambio a otra plataforma de entrega de servicios de TV de pago distinta de la contratada; sin embargo, para las autoridades de la competencia, lo anterior no llega a ser determinante de un cambio del mercado de producto.

El problema de la reorientación de las parabólicas de puso de especial manifiesto tras la fusión digital en España. Los costes de reorientación de las parabólicas se cifraban en unos 100 € por abonado que debía afrontar el nuevo operador integrado en virtud de los contratos suscritos. El optar por *Hispasat* o por *Astra* habría llevado a la reorientación de cientos de miles de parabólicas orientadas hacia el operador alternativo. Además, esa reorientación exigía toda la fuerza de todos los instaladores existentes en España a pleno rendimiento (unos dos mil operarios) durante tres meses (fuente: Diario Expansión de 5 de mayo de 2003).

A pesar de que *Astra* llegaba a 1,5 millones de la antigua *Canal Satelite Digital* mientras que el suministrador de *Via Digital*, *Hispasat*, sólo a unos 700.000 clientes, de que los contratos con *Astra* tenían un mayor plazo de duración y de que el precio medio de alquiler de los transpondedores de *Astra* era inferior al de los de *Hispasat*, la nueva *Sogecable* no se decantó por desligarse sin más de *Hispasat* (fuente: Diario Expansión de 29 de agosto de 2003)

El dilema se solventó mediante la creación por *Astra* e *Hispasat* de una sociedad conjunta exclusivamente para dar servicio a la nueva plataforma digital; manteniéndose como independientes en el resto de sus actividades. *Sogecable*, hasta ese momento, venía haciendo frente a casi 60 millones de euros por tener duplicado el servicio de satélites. Tras este acuerdo que nació fruto de la presión de *Sogecable* para reducir costes y del Gobierno para salvar *Hispasat*, mucho más vulnerable que *Astra* y en la que el 25 % de sus ingresos dependía del negocio de la TV de pago, ese coste llegaría a reducirse de forma considerable, aunque sin llegar al 50 % (La Gaceta de los Negocios de 19 de noviembre de 2003).

Tampoco determinaba un cambio de mercado la tecnología de difusión, analógica o digital, empleada. Del propio modo, cabría observar cómo, dentro del mercado de la TV de pago, tendrían cabida todas las ventanas: TV de pago, pago por visión, video a la carta y video cuasi a la carta. Más discutible resultaría la inclusión dentro de este mercado de la TV de pago de los servicios interactivos heterogéneos no audiovisuales, a pesar de que la falta de entidad de los mismos con respecto a la propia oferta de TV de pago llevó en *AVS III* al TDC a sostener que dichos servicios quedarían absorbidos por el mercado principal de la TV de pago (ver más abajo el estudio dedicado al mercado de los servicios de TV digital interactiva).

La autoridad de la competencia (casos *Gol TV* o *AVS III*) sí ha considerado, en cambio, que la comunicación audiovisual a través de terminales móviles o de internet daría lugar a mercados diferentes al de la TV de pago, no sin advertir que el progreso tecnológico podría llevar a la integración de un único mercado con todos ellos.

También resulta pacífica en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia la dimensión geográfica nacional del mercado de la TV de pago [Asunto COMP/JV.37 - *BskyB/Kirch Pay TV*, IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Première*, Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 (DO L 53 de 27.2.1999, p. 1). COMP/M.2845 - *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*, Decisión de la Comisión de 14 de agosto de 2002 publicada en el sitio Internet de la Comisión: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>]. Esta afirmación no quedaría desvirtuada, dentro del mercado español de la TV de pago, por el diferente grado de cobertura alcanzado por cada concreta plataforma de TV de pago (mayor en el caso del satélite, menor en el del ADSL y menor aún en el del cable).

Antes de la integración de los principales cableoperadores en *ONO*, para llegar a esa conclusión, podía ser necesario acudir a criterios de sustitución en cadena, como los expuestos en otras partes de la tesis. Tras esa integración, lo anterior no resulta ni tan siquiera necesario, una vez constatado que todos los servicios de TV de pago por cable, ADSL o satélite se prestan a escala nacional. Ante un IRSNTP de los servicios de TV de pago de *ONO*, *Telefónica* o *Sogecable*, el abonado español no pasaría a contratar los servicios, p.e., del operador francés de TV de pago sobre cable, RTPC o satélite, respectivamente (sustituibilidad de la demanda). Ante ese mismo incremento, no cabría que estos últimos operadores pasaran, rápidamente y sin grandes inversiones o impedimentos, a prestar sus

servicios en España (sustituibilidad de la oferta) por las más diversas razones (p.e.: barreras culturales y lingüísticas, normativas asociadas a la disponibilidad de títulos habilitantes o económicas vinculadas a la titularidad de contenidos *Premium*).

Lo anterior quedaría también avalado mediante la simple aplicación de elementos de prueba de los previstos en las Directrices de la Comisión sobre definición del mercado de producto y geográfico: las características básicas o idiosincrasia de la demanda, la localización geográfica de las compras o abonos en territorio español, los diferentes precios de comercialización de los servicios de TV de pago en territorio español y francés, la falta de desvío en el pasado de contrataciones hacia prestadores asentados en territorios vecinos al español, etc. Valdrá en lo demás con remitirnos a lo dicho en cuanto a la dimensión geográfica nacional del mercado de la TV en abierto.

iv) Sobre el entorno normativo del mercado de la televisión de pago

Dejando al margen lo referente a la necesidad de títulos habilitantes (que se viene estudiando a propósito de las barreras normativas a la entrada), el entorno normativo correspondiente al mercado de la TV de pago es, sustancialmente, el mismo que el de la TV en abierto. Lo anterior permite centrarse en las especialidades referidas a este último mercado y prescindir de todo lo demás.

Dentro de la normativa europea, sin duda, lo más destacable han sido las sucesivas modificaciones de la Directiva de Televisión sin Fronteras que han terminado por desembocar en su derogación y sustitución por la nueva Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual. Esta nueva regulación contribuirá a eliminar las asimetrías regulatorias dentro del mercado de la TV de pago a las que se ha hecho referencia en otros pasajes de la tesis. Sin salir del mercado de la TV de pago, bajo la normativa derogada, los servicios de vídeo bajo demanda eran servicios de la Sociedad de la Información sujetos a un marco regulador diferente al del resto de servicios de TV de pago, incluidos los de vídeo *cuasi on demand*, que eran servicios de difusión televisiva sometidos a la propia Directiva de TV sin fronteras. Con la nueva regulación no puede llegar a haber servicios de TV de pago que no sean al mismo tiempo “servicios de comunicación audiovisual”.

Lo anterior no obstante, y como se expuso, los servicios de comunicación audiovisual no lineal quedan sujetos a una regulación mucho más liviana en la nueva Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Servicios de Comunicación audiovisual que el resto. Además, no todos los servicios de vídeo a la carta quedan sujetos a las previsiones de la Directiva, fundamentalmente sobre definición del país de origen y libre prestación de servicios dentro del mercado europeo, sino sólo los que revistan el carácter de servicio de interés económico general al tratarse de medios de masas por estar destinados a una parte significativa del público en general. Los efectos prácticos de lo anterior son los de que queden excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva el suministro de contenidos audiovisuales a través de sitios *web* de titularidad privada o el de contenidos audiovisuales generados por usuarios privados con el fin de compartirlos e intercambiarlos entre grupos de interés (*peer to peer* o P2P).

También otra cuestión importante puede ser que, cuando dentro de la oferta de un prestador de servicios de comunicación audiovisual no puedan diferenciarse fácilmente los servicios lineales y los no lineales, estos últimos se asimilarán en régimen legal a los primeros.

Sin salir de la normativa europea, debe cuando menos dejarse también advertida la existencia dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas que conforman la Directiva Marco y las Directivas específicas de normas referidas a mercados adyacentes al de la TV de pago, como son los de las comunicaciones electrónicas o el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, con una indudable incidencia dentro del propio mercado de la TV de pago. Su estudio en detalle se reserva para el de esos otros mercados.

Dentro de la nacional, lo más digno de mención ha sido el nuevo planteamiento de la LGCA de 2010 que ha supuesto ahondar en el proceso de liberalización del mercado de la TV de pago (sustituyendo la exigencia de autorización por la de una simple notificación a la Administración) y en el de implantación del principio de neutralidad tecnológica, de modo que la regulación de los servicios de difusión televisiva de pago sea la misma con independencia de cuál sea la plataforma tecnológica en la que se basen (cable, satélite o RTPC). Los servicios de TV de pago dejan de ser servicios públicos esenciales para pasar a ser servicios interés general que se prestan en régimen de competencia, con ciertas limitaciones derivadas de la escasez de frecuencias y de la existencia de determinadas obligaciones impuestas a los operadores de TV (Vg. para la protección de la infancia). La LGCA no sólo ha supuesto la implementación al ordenamiento jurídico español de la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual, en la versión introducida por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, precedente inmediato de la Directiva 2010/13/UE de Servicios de comunicación audiovisual hoy vigente, sino que además aspira a erigirse en auténtico Código Audiovisual sistematizando y derogando el contenido de toda una serie de normas dispersas sobre audiovisual o difusión, p.e., la Ley 10/1988, de TV privada, o la Ley 25/1994, de transposición al ordenamiento español de la ya derogada Directiva 89/552 de TV sin fronteras.

v) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de la televisión de pago

El análisis de la estructura del mercado español de la TV de pago cobraría sentido, sobre todo, ante un caso de concentración de empresas activas en el mismo, al ser el escenario del que partir para luego superponer el que arrojaría la operación de concentración de que se tratase.

Ese análisis de la estructura del mercado de la televisión de pago pasará, fundamentalmente, por fijar la cuota de mercado correspondiente a cada operador. Los criterios para esa fijación serían los consabidos del volumen de ventas o del valor de las mismas.

En cuanto al volumen de ventas, a diferencia de lo ocurrido en el mercado de los servicios de TV en abierto donde la fijación de los niveles de audiencia tiene lugar indirectamente mediante la aplicación de los datos estadísticos que ofrecen los servicios de audimetría, en el caso del mercado de la TV de pago la existencia de una infraestructura física y lógica que vincula al abonado con el prestador de esos servicios permite la fijación del número de abonados de una forma más precisa (de hecho, el criterio del número de abonados es el seguido principalmente por las autoridades de la competencia para fijar cuotas dentro del mercado de la TV de pago; *Vid Supra* casos *Vía Digital* y *Stream*).

Y en cuanto al criterio del valor de las ventas, la misma existencia de esa infraestructura es lo que permite la exacta fijación de cuotas dentro del mercado de la TV de pago conforme a este criterio. Si nos vamos al mercado español, el dato de que la marca tenga una importante influencia, podría aconsejar primar el criterio del valor de ventas: Vg., suponiendo que el servicio *OJO* del cableoperador *ONO* contara, sobre todo por el tirón del *triple play*, con el mismo número de abonados a TV de pago que *Digital +* de *Sogecable*, ello podría no ser significativo si la propia *Sogecable* cobrara unas cuotas de abono por servicios televisivos muy por encima de las de *ONO* atendiendo a la inserción en su parrilla de programación de contenidos más atractivos que los ofrecidos por *ONO* (en este caso una imagen más fiel de la posición de cada operador dentro del mercado relevante la ofrecería el criterio del valor de las ventas).

Si analizamos el mercado español de la TV de pago, tendríamos lo siguiente (Fuente CMT). Al cierre de diciembre de 2006 y atendiendo al criterio del volumen de ventas, *Sogecable* con 2.044.000 abonados disfrutaba de una cuota del 57,1 % del mercado de la TV de pago, *ONO* disfrutaba de una cuota del 25,8 % (924.156 abonados) y *Telefónica* de otra del 10,6 % (381.000 abonados). En esa misma fecha, basándonos en el criterio – más fiable, por lo dicho – del valor de las ventas, *Sogecable* disfrutaba de una cuota del 79,8 % (399,9 millones de euros en el cuarto trimestre de 2006), *ONO* de la del 12,9 % (64 millones de euros en el mismo periodo) y *Telefónica* de la del 4,6 % (22,8 millones de euros en idéntico periodo). De estos últimos datos cabría inferir que la principal plataforma de entrega de TV de pago en nuestro país, atendiendo tanto al volumen como al valor de las ventas, seguiría siendo la satelital.

El dato de las cuotas de mercado es también el que permite fijar el grado de concentración del mismo con vistas a precisar su situación dentro de la escala que va del monopolio puro a la competencia perfecta. Los datos de cuotas de mercados fijadas por volumen de ventas arrojan un índice de concentración del mercado (IHH) de 4.038, lo que permitiría calificar el mercado español de la TV de pago como muy concentrado con sujeción a los parámetros manejados en los diversos instrumentos – Directrices – de la Comisión en los que se considera que el grado de concentración es elevado a partir de un IHH de 1.800. Aún cabría reforzar la anterior afirmación si atendiéramos a las cuotas de mercados por valor de ventas (criterio más fiable), caso en el cual el IHH pasaría a ser de 6.555. Así, pues cabría concluir que el grado de concentración del mercado español de la TV de pago sería muy superior al de la TV en abierto, este último, como vimos, con un IHH rondando la cifra de 1.600.

Si en el caso de la TV en abierto podía hablarse de un mercado con tendencia “natural” al “oligopolio” a consecuencia de la existencia de muy fuertes barreras normativas a la entrada por la exigencia de concesión por razones de servicio público o de dominio público espectral - barreras que, bien es cierto, tienden a atenuarse con la sustitución en la LGCA de la exigencia de concesión por la de simple licencia y por la racionalización del espectro a consecuencia de la digitalización -, en el caso del mercado español de la TV de pago podría hablarse de un mercado con tendencia “artificial” al “monopolio” por la existencia de fortísimas barreras de entrada económicas derivadas de un modo determinado de organizarse el negocio consistente en la adquisición de costosísimos contenidos audiovisuales (*Premium*) sobre la base de contratos de larga duración y rígida exclusividad; más que por la existencia de barreras normativas de entrada, que no existirían, al bastar una simple notificación a la autoridad audiovisual.

Ilustrando lo anterior, el Director de *Canal Plus Francia* (Xavier Couture) fue destituido a comienzos de 2003 por el Presidente de *Vivendi* (Jean Rene Fortour) después de que el Consejo Audiovisual frenase la cesión de derechos televisivos de la Liga Gala (2004 a 2007) a la cadena y no se descartaba un plan de reducción de la plantilla ante la pérdida constante de abonados.

Canal Plus Francia había apostado fuerte por los derechos de fútbol desembolsando 480 millones de euros para quedarse con los derechos del campeonato francés mientras que en el resto de países europeos los contratos se negociaban a la baja. La denuncia del segundo concurrente motivó que fuera paralizada la citada cesión de derechos. En prensa se calificaba a *Canal Plus* como un “castillo de naipes” erigido sobre la base de varios monopolios. El del cine se había esfumado cuando Bruselas obligó a que la mitad de las películas de *Universal Pictures* fueran vendidas a los competidores para no lesionar la libre competencia, siendo la principal beneficiaria *TPS*, plataforma digital participada por la cadena generalista *TF 1* y por *M 6* y rival de *Canal Satélite* y *Canal Plus*. Extinguido también el monopolio del fútbol, segundo pilar de la oferta de la cadena, el castillo de naipes se tambaleaba y algunos analistas lanzaban ya la hipótesis de la venta de la cadena (Fuente: prensa económica, diarios *Expansión* y la *Gaceta de los Negocios*, 2 de febrero de 2003).

El principal factor de atemperación de esta situación en el mercado español de la TV de pago tendría que venir de la presión competitiva ejercida por los cableoperadores (*ONO*) – comienza ya a percibirse – una vez los mismos rebasen su *break even point* tras el despliegue de infraestructuras, puedan llegar a beneficiarse de las ventajas del *triple play* y comiencen a invertir en contenidos; y, en menor medida, de *Telefónica*, cuya red de cobre no es tan apta como la de cable para el suministro de contenidos audiovisuales y cuya estrategia comercial sintoniza en muchos aspectos con la de *Sogecable*.

En este sentido, cabe recordar que en la jurisprudencia del TJCE y TPIUE, se considera la existencia de posición dominante a partir de cuotas de mercado superiores al 50 %. En las sentencias de los casos *Azko* (sentencia de 3 de julio de 1991, asunto C -62/86, Rec. TJCE 1991, considerando n.º 60) y *Hilti* (sentencia de 12 de diciembre de 1991, asunto T -30/89, Rec. TJCE 1991, considerando n.º 92) el Tribunal consideró que, en ausencia de circunstancias excepcionales, una cuota del 50 % implicaba por sí sola la existencia de posición dominante. Más claro incluso resultaba lo anterior en el asunto “*Hoffmann-La Roche c. Comisión*”, de 13 de febrero de 1979 —considerando 56—, donde sostuvo el Tribunal que unas cuotas de mercado entre el 75 y el 87 por ciento en un periodo de 3 años eran “*tan grandes que eran en sí mismas prueba de una posición dominante*” y que —considerando 60— cuotas entre el 84 y el 90 por ciento son “*tan grandes que probarán por sí mismas la existencia de la posición dominante*” (*Vid.* STJCE en “*Hoffmann-La Roche c. Comisión*”, de 13 de febrero de 1979, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, pp. 527- 529).

Aunque la cuota de mercado por encima del 50 % era ya de por sí determinante de la existencia de posición dominante, en determinados casos ocurriría que la misma terminaría de ser apuntalada por la existencia de algunos otros factores. Así en el asunto “*NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin c. Comisión*”, de 9 de noviembre de 1983, en el que unas cuotas del 57 al 65 por ciento en un mercado segmentado, concretamente, en el de neumáticos de recambio para vehículos pesados, era suficientemente significativa de la existencia de una posición de dominio en atención a que el resto de competidores sólo disponían de cuotas de entre el 4 y el 8 por ciento (*Vid.* STJCE en “*Michelin c. Comisión*”, de 9 de noviembre de 1983, *Rec.*, 1983, pp. 3461-3509).

A la vista de estas consideraciones, si bien en el mercado español de la TV en abierto, como se vio, no cabía apreciar la existencia de posiciones dominantes individuales, no ocurriría lo mismo en el de la TV de pago donde esa posición dominante individual de *Sogecable* resultaría de una claridad meridiana tanto si se atiende al volumen de ventas (cuota del 57,1 %), como al valor de las mismas (cuota del 79,8 %). Por otra parte, tomando datos de la autoridad de la competencia en el caso *Gol TV*, en 2010 la posición de *Sogecable* se habría visto fuertemente erosionada, sin embargo, por ingresos, seguía situándose en torno al 70 %, por lo que seguía siendo el operador preeminente y, probablemente, dominante.

Por otra parte, el papel discolo lo han venido desarrollando a lo largo de los últimos años los cableoperadores; sin embargo, su integración en una única plataforma (*ONO*) junto al asentamiento de ésta podrían llevar a que la propia *ONO* se acomodara en el mercado y a que se conformara con las ventajas obtenidas con el *triple play* sin dedicar grandes esfuerzos económicos a la adquisición de contenidos *Premium* y buscando sólo dotar de una capilaridad cada vez mayor a su red (para competir con la red de *Telefónica* en telecomunicaciones). A esta presión competitiva habría que sumar la ejercida por *Gol TV* en la ventana de TDT de pago, que, si bien no llegaría a disfrutar de una cuota muy elevada en el mercado de la TV de pago, si contaría con una posición apuntalada por la posición dominante de su matriz *Mediapro* en el mercado ascendente de los derechos sobre contenidos deportivos.

La existencia de esa posición dominante individual de *Sogecable* dentro del mercado español de la TV de pago restaría hasta cierto punto utilidad a cualquier disquisición referente a la existencia de poder de mercado (sobre las diferencias entre éste y la posición dominante ver más arriba) en manos de *ONO* que disfrutaría también de una cuota significativa, por encima del 25 % atendiendo a volumen de ventas.

Para la Comisión una cuota de mercado por encima del umbral del 50 % podría no ser determinante de una posición dominante cuando el resto de competidores pueden mantener la presión competitiva, Vg. por su capacidad de incrementar los suministros. Un análisis adecuado de la estructura de la oferta y de la demanda exige ofrecer una visión más dinámica que estática de ambas; lo anterior se traduce, por ejemplo, en que el Art. 2 ap. 1 b) del Reglamento europeo de concentraciones, relativo a la evaluación de la concentración desde la perspectiva de la competencia, se refiera a “*la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate*”.

Sin duda, en el caso de la fusión digital en España, por ejemplo, una de las variables tomadas en consideración por el TDC para autorizar la operación, sin atender exclusivamente al factor de la elevadísima cuota de mercado de la plataforma resultante de la misma, fue el de la creciente presión competitiva procedente del sector del cable cada vez más cerca de hacer valer su ventaja tecnológica consistente en la prestación del *triple play*. Según el Informe Anual de la CMT (2006), el 77,9 % de abonados a la TV-IP contrataron este servicio conjuntamente con otro, siendo el triple paquete la oferta más empleada al suscribirse a la televisión de pago. Entre los abonados a los operadores de cable esta tendencia era similar y se observó que el 83,2 % de los abonados a televisión de pago contrataron este servicio junto con otro. De ellos, el 51,5 % contaban con un triple paquete. En conclusión, el crecimiento de la televisión de pago estaba siendo impulsado, en gran parte, por las ofertas empaquetadas.

Con ser indudable la ventaja tecnológica del cable, no pensamos que la misma pudiera ser bastante a neutralizar la posición dominante individual de Sogecable dentro del mercado de la TV de pago. En cuanto a la estructura de la demanda, aun más focalizada que la de los servicios de TV en abierto, no dejaría de ser fragmentada y dispersa, al estar conformada por una multitud de abonados distribuidos por todo el territorio nacional sin posibilidades de concertación entre sí.

Por lo demás, el mercado español de la TV de pago es un mercado ya maduro (aunque menos que el de la TV en abierto), en el que los mayores riesgos de colusión pueden cifrarse, precisamente, en esa concertación en horizontal o vertical entre *Sogecable* y *Telefónica*. Esta circunstancia vino a traducirse en la imposición, primero en el informe del TDC relativo a la fusión digital, y luego en el Acuerdo del Consejo de Ministros que vino a cumplimentarlo de una serie de condiciones que buscaban neutralizar los posibles efectos anticompetitivos derivados de esa cooperación entre *Telefónica* y *Sogecable*. De las del acuerdo del Consejo de Ministros interesaban las condiciones 13.ª a la 16.ª (de obligado cumplimiento en tanto el grupo *Telefónica* ostentase una participación directa o indirecta en el capital de *Sogecable* igual o superior al 3 %, con un plazo máximo de cinco años), ambas incluidas, y la 19.ª:

Frente al Acuerdo del Consejo de Ministros en lo que a las anteriores condiciones se refiere fueron interpuestos sendos recursos contencioso-administrativos por *Telecinco* y *Sogecable* con *Telefónica*, respectivamente, recursos desestimados por el Tribunal Supremo (SSTS 7.11.05; recursos 32 y 33 de 2003; RJ 2005\7427 y RJ 2005\7664; ponente Óscar González González). Las condiciones 13ª a 16ª en virtud de las que

“Decimotercera: Sogecable no podrá comercializar conjuntamente la oferta de la plataforma de televisión resultante de la operación notificada con la de acceso a Internet de banda ancha de Telefónica o, en su caso, la del proyecto Imagenio.

Decimocuarta: Sogecable no podrá discriminar la venta de sus contenidos audiovisuales a favor del proyecto Imagenio o cualquier otro proyecto o empresa del grupo Telefónica frente a proveedores de servicios de telefonía o de acceso a Internet que operen en tecnologías diferentes y, en particular, frente a los operadores de cable.

Decimoquinta: Sogecable no podrá discriminar la venta de sus contenidos audiovisuales a favor del proyecto Imagenio o cualquier otro proyecto o empresa del grupo Telefónica en ADSL frente a otros operadores de dicha tecnología.

Decimosexta: Sogecable deberá garantizar que el retorno de los servicios interactivos que desarrolle su plataforma de televisión se puede realizar por las redes de los operadores concurrentes en el mercado, no pudiendo incentivarse o imponerse de modo obligatorio el retorno por la red de telecomunicaciones de Telefónica”.

las consideró el Alto Tribunal ajustadas a Derecho sobre la base de razonamientos como los siguientes:

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones indicó en su informe que «Se ha visto ya el grado de penetración que estos últimos (operadores de cable) tienen en España cercado al 35% de hogares pasados. Telefónica, por su parte, tiene una penetración cercana al 100% de hogares con par de cobre, el 53% de los cuales podrían dar servicios de TV por ADSL. Es clara, por tanto, la ventaja de Telefónica en cuanto a infraestructuras de acceso. Ante esto, el principal aspecto diferencial de los operadores de cable es que, desde sus inicios, han podido ofrecer una oferta conjunta de servicios de telecomunicaciones, incluyendo TV de pago y telefonía. Telefónica plantea comenzar la

explotación de una forma conjunta como la de los operadores de cable en breve. Además, lo va hacer mediante la explotación del par de cobre con ADSL. No están claros cuáles son los incentivos que hacen que un cliente prefiera estas ofertas conjuntas, pero sí parece haber una causa en los contenidos prestados. En la medida en que Telefónica pueda acceder a esos contenidos (por ejemplo, canales temáticos o Premium) en mejores condiciones que los operadores de cable, en su condición de socio de la empresa resultante, más atractiva relativamente será su oferta, y más dificultades tendrán los operadores de cable para competir con ella».

Ante tales informes la posición del Consejo de Ministros no podía ser otra que la de establecer estas condiciones, y así expone en la motivación de su acuerdo que «Se recogen las propuestas de prohibir la comercialización conjunta de los productos de ésta y de Telefónica en cuanto al acceso a Internet de banda ancha y la imposición del retorno por la red de telecomunicaciones de Telefónica. Adicionalmente, se desarrolla la propuesta del TDC con el objeto de especificar que Sogecable no podrá discriminar en la explotación de los derechos audiovisuales que controla de forma que se produzca una ventaja competitiva para Telefónica frente a otros operadores de sus mismas tecnologías o competidores con tecnologías alternativas y, en particular, los operadores de cable».

Las condiciones decimotercera a decimosexta persiguen impedir el deterioro de la competencia efectiva en el ámbito de las telecomunicaciones como consecuencia de la participación de Telefónica en el capital de Sogecable. Se complementan entre sí en orden al objetivo propuesto, siendo uno de ellos el que defiende esta condición decimotercera, evitando que el «triple play», único elemento que permite a los operadores de cable estar en el mercado de la telefonía fija por el atractivo que supone su oferta conjunta con la televisión de pago y el acceso a Internet, sea también asequible a Sogecable a través de Telefónica, colocando a ambas empresas en una posición privilegiada en esos mercados con el consiguiente deterioro de la competencia.

A la vista de la motivación del acuerdo, es indudable que la concentración no hubiera sido autorizada sin la referida condición, pues como señala la Comisión Europea en su acuerdo de remisión «La investigación ha revelado que, como se ha afirmado con anterioridad, los servicios de televisión y, en menor medida, los de acceso a Internet, son claves para la captación de clientes puesto que, al tener todos los potenciales abonados acceso ya a una línea telefónica, difícilmente contratarán los servicios de cable sólo por la prestación de la telefonía vocal si, por las razones apuntadas, sus ofertas de televisión de pago y/o acceso a Internet de banda ancha no prestan el suficiente interés».

De igual modo, la condición 19ª por fuerza de la cual

“Tanto Sogecable como cualquiera de las empresas que ostentan su control o las controladas por ella no podrán suscribir acuerdos o alianzas de carácter estratégico con cualquier empresa del grupo Telefónica y viceversa en el ámbito de los medios de comunicación que excedan o no se correspondan con los incluidos en la operación notificada”

entendió el mismo Tribunal Supremo que era conforme a Derecho pues:

“Es indudable la interferencia que se produce entre los mercados concernidos por la operación y los relativos a los medios de comunicación, en los que operan empresas de los Grupos tanto de Sogecable como de Telefónica. No es extraño, por tanto, una condición que restrinja las alianzas estratégicas entre ambas empresas y las de sus respectivos grupos, en estos mercados que se podrían ver afectados por la operación, recogiendo la

propuesta que hacía en su dictamen el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya motivación se exponía en sus conclusiones y se traducía en su condición décima en la que habla de «Telefónica y viceversa en el ámbito de los medios de comunicación que excedan o no se correspondan con los incluidos en la operación notificada». Debe considerarse, en consecuencia, que la condición es proporcionada, teniendo en cuenta que no se refiere a cualquier tipo de acuerdos, sino sólo a las alianzas estratégicas, siendo indiferente a los efectos de su establecimiento, actuaciones posteriores de las empresas concentradas que no pudieron tenerse en cuenta en el momento en que se dictó el acto impugnado, ni que a través de la misma se consigan adicionalmente otros efectos, ya impuestos por la Ley 10/88 (RCL 1988\956)”.

Por otra parte, se observaba que las anteriores condiciones incorporadas al Acuerdo del Consejo de Ministros eran, en realidad, más medidas de comportamiento que de alcance estructural. Estas últimas habrían pasado por una desinversión que llevara a *Telefónica* a salir del capital de *Sogecable* y eran, precisamente, las que propugnaba la recurrente *Telecinco* cuyos argumentos encontraron un cierto eco en el voto particular formulado por uno de los magistrados (Espín Templado):

“Ahora bien, mi discrepancia se debe a que no parece que suceda lo mismo con las condiciones del bloque 3, por mucho que los mercados a cuya protección se refieren estén afectados por la concentración de forma más indirecta. En éstos y como trato de justificar más adelante, los compromisos de comportamiento no parece que puedan evitar los peligros a los que tratan de hacer frente las condiciones decimotercera a decimosexta y decimonovena.

Así pues, siendo los riesgos de los que tratamos consecuencia de la participación de Telefónica en el capital de Sogecable, parece que la consecuencia natural para conjurar dicho riesgo era la exigencia a Telefónica de desinversión en la propia Sogecable en un plazo razonable, como pudiera serlo el mismo de cinco años que se impone con carácter general a las condiciones contempladas en el Acuerdo de autorización.

[...]

Siendo cierto lo anterior en términos generales, no puede obviarse que en este caso concurren dos circunstancias que llevan a la conclusión de que las condiciones adoptadas en relación con los concretos riesgos anticompetitivos de que hablamos resultan manifiestamente insuficientes: la existencia de medidas estructurales adecuadas para suprimir por completo dichos riesgos no inherentes a la operación de concentración por un lado y la obligación de interpretación de la Ley española de conformidad con el derecho comunitario por otro. Esta última exigencia lleva en este caso y en atención a la preferencia a que se refiere la Sentencia respecto a las medidas estructurales por parte de la Comisión Europea, a la necesidad de optar por medidas estructurales, manifiestamente más eficaces que los compromisos temporales de comportamiento.

Dicha conclusión no supone poner en cuestión ni el amplio margen de discrecionalidad que en términos generales tiene el Gobierno a la hora de adoptar decisiones en este ámbito ni el carácter alternativo que, asimismo en términos generales, la Ley española de Defensa de la Competencia (RCL 1989\1591) contempla entre las diversas medidas posibles”.

No obstante no fue el anterior el parecer mayoritario de la Sala:

“En fin, tampoco debe considerarse prevalente una condición estructural sobre otra de comportamiento. Es cierto que la Comisión Europea suele dar preferencia a las medidas estructurales en orden a compensar las restricciones a la competencia. Ahora bien, esto,

que pudiera ser un criterio orientativo, no puede imponerse con carácter absoluto en el sistema español de concentraciones, conforme al cual, como se dijo anteriormente, debe ser enjuiciada la operación, pues, el artículo 17.1 de la Ley, que, en su última redacción dada por la Ley 9/2001 (RCL 2001\1320), ha venido a introducir estas medidas estructurales, no las impone con carácter preferente, sino alternativo –«dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos, o en la imposición de limitaciones», dice–, dejando, pues, en manos de las autoridades nacionales la elección entre unas u otras, y nada impide que establezcan las de comportamiento por considerarlas más convenientes, lo que, por otra parte, supone la ventaja de que afectan en menor proporción a la organización empresarial.

Las condiciones consiguen mantener el «statu quo» existente en el momento de la operación, que es en definitiva lo que se exige a la Administración en esta materia por la Ley de Defensa de la Competencia (RCL 1989\1591) (Arts. 14 a 17). Pretender ir más allá superaría los límites de las facultades del Gobierno en materia de concentraciones –evitar que se restrinja la competencia–.

[...]

Conseguido el efecto pretendido a través de las condiciones, no parece necesaria la adopción de la medida de carácter estructural consistente en la desinversión del capital de Telefónica en Sogecable, pues es más limitativa de la libertad de empresa”.

En efecto, junto a las medidas de carácter estructural consistentes en la cesión de activos materiales e inmateriales, se refiere la Comisión y la doctrina (Briones y otros, Op. Cit., Págs. 279 y Ss.) a los compromisos de conducta. Las medidas estructurales presentan la indudable ventaja de eximir a la autoridad de la competencia de realizar una supervisión permanente de la conducta de las partes en el mercado para lo que no siempre dispone de los medios necesarios. Tampoco la Comisión se ha visto libre de críticas a consecuencia de la adopción de simples medidas de conducta. En el asunto *Mercedes-Benz/Kässbohrer* (decisión de 14-2-1995, asunto IV/M.477), *Mercedes-Benz* se comprometía a suministrar motores de autobuses en condiciones no discriminatorias a sus competidores en el mercado de autobuses que no estuvieran integrados en la fabricación de motores. La Comisión se limitó a tomar nota de tales compromisos, pero no llegó a transformarlos de modo categórico en obligaciones y cargas legales.

vi) Sobre la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de la televisión de pago

(1) Ante concentraciones de empresas

(a) Aspectos generales

La ley de Defensa de la Competencia de 1989 tenía como finalidad específica, puesta de manifiesto en su Exposición de Motivos, la de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo además compatible con las demás leyes que regulaban el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas de orden público o privado.

Esta sigue siendo la finalidad de la Ley 15/2007, la cual, conforme también a su Exposición de Motivos: “*tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura*

*institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, **teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario** y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto en la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”.*

Esta última Ley – la 1/2002 – trae causa de la sentencia del TC de 11 de noviembre de 1999 que declaró que la materia denominada “defensa de la competencia”, al no estar atribuida de forma expresa al Estado por la Constitución, podría corresponder a las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. En consecuencia, conforme al Art. 1 de la Ley corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la LDC con relación a las conductas colusorias y abusos de posición dominante que estudiaremos cuando los mismos alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional.

Aun cuando nos preocupemos de hacer referencia a la normativa española, la base de la que partir es la de la normativa e instrumentos nacionales en materia de Defensa de la Competencia deben ajustarse a los comunitarios europeos. Sobre este particular deberán tenerse bien presentes las prescripciones del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) y, en particular, su Art. 3 que lleva la rúbrica de “*Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia*”.

Así pues, a la hora de destilar conclusiones sobre toda esta materia convendrá comenzar por tener bien presente la práctica asimilación de la normativa nacional a la europea.

Por otra parte, y como sabemos, para la evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado español de la TV de pago ante un caso de concentración de empresas, lo que se impone es un análisis previsor y prospectivo de las consecuencias de tal concentración sobre dicho mercado. Se tratará de hacerse una composición mental del escenario post-concentración a fin de decidir si el mismo será o no competitivo y, para ello, lo determinante será que la concentración afecte de modo perjudicial para los consumidores a los parámetros competitivos de los precios, la calidad, la cantidad, la variedad o la novedad de los productos o servicios.

Por ejemplo, dentro del mercado de la TV de pago, y ciñéndonos al caso de la integración de las plataformas de TV por satélite en nuestro país en 2001, puede observarse como las consideraciones del TDC conforme a las que algunas de las eficiencias la operación se concretarían en que la nueva plataforma resultante de la fusión (luego *Digital Plus*), una vez entrara en beneficios, trasladaría los mismos a los consumidores mediante mejoras de servicios o bajadas de precios con vistas a incrementar su número de abonados, no fueron compartidas por los vocales discrepantes autores del voto particular. Para estos, nada podía llevar a pensar que en ese caso concreto no fuera a resultar de aplicación la teoría general del monopolio conforme a la cual el monopolista tiende a apropiarse de cualquier excedente que pudiera aprovechar al consumidor.

(b) Concentraciones horizontales

Sobre la noción de concentración, puede verse Briones, J.; Folguera, J.; Font A.; Navarro E.; *“El control de concentraciones en la Unión Europea”*; Madrid, 1999, Marcial Pons, Págs. 35-56. Sobre la inaplicabilidad del Art. 85 (hoy 101) del TCEE a los supuestos de concentración, puede consultarse Calvo Caravaca A. L.; Goñi Urriza N.: *“El control de las concentraciones de dimensión europea”*; Madrid, 1999; Universidad Carlos III-BOE. Sus reflexiones coinciden en lo sustancial con las de Bello Martín-Crespo a las que se pasa a hacer referencia (Bello Martín-Crespo, P.; *“Concentración de empresas de dimensión comunitaria”*; Pamplona, 1997; Aranzadi; Caps. I y II).

Esta última autora centra sus esfuerzos en terminar de deslindar los conceptos de colusión (entente o concertación) y concentración hasta el punto de considerar ambos no compatibles. Todo lo contrario del abuso de posición dominante, el cual sí resultaría compatible con la concentración, citándose a tal efecto la doctrina sentada por la decisión de la Comisión en el asunto *Continental Can Company Inc* (decisión de 9 de diciembre de 1971, DOL núm. 7 de 8 de enero de 1972). Así, dicha autora manifiesta que en ningún caso la sentencia *Philip Morris Inc.* llegó a suponer que la colusión o prácticas colusorias (Art. 101; antes 81 y 85) pudieran ser aplicables a aquellos casos en los que las partes puestas de acuerdo dejaran de subsistir como partes independientes. Se citaba a Embid, para quien la cooperación empresarial *“alude a una situación de colaboración que no altera la independencia económica de las sociedades que cooperan”* (*“Concentración de empresas y derecho de cooperativas”*, Murcia 1991, Pág. 23). Y citas de la misma autora que abundan sobre lo anterior son:

“El artículo 85 está dirigido a impedir las limitaciones en el comportamiento competitivo de empresas independientes. En este sentido se expresa Bercovitz: «se parte, pues, de la base de que las empresas que participan en el mercado han de adoptar sus decisiones de manera independiente, lo cual significa que la limitación de esa autonomía de actuación, por conciertos con otras empresas, implica, en principio, una restricción de la competencia» [Normas sobre la competencia ... cit., pg. 362]. También D'Avack define los acuerdos entre empresas como «coordinación del comportamiento común en el mercado, sin renunciar con ello a la propia independencia económica y decisoria» [«L'imprese comune nelle decisioni delle Commissioni delle Comunità Europee», Riv.-dir.civ., 1979, II, pg. 191]

*Las concentraciones, por el contrario, acaban con la independencia de las empresas participantes [En este sentido Banks, K., «Mergers and Partial Mergers under EEC Law», 1987 Fordham Corp. L. Inst. (B. HAWKed., 1988), pg. 387; Cerrai, A., **Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE**, Milán, 1983, pg. 20 («L'operazione di concentrazione, per essere tale, deve, infatti, determinare la perdita, da parte di una o più impresa, della originaria indipendenza economica»); De Cockborne, J.-E., «El control de las concentraciones en la Comunidad Económica Europea», **GJ. de la CEE**, D-2, 1988, núm. 52, pg. 16; Goldman, B./Lyon-Caen, A./Vogel, L., **op.cit.**, pg. 682]*

*Su resultado es la unificación. La concentración supone una nueva unidad económica en la que las empresas, anteriormente independientes, dejan de ser competidores: en este sentido se puede afirmar, siguiendo a Uriá [«Teoría de la concentración de empresas», **RDM**, 24/1949, pgs. 315-343] que la concentración da lugar a una nueva empresa, un «tipo singular de empresa» Pg. 331. Unidad empresarial para la que postuló incluso una personalidad jurídica única (p. 332) [V. asimismo Di Sabato, F., «Concentrazioni e Gruppi nel Diritto interno», en AA W, **Il fenomeno delle concentrazioni di imprese del diritto***

*interno e internazionale, Atti e documenti del Convegno di Napoli del 29 aprile 1988, Padova, 1989, pg. 6 (define la concentración como centralización del poder de decisión y de la masa financiera); Frignani, A./Waelbroeck, M., **Disciplina della concorrenza ... cit.**, pg. 403 (las decisiones de las empresas participantes son unificadas en un centro, con lo que aparece un único sujeto)]. De modo que mientras los acuerdos suponen sólo una reducción (en mayor o menor medida) de la independencia decisoria de las empresas participantes, la concentración la elimina.[...]*

Este es el dato central para el Derecho de defensa de la competencia. Desde su perspectiva, lo que caracteriza a una concentración frente a los acuerdos colusorios es el hecho de que estos últimos limitan la competencia entre empresas que, con posterioridad a su conclusión, siguen siendo independientes, mientras que la concentración acaba con la independencia de las empresas que se concentran. Las empresas dejan de ser unidades económicas -y, por tanto, competitivas- independientes, para pasar a formar parte de una única unidad económica y competitiva. Y para ello es preciso que pierdan su recíproca autonomía decisoria. Para el Derecho de defensa de la competencia aplicable a concentraciones la unidad económica es la que asegura la unidad competitiva, y la pérdida de independencia económica es relevante si se manifiesta como pérdida de la independencia competitiva”.

No obstante, con las anteriores reflexiones se deja de lado la posibilidad prevista en el Art. 2 Ap. 4 del Nuevo Reglamento de que la concentración consista en la creación de una empresa en participación por parte de empresas que subsistan como entidades independientes, siendo dicha empresa en participación un mero vehículo para articular esa colusión entre empresas, y asimismo el riesgo de colusión entre la nueva entidad nacida de la concentración y otras activas en el mercado (efectos anticompetitivos coordinados de la concentración horizontal).

Si nos referimos a las concentraciones horizontales dentro del mercado español de la TV de pago, las mismas no sólo serían perfectamente imaginables, sino que además llegaron a darse en la práctica, como vimos al tratar del caso de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable*. Lo anterior puede, en parte, explicarse por el hecho de que, al tratarse de mercados muy dinámicos y absolutamente cambiantes – basta con echar la vista a los cambios en el panorama televisivo producidos en nuestro país a lo largo de los últimos años –, se hace difícil mantener una coordinación entre competidores que no vaya respaldada por la integración jurídica que la concentración ofrece.

Por otra parte, tras haberse verificado en el mercado español de la TV de pago la anterior concentración, y quedando sólo tres jugadores importantes (*Sogecable/Canal Satélite Digital*, *ONO/OJO* y *Telefónica/Imagenio*), el proyecto más viable de concentración con el que teorizar sería uno que involucrara a *Sogecable* y a *Telefónica* (de lo que habría ya precedentes en el caso *Cablevisión*). Cabe también advertir la incorporación de *Gol TV* en TDT de pago; no obstante, está por ver que este proyecto empresarial llegue a mantenerse a lo largo de años venideros.

Además, dadas las características y el giro de esas dos empresas la forma más probable de articularse una concentración horizontal pasaría por la creación de una empresa en participación que pudiera actuar en el mercado de la TV de pago (tal sucedía, de hecho, en *Cablevisión*). Partiendo de tal situación, se haría necesario precisar con arreglo a qué preceptos *antitrust* juzgar esa operación, si los que disciplinan las concentraciones o los que regulan la colusión (Arts. 1 LDC y 101 TFUE).

Así, de acuerdo con el apartado 4 del Art. 2 del Reglamento (V. también Art. 10.2 de la Ley de Defensa de la Competencia), a tenor de la cual: *“En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado, con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común”*.

Este precepto supone primar el factor de los efectos (concertación) frente al de los medios elegidos (concentración) para considerar aplicable más el Art. 81 que se refiere a las prácticas colusorias que el Art. 82 que se ocupa de la posición dominante.

Puede consultarse a este respecto Tratado de Derecho de la Competencia (Dir. Beneyto Pérez, J.M.; Coord. Maíllo González-Orus, J.; Ed. Bosch, Barcelona 2005), Vol. 1; Cap. 7: *“Empresas comunes o en participación (joint ventures): ¿cooperación o concentración?”*, § 3. *“El sistema de control de las empresas en participación”*; Págs. 433 y Ss. Bajo la normativa europea se ha venido diferenciando, dentro de las empresas en participación, entre las de naturaleza concentrativa, sujetas al régimen de control de las concentraciones, y las de carácter cooperativo o concertativo. Ya en la década de los 60, un estudio sobre el control de concentraciones en Europa (Memorándum, Collection Études, Serie Concurrente, nº 3, Bruxelles, 1966) se hacía eco de este tratamiento dual; tratamiento que llegó a ser confirmado poco después por la Comisión en su Decisión de 20 de diciembre de 1974, DO L n.º 38 de 12-2-1975, p. 14 (caso *SHV-Chevron*).

Tras diversos avatares, ligados principalmente a la modificación del viejo Reglamento de Concentraciones 4064/1989, la situación bajo el vigente Reglamento de Concentraciones 139/2004 es, en opinión de estos autores, la que se pasa a exponer y que resulta de la puesta en relación del Art. 2.4 transcrito con el Art. 3.4, a cuyo tenor *“La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1”*.

Las empresas plenamente concentrativas serían aquellas que, por una parte, no tienen como objeto ni efecto la coordinación de comportamientos (*“riesgo de coordinación”*), y que, por otra parte, desempeñan todas las funciones de una entidad económica independiente (*“plenas funciones”*). Estas empresas en participación plenamente concentrativas quedan sujetas, también plenamente, a toda la normativa europea sobre control de concentraciones ex Art. 3.4. En segundo lugar, y en el otro extremo, se situarían las que podríamos nosotros denominar plenamente cooperativas o concertativas, y que serían las que refiere el Art. 2.4, es decir, aquéllas que, sin cumplir el requisito de las plenas funciones, sí cumplen, en cambio, el del riesgo de coordinación. Esta segunda categoría de empresas en participación caería, de pleno, dentro del régimen sobre colusión que emana del actual Art. 101 TFUE.

Junto a las dos anteriores categorías podría pensarse como *tertius genus* el de las empresas que cabría denominar semiconcentrativas y que cabría asimilar a aquellas empresas en participación que desarrollan las funciones de una entidad económica independiente y que, además, tienen como objeto o efecto la coordinación de comportamientos. Estas empresas, desde el punto de vista material o sustantivo, quedan sujetas, en cuanto a sus efectos concentrativos, a la normativa europea de concentraciones (Reglamento 139/2004 y

normativa de aplicación del mismo) y, en cuanto a sus efectos cooperativos, al Art. 101 TFUE y a la normativa que lo desarrolla (ver también Comunicación de la Comisión - Información relativa a la apreciación de las empresas comunes con plenas funciones con respecto a las normas sobre competencia de la Comunidad Europea en Diario Oficial n° C 066 de 02/03/1998 p. 0038 – 0038). Sin embargo, cabría poner en tela de juicio la sustantividad propia de esta tercera categoría, pues, si el objeto de la empresa en participación es el de coordinar comportamientos de sus matrices, podría entenderse que lo anterior resulta incompatible con la existencia de independencia y plenas funciones.

En fin, que a pesar de ciertos esfuerzos doctrinales por deslindar los conceptos de concentración o integración frente al de colusión, entente o concertación, los efectos de determinadas concentraciones (aquellas en las que se cree una empresa en participación para coordinar la actuación de empresas que sigan siendo independientes) deberán valorarse a la luz de los criterios por los que se rige la colusión.

Yendo más allá, se observa en las Directrices de la Comisión que, junto a los efectos no coordinados de la concentración, se sitúan los coordinados. Estos, es cierto que no se refieren a la coordinación entre las empresas concentradas, pues esa coordinación, precisamente por la integración que la concentración supone, dejará de ser necesaria. Ahora bien, es perfectamente imaginable que la integración intensifique, llevando a la máxima expresión que la concentración supone, los efectos restrictivos que pudieran derivarse de la previa concertación o coordinación de las empresas que luego se integraron. Y además – y es aquí donde las Directrices hacen especial hincapié – la concentración puede dar lugar a una estructura de mercado propensa a la colusión entre la empresa concentrada y las que coexistan con ella en el mercado a partir de la concentración. Puesto en otros términos: es más que probable que un escenario de concentración lleve a un inmediato escenario de concertación o colusión.

Volviendo a nuestro ejemplo, dado que se trata de estudiar el fenómeno de las concentraciones dentro del mercado español de la TV de pago y que habrá oportunidad de referirse al de la colusión dentro de ese mismo mercado, supondremos que se trataría de una empresa en participación de carácter concentrativo que funcionaría de modo autónomo y permanente con plenas funciones con respecto a sus matrices *Sogecable* y *Telefónica* dentro del mercado de la TV de pago y que asumiría bajo una misma personalidad jurídica la plataforma de TV de pago por ADSL *Imagenio* y la de TV de pago por satélite *Canal Satélite Digital*. Es decir, que tanto *Telefónica* como *Sogecable* dejarían de estar activas en el mercado español de la TV de pago a través de plataformas independientes, habiendo sido sus respectivas plataformas sustituidas por la nueva e integrada (*Nueva*).

El Art. 2 ap. 1 del Reglamento de Concentraciones, cuyo contenido viene a corresponderse con el del Art. 10 de la Ley 15/2007, apenas si se limita a dar unas pautas muy genéricas con vistas a la evaluación de una concentración desde la perspectiva del juego de la competencia y de la existencia de una obstaculización significativa del juego de la competencia a consecuencia de la misma, aludiendo a factores como serían la “*competencia real o potencial*”, “*las posibilidades de elección de proveedores y usuarios y su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados*” o “*la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados*” junto a otros más apegados al análisis del mercado pertinente (“*la estructura de todos los mercados afectados*” o “*la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera*”) o a las posibles eficiencias

derivadas de la concentración (“los intereses de los consumidores intermedios y finales” o “el desarrollo del progreso técnico o económico”).

Otros aspectos del Reglamento de Control de Concentraciones son, sin embargo, objeto de un mayor desarrollo (Vid: Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (2008/C 95/01) mediante la que se sustituyen la Comunicación sobre el concepto de concentración, la Comunicación sobre el concepto de empresa en participación con plenas funciones, la Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas y la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios).

El carácter básico de esas determinaciones del Reglamento sobre la evaluación de los efectos de la concentración hace imprescindible acudir a otras herramientas, como serían el Reglamento de Aplicación y las Directrices de la Comisión sobre concentraciones horizontales [Directrices de 5 de febrero de 2004 sobre evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas; DO C 31 de 5.2.2004, p. 5/18; para un estudio crítico de este instrumento emanado de la Comisión, puede consultarse Voigt S.; Schmidt A., “*The Commission’s Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?*”, 2004, CMLRev.] y las más recientes sobre concentraciones no horizontales (verticales o conglomerales).

Ante una concentración como la que planteamos, el mercado de referencia sería el español de la TV de pago en que estaría activa *Nueva*. Se trataría de un mercado afectado por la existencia de relaciones horizontales, pues en él *Sogecable* y *Telefónica* presentarían una cuota combinada rayando el 85 % por valor de ingresos; ésta sería la cuota de la nueva empresa. Hay mercados afectados por la existencia de relaciones horizontales cuando las partes de dicha concentración operan en el mismo mercado de referencia y, a resultas de la operación notificada, pueden llegar a adquirir una cuota combinada dentro del mismo de al menos el 15 % (formulario incorporado como anexo al Reglamento de Aplicación y, en análogo sentido, Sección 5.ª del Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero).

El IHH dentro del mercado español de la TV de pago después de la concentración sería de 7.290, mientras que el anterior a dicha concentración, como vimos al ocuparnos del análisis estático o estructural era del 6.555. Estos datos arrojaban un *delta* de 735. Teniendo en cuenta que, conforme a las Directrices sobre concentraciones horizontales, cuando la operación de concentración arroje un IHH superior a 2.000, para que no se aprecien *prima facie* problemas de competencia, es necesario que el *delta* sea inferior a 150, no cabría descartar de antemano que la operación proyectada generara problemas de competencia.

Lo anterior sería especialmente así si tenemos en cuenta la concurrencia de determinados factores también mencionados en las Directrices, a saber, el hecho de tratarse de una concentración que implicaría a un operador recién incorporado al mercado (*Telefónica* con su *Imagenio*), el hecho de ser *Telefónica* también un importante innovador en cuanto que prestadora de servicios de TV de pago sobre plataforma ADSL (frente a las más tradicionales de cable y satélite), la existencia de indicios de coordinación en el pasado entre *Sogecable* y *Telefónica* (en el reiterado asunto de *Cablevisión*) o el hecho de que una de las partes de la concentración, *Sogecable*, tuviera antes de la concentración una cuota de mercado superior al 50 % en el mercado de referencia.

La operación supondría así una obstaculización significativa del juego de la competencia dentro del mercado español de la TV de pago por la vía del refuerzo de la posición dominante ya existente, por lo que habría que pasar a examinar los efectos anticompetitivos. Los posibles efectos anticompetitivos, aún pudiendo coincidir en parte con los que produciría una concentración horizontal en el mercado español de la TV en abierto, se darían con una mayor intensidad al ser el mercado español de la TV de pago más concentrado y, por ende, menos competitivo que aquél.

Tras las normas dedicadas a la definición y análisis del mercado, por ejemplo, las “*Merger Guidelines*” se refieren a la valoración de los daños que para el juego de la competencia pueden derivarse de la concentración y que se traducen en dos clases de efectos: (i) efectos coordinados, cifrados en que las firmas que permanecen en el mercado pueden ser más propensas a la colusión expresa o tácita y tener más éxito en sus esfuerzos por alcanzarla; (ii) efectos unilaterales, que consisten en que la firma fusionada puede tener la aptitud o el incentivo para rentablemente recortar la producción o subir los precios. Sin embargo, no es ésta, exactamente, la sistemática de los instrumentos europeos que, como hemos visto, optan por contraponer a los efectos coordinados los no coordinados derivados de la atenuación de la presión competitiva entre la entidades concentradas.

En nuestro ejemplo, los efectos anticompetitivos no coordinados pasarían, sobre todo por el hecho de que, para lo sucesivo, no tendría ya *Sogecable* que soportar la presión competitiva ejercida por *Telefónica* dentro del mercado de referencia. Determinados aspectos agravarían estos efectos anticompetitivos no coordinados, a saber, la elevada cuota de mercado de *Sogecable* y el alto grado de concentración del mercado, la existencia de importantes costes de transferencia para que los abonados a *Nueva* pudieran desviar sus pedidos hacia *OJO* de *ONO* por los engorros burocráticos de formalización de nuevos contratos, la instalación de nuevos elementos como descodificadores, etc., la posición reforzada de *Nueva* que le permitiría con toda seguridad impedir la expansión de *OJO* de *ONO* (gracias a la mayor cobertura que le ofrecería el contar tanto con la plataforma satelital, como con la de ADSL, podría ajustar precios en las zonas con una mayor cobertura de cable y subirlos en las zonas con una cobertura menor), o, relacionado con lo anterior, el riesgo de eliminación de una fuente competitiva importante, díscola e innovadora como sería la conformada por sector del cable (p.e., por la vía del estrechamiento de márgenes cuando *Sogecable*, también dominante en el mercado ascendente de los contenidos *Premium*, se los vendiera a *ONO* a precios que no le permitieran permanecer en el mercado de la TV de pago).

En cambio, el riesgo de efectos anticompetitivos coordinados sería prácticamente inexistente. En efecto, en el escenario tras la concentración, dadas las características del mercado español, no cabría imaginar que *ONO* y *Nueva* pudieran protagonizar comportamientos coordinados dentro del mercado de la TV de pago. Más bien el riesgo sería el del cierre del mercado de la TV de pago frente a *ONO* que, con probabilidad, pasaría a centrar sus esfuerzos en el mercado de las telecomunicaciones. Por otra parte, el papel que a este respecto pudiera adoptar *Gol TV* tampoco parece que pudiera preverse de antemano.

En cuanto a los neutralizadores de los efectos anticompetitivos, habría que ocuparse del poder de compra o poder negociador del lado de la demanda; de la facilidad de acceso al mercado por parte de competidores potenciales que, normalmente, se asociará a la ausencia de barreras a la entrada; o de las eficiencias que de la concentración pudieran derivarse para los consumidores o abonados a la TV de pago en España (sobre competencia potencial, poder

de la demanda y eficiencias puede consultarse Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 6; Págs. 171 y Ss. y Cap. 11, Págs. 269 y Ss./ Martínez del Peral Cagigal I.: “*La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas*”. GJ 1993. D-20, Págs. 80 y ss.).

En cuanto a la existencia de poder de compra, P.e., en *Lear/Keiper*, decisión de 22 de julio de 1997 (Asunto IV/M. 937) a pesar de que las empresas integrantes del oligopolio tendrían una cuota combinada del 92 %, la demanda tenía suficiente poder de negociación frente a sus proveedores, ya que se trataba de fabricantes de automóviles de prestigio mundial con un alto grado de especialización y conocimiento de los precios y de los costes del producto. El poder de mercado de la demanda o poder de compra encuentra su máxima expresión en las situaciones de monopsonio como la que se planteaba, por ejemplo, en el caso *Alcatel/Telettra* (decisión de 12 de abril de 1991, asunto IV/M.042) en el que las altas cuotas de mercado de las partes quedaban neutralizadas por la existencia de un único comprador monopsonista para los equipos fabricados por las partes, *Telefónica* que gestionaba el monopolio de los servicios de telecomunicaciones en España y que podía incrementar los pedidos dirigidos hacia otros proveedores diferentes.

Adaptando estas consideraciones a nuestro ejemplo, aun cuando la influencia ejercida por una comunidad de abonados dentro del mercado nacional sobre una determinada plataforma de entrega de TV de pago pudiera ser mayor que la protagonizada por la totalidad de los telespectadores, incluidos en ese mismo mercado nacional, sobre cierto organismo de radiodifusión en abierto, por la existencia, en el caso de aquella, de un vínculo comercial entre difusor y televidente que no se da en el de este último, no parece que esa influencia pueda llegar a dotarse de la intensidad necesaria como para dar lugar a poder de compra, en ningún grado, además.

Sí podría ser importante la competencia potencial en cuanto que factor de mitigación de los efectos anticompetitivos. Así, la presión competitiva ejercida por el cableoperador *ONO* sobre *Nueva* participaría de la doble naturaleza de competencia real y potencial. De acuerdo con el XXI Informe sobre la política de la competencia, 1991, Anexo III, p. 397, la Comisión entiende que la competencia potencial no sólo se manifiesta en la entrada probable de nuevos competidores en el mercado de producto relevante, sino también en la ampliación de la capacidad de las empresas que operan en el mercado. En la decisión *Alcatel/Telettra* citada (decisión de 12-4-1991, asunto IV/M.042, DOCE 1991 L 122/42) la disponibilidad de capacidad no utilizada y la posibilidad de incrementar la producción por parte de *AT & T Ericsson* para suministrar a *Telefónica* fue determinante de que la Comisión apreciara la compatibilidad de la operación.

En nuestro caso, la competencia sería real, por cuanto la propia *ONO* estaría ya presente en el mercado; potencial, toda vez que esa presión competitiva cabría esperar que se fuera haciendo más intensa a medida que los efectos sinérgicos derivados de la prestación del *triple play* permitieran a *ONO* invertir en contenidos. Sin embargo, la presencia de *Nueva* en *triple play*, sumada a la que previsiblemente disfrutaría en contenidos, no permitiría suponer que esa presión competitiva de *ONO* fuera bastante para neutralizar los efectos anticompetitivos de la misma.

En cuanto a la competencia potencial procedente de los operadores de TV en abierto, el nuevo modelo impuesto por la LGCA podría haber contribuido a intensificarla. En efecto, los

operadores en abierto que pretendieran acceder al mercado español de la TV de pago no tendrían ya que cambiar su modelo de negocio en lo relativo a la contratación de los servicios de transporte de su señal, que podrían seguir basando en la plataforma terrestre, sin necesidad de pasar a la de cable o satélite, al ser ya una realidad la posibilidad legal de la TDT de pago. Tampoco se vería en la necesidad de obtener concesión, ni ningún otro título habilitante, al ser bastante con una simple comunicación o notificación a la autoridad audiovisual.

Por otro lado, la digitalización de la TV en abierto podría llevar a que, en la presión competitiva ejercida por los difusores en abierto sobre los proveedores de servicios de TV de pago, convivieran dos efectos, a saber: **(a)** uno de intensificación de la misma, al hacer más atractiva la oferta televisiva en abierto, p.e. con nuevos servicios o incrementando el número de canales y permitir la especialización de los contenidos de la TDT para su distribución a nichos de interés muy definidos y concretos [a esta oferta de contenidos más especializados es a lo que se hace referencia con el término anglosajón “slivercast” que procede de la unión de “sliver” (loncha) y “broadcast” (difusión)]; **(b)** otro de debilitamiento, al llevar el nuevo escenario digital a la fragmentación de la oferta y al aumento del número de difusores en abierto, es decir, a una asimetría entre un mercado poco competitivo de la TV de pago y otro muy competitivo de la TV en abierto (publicidad televisada) donde tendería a mitigarse la presión ejercida por los difusores en abierto sobre los de pago (p.e., en nuestro país *Telecinco*, en el nuevo escenario digital, tendría que enfrentar una mayor competencia de otros operadores en abierto lo que, por la vía de la reducción de sus ingresos, mermaría sus posibilidades de invertir en contenidos atractivos que pudieran hacer sombra a los de *Nueva*). Este último efecto es el que hemos visto ha intentado compensarse a través de las ofertas de comercialización conjunta de publicidad televisada protagonizadas por *Telecinco* o *Antena 3* con otros titulares más pequeños de canales y, finalmente, siendo lo anterior constitutivo de cártel las más de las veces, por medio de operaciones de concentración (*Telecinco/Cuatro* o *Antena 3/La Sexta*).

Este último factor de debilitamiento y lo poco probable de que un operador en abierto renunciara a los ingresos por publicidad y a su título habilitante (antigua concesión/actual licencia para el servicio + concesión demanial sobre las franjas de espectro radioeléctrico) para pasar a emitir en modalidad encriptada, permitirían concluir que, tampoco en este caso, la competencia potencial ejercida por los operadores en abierto cumpliría los requisitos de probabilidad, prontitud y suficiencia bastantes para compensar los efectos anticompetitivos de la concentración propuesta.

Finalmente, tampoco cabría pensar en la existencia de eficiencias que fueran bastantes a neutralizar los graves efectos anticompetitivos de la operación.

Como también destacan Briones, Folguera, Font y Navarro (Op. Cit. Pág. 270), un primer tratamiento muy indirecto de eficiencias se puede encontrar, fuera de los mercados objeto de esta tesis, en la decisión de la Comisión en el asunto *Air France/Sabena* (decisión de 5-10-1992, asunto IV/M.157, Art. 6.1.6), *DOCE* 1992 C 272). La Comisión convalidó la creación de una posición dominante resultante de la combinación de los vuelos de *Air France* y *Sabena* en las líneas París-Bruselas, Niza-Bruselas y Lion-Bruselas. En estas líneas, las partes obtenían una situación de monopolio. La Comisión autorizó la operación notificada una vez que las partes presentaron compromisos tendentes a resolver la posición dominante en cada una de esas líneas. En las líneas que enlazaban Bruselas con Lion y Niza, la Comisión exigió la retirada de *Air France* o *Sabena*. Sin embargo, en la línea París-Bruselas, se dio por satisfecha con unos compromisos más débiles, exigiendo una retirada sólo parcial.

La Comisión justificaba esta diferencia de tratamiento al tener en cuenta que el tren de alta velocidad ofrecía una alternativa (imperfecta) al avión en la línea París-Bruselas, pero también indicaba que la diferencia se justificaba porque *Air France* y *Sabena* crearían un puente aéreo entre París y Bruselas, lo que redundaría en beneficio de los consumidores. En este caso, por lo tanto, la Comisión requería unas condiciones menos estrictas para el mercado en que la concentración presentaría algún tipo de ventaja para los consumidores, pero no llegaba a aceptar que tales ventajas justificasen la creación de una posición dominante.

En nuestro ejemplo, aunque inicialmente cupiera pensar en un poder reforzado de *Nueva* frente a los proveedores de contenidos que le permitiera ponerlos a disposición de los abonados en mejores condiciones y precios, o incluso, en ventajas tecnológicas como la interactividad que ofrecería la plataforma satelital con la senda de vuelta de la RTPC de *Telefónica*, muy probablemente la posición absolutamente inexpugnable de *Nueva* la llevaría progresivamente a ir protagonizando degradaciones de calidad hasta llegar a unos niveles apenas si bastantes para diferenciar su oferta de la de la TV en abierto. A lo anterior cabría añadir que, cuando no concurren otros neutralizadores, como sería el caso, la Comisión exige en sus Directrices que las eficiencias vayan revestidas de una muy especial intensidad; y, finalmente, que para la consecución de las referidas eficiencias cabría pensar en fórmulas mucho menos lesivas para la estructura competitiva del mercado como serían acuerdos de cooperación entre ambas empresas.

(b) Concentraciones verticales

Es indudable importancia que en estos ámbitos puede tener la integración o concentración vertical (Vid: Mendes Pereira, M. “*Vertical and Horizontal Integration in the media sector and EU competition law*”, Speech delivered on the occasion of the conference “*The ICT and Media Sectors within the EU Policy Framework*”, Brussels, 7 April 2003; disponible en <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>).

Como exponen los autores (Llorens-Maluquer; Vid *Supra* nota al pié) la privatización de las TV europeas en la década de los 90 produjo una corriente de integración vertical en dos direcciones: una integración ascendente para asegurar el acceso a la producción de productos o a los catálogos de derechos; y una descendente para consolidar u obtener acceso a la distribución de obras audiovisuales. Un informe de consultoría (Booz-Allen & Hamilton: “*Study on pluralism and concentration in media. Economic Evaluation*”, Bruselas, Comisión Europea, 1992) destacaba que, entre 1988 y 1989, una cuarta parte de las fusiones y adquisiciones en el sector representaban inversiones de integración vertical ascendentes destinadas a asegurarse un catálogo de programas de calidad por parte de los difusores. Así, se multiplicaban las compras de productoras por parte de los grandes grupos europeos como *Fininvest*, *CLT* y *Canal +*. Rupert Murdoch compró la *Twentieth Century Fox* para asegurar películas de calidad a sus redes de distribución *BSkyB* y a su “network” norteamericana, la *Fox*, cuyas emisiones habían empezado en 1986. Los acuerdos descendentes eran menos frecuentes, pero igual de importantes. Quizás el caso más importante fuera el de la empresa de *Leo Kirch*. Su posición dominante en los catálogos de derechos de ficción en lengua alemana le permitió entrar en las principales emisoras privadas de televisión en Alemania *SAT 1* y posteriormente *PRO 7*. Como consecuencia de estas estrategias durante el periodo comprendido entre 1984 y 1990 el sector experimentó un crecimiento considerable. Las cifras de venta, los capitales propios y el resultado neto se triplicaron mientras que el empleo

se multiplicó por 2,25 (ver Miguel, J. C: “*Los grupos multimedia. Estructuras y estrategias en los medios europeos*”, Barcelona 1993, Bosch).

Actualmente, asistimos a un escenario en el que la integración vertical tiende a agrupar a operadores de redes con difusores o proveedores de contenidos. A lo largo de los meses de noviembre y diciembre de 2009, la prensa económica (por toda, la Edición Digital de *Cinco Días*: 10/11/2009; 01/12/2009; 02/12/2009; 04/12/2009) se hacía eco de una operación que entrañaba una importante integración vertical entre operadores de redes y difusores u organismos de difusión. *Comcast* era la mayor empresa de distribución de cable de EE UU. Además de llevar contenidos a los hogares del país también poseía varias cadenas de nicho, *Versus*, *E!* y el canal de golf. *NBC*, la compañía objetivo, era un gran conglomerado mediático que operaba parques temáticos, un estudio de cine, cadenas de televisión en abierto y canales de cable. El 80 % de *NBC* pertenecía a *General Electric (GE)* y el 20 % a *Vivendi*. *Comcast* y *General Electric* habían llegado a un acuerdo para valorar *NBC Universal*, filial de *GE* en 37.000 millones de dólares (unos 24.523 millones de euros), con lo que superaban el obstáculo clave que estaba frenando las negociaciones para crear una empresa conjunta entre *Comcast* y *GE*. La operación debía consistir en la creación de una empresa conjunta. *Comcast* contribuiría con un importe de 2.700 a 4.000 millones a la empresa conjunta, a lo que añadiría sus tres canales de cable. *GE* aportaría su participación en *NBC Universal*. *Comcast* tendría el control de la nueva empresa conjunta con una participación del 51 %. *GE*, conservaría un 49 %, pero iría disminuyendo su participación con el tiempo de manera que estos activos, que ya no se consideraban estratégicos, pasasen a manos de *Comcast*. Con el control de *NBC*, añadiría a sus cadenas de nicho arriba mencionadas el poderío de *NBC*, *MSNBC*, *CNBC*, *Telemundo*, *Bravo*, *Syfy*, *USA Network*, parques temáticos, la productora *Universal* y parte de *Hulu*. Se trataba de activos en horas bajas y que habían perdido parte del tirón en *prime time*. En el sector se creía que era el primer paso para poner en marcha un sistema de pago a la televisión por Internet. Respecto de la participación del 20 % de *Vivendi* en *NBC*, la compañía francesa revelaba no tener prisa por vender. Las previsiones eran las de que *GE* abonase a la empresa francesa unos 5.800 millones de dólares (unos 3.842 millones de euros) para hacerse con el 100 % de *NBC* con vistas a la venta a *Comcast*. En todo caso, el cierre del acuerdo podría tardar hasta un año en conseguir la aprobación de las autoridades regulatorias de EE UU.

Aunque tampoco son descartables otras manifestaciones de integración vertical como las que pudieran darse entre proveedores de contenidos y difusores. Así, por ejemplo, en verano de 2010 el grupo estadounidense *Time Warner* anunciaba la compra de *Chilevisión*, propiedad del presidente chileno, Sebastián Piñera, a través de una operación cuyo importe se elucubraba pudiera ascender a unos 110 millones de euros. La operación aún estaba pendiente de recibir el visto bueno de las correspondientes autoridades de defensa de la competencia.

Centrándonos en el mercado español, a diferencia de lo sucedido en el mercado de la TV en abierto, resultarían más imaginables las concentraciones verticales dentro del mercado español de la TV de pago. De hecho, de concentración vertical cabría catalogar la reciente toma del control exclusivo por parte de *Sogecable* sobre *AVS* (caso *AVS III*). Como la problemática de las concentraciones verticales dentro del mercado español de la TV de pago entre empresas de contenidos *Premium* deportivos y empresas de difusión quedaría suficientemente explicada con este caso – téngase en cuenta, además, lo improbable de la integración/concentración vertical entre un difusor español de pago y un Gran Estudio de Hollywood suministrador de contenidos cinematográficos -, podríamos especular con la

hipótesis de una concentración vertical que integrara a una empresa activa en alguno de los mercados ascendentes de las telecomunicaciones y a otra activa en el descendente de la TV de pago.

Dentro de estos mercados de las telecomunicaciones, se situaría en primer lugar la plataforma terrestre que gestionaría, sobre todo, en nuestro país el operador *Abertis*. Sin embargo, ya dijimos que aun ahora la plataforma terrestre se sigue vinculando a la TV en abierto a pesar de la existencia de la oferta de TDT de pago a través, sobre todo, de *Gol TV*. Sin embargo, no parece ser una opción especialmente ilustrativa la de una concentración vertical que integrara a *Abertis* con *Gol TV*.

En cuanto al cable, *ONO* puede ser vista como una entidad verticalmente integrada en la que se confundirían las actividades mayoristas de transmisión de señal audiovisual y de prestación del servicio audiovisual final a los abonados a TV de pago. O lo que es igual, *ONO* actúa simultáneamente en los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas y en el descendente de la TV de pago, para el que se presta a sí misma el servicio mayorista de transmisión de señal audiovisual. No resulta una opción que pueda barajarse la de que *ONO* pudiera integrarse verticalmente con otras plataformas de TV de pago sobre satélite o sobre ADSL.

Como tampoco lo sería que un prestador de servicios de capacidad satelital como *Hispasat* o *Astra* protagonizara una concentración vertical con la plataforma de TV de pago por satélite de *Sogecable*, al quedar los servicios de TV de pago fuera de la órbita del giro o tráfico que les es propio, la prestación de servicios de telecomunicaciones en el más amplio sentido, y respecto de los que el transporte de la señal audiovisual sólo supondría una fracción.

Así las cosas, de nuevo, podría pensarse como lo más factible que *Telefónica* llegara a tomar el control de *Sogecable* y de su plataforma de TV de pago, *Canal Satélite Digital*; de hecho ha sido ésta la tesis recurrente a lo largo de los diversos casos planteados en la historia del mercado español de la TV de pago (*Cablevisión*, fusión digital de 2001, etc.).

A diferencia de las concentraciones horizontales que, como acabamos de ver, disponen de su propio y específico instrumento, las concentraciones verticales junto con las conglomerales, unificadas todas ellas bajo la denominación de concentraciones no horizontales, son objeto de tratamiento a través de un único instrumento: Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [DO C 265 de 18.10.2008, p. 6/25 (2008/C 265/07)].

Encuentra lo anterior su explicación en el hecho de que, frente a las concentraciones horizontales, en las que las partes de la concentración son competidores reales o potenciales dentro de un mismo mercado de referencia, tanto en las concentraciones verticales, como en las conglomerales las partes operan en diferentes mercados de referencia.

Las premisas generalmente aceptadas por los economistas para el examen de los aspectos verticales de las concentraciones cabe resumirlos al modo siguiente (V. Briones, Folguera, Font y Navarro, Op. Cit., Pág. 244): **(i)** las relaciones verticales, en sí mismas, no plantean problemas de competencia pero sí pueden hacerlo a través de las repercusiones que puedan llegar a tener sobre las relaciones horizontales; **(ii)** la naturaleza de estos posibles problemas

derivados de una concentración/relación vertical determinada se pueden agrupar en tres categorías principales: **(a)** que de ella se derive un efecto de exclusión de competidores (teorías de cierre de los mercados – *foreclosure* – y de incremento de los costes de las empresas rivales); **(b)** que una determinada concentración o relación vertical pueda facilitar la colusión en un mercado relacionado (ascendente o descendente), y **(c)** que en mercados con precios regulados, la integración vertical de la empresa cuyos precios se regulan pueda dificultar el control de sus costes efectivos y por lo tanto restar eficacia al control de precios (en general, sobre concentraciones verticales y aspectos verticales de las concentraciones puede consultarse: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 9; Págs. 243 y Ss./sobre aspectos no sólo verticales, sino también conglomerales, Martínez del Peral Cagigal I.: “*La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas*”. GJ 1993. D-20; Págs. 83 y Ss.).

Lo anterior motiva que, en la práctica, no sean tan frecuentes los supuestos de concentraciones verticales puras. Se cita (Briones, Folguera, Font y Navarro; Op. Cit.; Pág. 246) como el primer asunto en el que la Comisión recibió una notificación de una concentración de esta clase el asunto ICI/Tioxide (decisión de 28-11-1990; asunto IV/M.23):

“Tioxide era una filial común entre ICI, el principal suministrador de pintura del mundo, y Cookson. La operación notificada consistía en la compra de la totalidad de Tioxide por parte de ICI. Tioxide fabricaba y vendía dióxido de titanio (un pigmento blanco utilizado como materia prima por los fabricantes de pintura) a ICI y a otros fabricantes de pintura competidores de ICI. La Comisión consideró explícitamente en este caso: i) la posibilidad de que ICI limitara el acceso de fabricantes de pintura competidores a la materia prima que constituye el dióxido de titanio, y ii) la posibilidad de que ICI lograra mediante el control completo del principal proveedor de dióxido de titanio una ventaja significativa de costes sobre sus competidores. La Comisión autorizó la concentración tras verificar la existencia de suministradores de dióxido de titanio no integrados en la fabricación de pintura y que éstos constituían una fuente de suministro alternativa suficiente. Por lo tanto, la Comisión concluyó que la adquisición del control de Tioxide no crearía o reforzaría una posición dominante de ICI en el mercado descendente de la pintura, al no existir riesgo de cierre del mercado en el acceso a la materia prima”.

Otro ejemplo clásico de concentración vertical es el que se refiere al asunto *Viag/Continental Can* (decisión de 6 de junio de 1991, Asunto IV/M.081) donde el productor de aluminio, *Viag*, adquiría el sector de envasado en Europa de *Continental Can* que fabricaba latas metálicas para las que empleaba acero y aluminio. También en este caso la existencia de proveedores alternativos de materias primas para el resto de fabricantes llevó a la Comisión a entender que no se producía una restricción apreciable del juego de la competencia.

En línea con lo anterior, como se destaca en las propias Directrices (Considerandos 11 y 12), las concentraciones no horizontales, ya sean verticales o conglomerales, tienden a producir menos efectos restrictivos netos para el juego de la competencia que las horizontales. La razón de lo anterior hay que encontrarla en que, a diferencia de las horizontales, no suponen una disminución directa de la competencia entre las partes concentradas dentro de un mismo mercado de referencia (lo que, al ocuparnos de las concentraciones horizontales estudiamos bajo la rúbrica de “efectos anticompetitivos no

coordinados”). Razones similares, como sabemos, serán las que lleven a las autoridades de la competencia a ser más benevolentes con la colusión vertical que con la horizontal. A lo anterior habrá que añadir que las concentraciones no horizontales son más proclives que las horizontales a la hora de propiciar eficiencias, cuestión sobre la que habrá oportunidad de abundar.

Por otra parte, puede ocurrir que una misma operación de concentración produzca restricciones o efectos horizontales, verticales y conglomerales o sólo algunos de ellos. Cuando lo anterior se da, las propias Directrices sobre concentraciones no horizontales declaran (V. considerando 7) que cada clase de efectos deberán ser examinados a la luz de las Directrices que correspondan, resultando compatible, por tanto, la aplicación a una sola operación de las Directrices sobre Concentraciones Horizontales junto con la de las Directrices sobre Concentraciones no horizontales (verticales o conglomerales). A la vista de lo anterior, una opción con vistas a la exposición pudiera haber sido la de analizar una única operación de concentración entre *Telefónica* y *Sogecable* para pasar a examinar de forma acumulada todos los efectos o restricciones, horizontales o no, de tal operación. Nos ha parecido, sin embargo, lo más clarificador tratar de una concentración horizontal y otra vertical como operaciones independientes.

Ante una concentración vertical como la que planteamos consistente en la toma de control por parte de *Telefónica* de la plataforma de TV de pago de *Sogecable*, el mercado español de la TV de pago podría ser mercado afectado por la existencia de relaciones verticales, desde el momento en el que *Sogecable* disfrutaría de una cuota muy superior al 25 % dentro del mercado de la TV de pago, posterior al de la transmisión de señal audiovisual en el que *prima facie* podría estar activa *Telefónica*, en cuanto que operadora de telecomunicaciones.

Hay mercados afectados por la existencia de relaciones verticales cuando una de las partes de la concentración cuenta con una cuota de mercado igual o superior al 25 % en un mercado anterior o posterior a otro en el que se encuentre operando otra de las partes de dicha concentración (formulario incorporado como anexo al Reglamento de Aplicación y, en análogo sentido, Sección 5.ª del Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero). No es necesario que exista entre ambas partes una relación cliente/proveedor: es decir, en nuestro caso, no afectaría a esta calificación el hecho de que *Telefónica* no viniera prestando servicios de transmisión de señal audiovisual a *Sogecable*.

En estos casos se considera mercado afectado tanto este último como el anterior o posterior a él (*Vid* nota al pie al formulario en Reglamento de Aplicación): “*Del mismo modo, si una empresa verticalmente integrada se fusiona con otra parte que está activa en un mercado posterior y la fusión se traduce en una cuota de mercado combinada en el mercado posterior de al menos el 25 %, tanto el mercado anterior como el posterior son mercados afectados*”. Sin embargo, nosotros ahora centramos nuestras reflexiones exclusivamente en el mercado que nos ocupa, que es el español de la TV de pago.

Tal y como veremos al ocuparnos del mercado español de la transmisión de señal audiovisual, no cabe actualmente hablar de un mercado español de la transmisión de señal audiovisual sobre RTPC o ADSL, por razones muy similares a las que vimos al tratar del cable, a saber, *Telefónica*, a los efectos que ahora nos interesan, sería una entidad integrada verticalmente que se autoprestaría los servicios de transmisión de señal audiovisual sobre su RTPC para la prestación a los usuarios finales en el mercado descendente de la TV de pago

su servicio *Imagenio* sobre ADSL. No obstante, a raíz de la concentración que planteamos, la misma *Telefónica* podría hacer llegar a través de su RTPC a los usuarios finales, no sólo la señal de *Imagenio*, sino también la de *Canal Satélite Digital*. O, puesto en otros términos, *Canal Satélite Digital* podría llegar a los abonados a través de la vía actual de la antena parabólica y, además, a través del par de cobre reforzado con técnica ADSL, y lo mismo podría suceder con *Imagenio*, que podría también beneficiarse de esa duplicidad de plataformas.

Partiendo de esta situación, la sección descendente *Telefónica*, que pasaría a estar presente en el mercado afectado de la TV de pago a través de dos plataformas de entrega, a consecuencia de la posición dominante adquirida tras la operación, podría llegar a tener la capacidad y el estímulo para incrementar los precios, retardar la innovación, reducir la variedad o rebajar la calidad de sus servicios de TV de pago en detrimento de los abonados. En este sentido, en las Directrices sobre concentraciones no horizontales/verticales de la Comisión, para que una concentración vertical no plantee problemas de competencia se exige que, tras la operación, la cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados sea inferior al 30 %, lo que, claramente, no se daría en nuestro caso, al ser muy superior a ese porcentaje la cuota de mercado de *Telefónica* en el mercado afectado por la existencia de relaciones verticales de la TV de pago. Determinadas circunstancias, coincidentes con las que examinamos al tratar de la concentración horizontal (indicios de coordinación en el pasado, etc.) agravarían lo anterior.

Una concentración vertical de empresas puede llegar a suponer una obstaculización significativa del juego de la competencia, en particular, mediante la creación o refuerzo de una posición dominante; aunque también, como se viene diciendo, de un ambiente propicio para la colusión (véanse más abajo las referencias a los efectos anticompetitivos coordinados). Esto (considerando 15 de las Directrices): “*se debe esencialmente a que una concentración no horizontal puede modificar la capacidad y el incentivo para competir de las empresas participantes en la concentración y de sus competidores de forma perjudicial para los consumidores*”.

En el caso que nos ocupa nos ceñiremos a los efectos anticompetitivos proyectados sobre el mercado de la TV de pago que es el que nos atañe, prescindiendo, por tanto, de los efectos que la operación pudiera llegar a desplegar sobre los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas (p.e., si llegara a prescindirse de los servicios de capacidad satelital de *Hispsat* o *Astra* para el suministro de *Canal Satélite Digital* a los abonados). Partiendo de la anterior premisa, cuando hablamos de efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la concentración vertical, lo hacemos para referirnos al hecho de que, a resultas de la concentración, los competidores de la división inferior de la concentrada pueden perder la capacidad o el interés por competir en los mercados descendentes. Se trata de que la concentración vertical puede traducirse en un “cierre anticompetitivo del mercado” que impida a los rivales acceder a las fuentes de suministro o a los clientes. En nuestro caso, la operación podría inhabilitar o desincentivar a *ONO* para competir en el mercado de la TV de pago, y ello respondería, más que a un bloqueo de insumos (*ONO* no necesita de los servicios de comunicaciones electrónicas de *Telefónica* para actuar en el mercado de la TV de pago; ya se los presta ella misma), a un bloqueo de clientes. Lo anterior sería así por las dificultades de *ONO* para replicar el alcance y cobertura ofrecido por la red combinada de satélite y ADSL de *Telefónica* con vistas a la prestación de servicios de TV de pago en el mercado español.

Realmente, cuando las Directrices se refieren al bloqueo de clientes, lo hacen pensando en algo diferente, a saber, la situación que se da cuando la concentración vertical excluye a los rivales en sentido ascendente restringiendo su acceso a una base suficiente de clientes como consecuencia de integrarse un proveedor con un cliente importante en el mercado descendente. Es decir, y proyectando lo anterior sobre nuestro caso, se trataría del riesgo ya apuntado de que los competidores de *Telefónica* en los mercados de las comunicaciones electrónicas y de la transmisión de señal audiovisual (los operadores de satélites ya mencionados) pudieran verse excluidos de esos mercados ascendentes al perder un cliente importante, en este caso *Sogecable*. Sin embargo, nada impide utilizar esos mismos razonamientos para aplicarlos al mercado descendente de la TV de pago. Ciertamente es que la operación, en sí misma, no entrañaría una reducción del número de abonados de *ONO*; sin embargo, en un mercado como el de la TV de pago, con importantes economías no sólo de escala, sino también de alcance (*triple play*) y de densidad (efecto red), los riesgos del cierre del mercado y exclusión de *ONO* serían patentes. La operación, al tiempo que dificultaría la capacidad de *ONO* para sobrevivir en el mercado merced a la obtención de esas economías, lanzaría a *Telefónica* hacia el monopolio por la vía de esa misma obtención.

La existencia de economías de escala, alcance o densidad (efecto red) en el mercado de la TV de pago incrementaría, en fin, la capacidad de la concentrada para bloquear el acceso de los rivales a una base suficiente de clientes. En cuanto a las primeras, la concentración vertical podría excluir a *ONO* del mercado de la TV de pago si le impidiera acceder a una base de abonados bastante como para obtener las economías de escala que hicieran rentable su permanencia en el mercado. Las economías de alcance se darían en el caso del *triple play*: la concentración vertical podría llegar a privar a los cableoperadores de la capacidad de ofrecer en unas condiciones aceptables un servicio integrado de TV, acceso a Internet y telefonía.

En cuanto a las economías de densidad o efecto red, “cuando un producto ofrece externalidades de red, esto significa que los clientes o los productores se benefician de que otros clientes o productores estén utilizando también los mismos productos. Como ejemplos cabe citar los dispositivos de comunicación, los programas informáticos específicos, los productos que necesitan normalización, y las plataformas que reúnen a compradores y vendedores” (Nota al pie 90 de las Directrices). La integración vertical entre *Telefónica* y *Sogecable* supondría asociar el atractivo de los contenidos de ésta con la capilaridad del bucle de aquélla siendo así que los operadores de telecomunicaciones alternativos podrían no llegar a obtener las economías de densidad necesarias como para seguir acercando su propia red hasta el usuario final.

Determinados factores podrían contribuir a paliar los anteriores efectos anticompetitivos no coordinados, como, p.e., la capacidad de *ONO* para redirigir sus esfuerzos y capacidad hacia otros usos alternativos o servicios diferentes a los de TV de pago, como servicios de acceso a IT o de telefonía fija; sin embargo, no parece que lo anterior pudiera ser bastante como para contrarrestar los graves efectos anticompetitivos a que se viene haciendo referencia. Tampoco cabría pensar en que *ONO* pudiera acudir a contraestrategias como las basadas en la rebaja de los precios aplicados a los abonados.

En cuanto a los posibles efectos anticompetitivos coordinados, los mismos pasarían por el riesgo de que, a raíz de la concentración vertical, pudieran llegar a darse comportamientos coordinados entre la entidad nacida de la concentración y el resto de operadores activos en el

mercado de la TV de pago; lo que, por las razones que venimos dando y por las que expusimos también al ocuparnos de la concentración horizontal, no llegaría a darse.

Respecto a la posible concurrencia de neutralizadores de los efectos anticompetitivos de la concentración vertical, el mismo sería coincidente también con el que dejamos expuesto al tratar de la concentración horizontal. Alguna especialidad refieren las Directrices respecto de las eficiencias, que tienden a estar más presentes en las concentraciones verticales.

Dado que los productos de la división ascendente y de la descendente de la concentrada son entre sí complementarios, pues uno y otro se integran para dar lugar al producto final (o, al menos, a otro más elaborado y cercano a los eslabones finales de la cadena de valor), la integración puede dar lugar a la denominada “internalización de los márgenes dobles”. Es decir, se reduce o suprime el margen de beneficio entre la división ascendente y descendente de la concentrada, con lo que podrá reducirse la presión al alza sobre los precios en sentido descendente e incrementarse la demanda en sentido ascendente. En síntesis, las mejoras en la distribución de señal audiovisual a consecuencia de la integración de las dos plataformas, satélite y ADSL, y también, presumiblemente, de las parrillas programación y contenidos podría llevar a pensar en una rebaja de los precios aplicados a los abonados. Sin embargo, y como ya tratamos con la concentración horizontal, no parece que lo anterior pudiera a ser bastante a contrarrestar el riesgo de que el poder reforzado de *Telefónica* la llevara a un empeoramiento generalizado de los parámetros competitivos (precio, calidad, cantidad, innovación o diversidad) en perjuicio de los consumidores.

En resumidas cuentas, la operación supondría una elevación tal de las barreras de entrada dentro del mercado español de la TV de pago que a la fuerza tendría que ser prohibida.

(c) Concentraciones conglomerales

Muchas más dificultades que los efectos horizontales o verticales de la concentración, a la hora de su ponderación, entrañan los efectos conglomerales. Surgen cuando las partes de la concentración no se encuentran relacionadas vertical u horizontalmente, pero, ello no obstante, la operación podrá suponerles ventajas financieras, técnicas, comerciales o de otro tipo. Cita la doctrina (Martínez del Peral; también Calvo Caravaca y Goñi Urriza: “*El Control...*”; Pág. 298) el caso *Matsushita/MCA*, donde la primera, líder en la producción de terminales domésticos de recepción de servicios audiovisuales, adquiría *MCA*, importante productora norteamericana de películas cinematográficas. La Comisión valoró, por ejemplo, como los importantes recursos financieros de *Matsushita*, en un sector como el del cine, donde eran indispensables, podía contribuir a falsear el juego de la competencia en el mismo. No obstante y al final, se tuvo en cuenta la presencia de competidores al menos tan importantes como las empresas participantes en la operación y las barreras de entrada al mercado para la autorización de la Comisión, ya que la operación no daría lugar a la creación o al fortalecimiento de una posición dominante (Dec. Com. de 10 enero 1991, Asunto IV/37/CEE, *Matsushita/MCA*).

Así pues, habría que plantearse el riesgo de concentraciones conglomerales con efectos dentro del mercado español de la TV de pago. Vimos ya que las concentraciones conglomerales son objeto de tratamiento por la Comisión junto con las verticales a través de un mismo instrumento. Debemos recordar aquí que las concentraciones conglomerales, en tanto que no horizontales, tienen menos efectos restrictivos sobre el juego de la competencia

que las horizontales pues, al fin y al cabo, no suponen una directa eliminación de la presión competitiva dentro del mercado relevante.

Las concentraciones conglomerales son todas aquellas concentraciones que se dan entre empresas cuya relación no es ni horizontal (como competidores en el mismo mercado de referencia) ni vertical (como proveedores o clientes) – V. Considerandos 5 y 91 de las Directrices. No obstante, las Directrices se centran en las concentraciones entre empresas que operan en mercados estrechamente relacionados, por ejemplo las concentraciones que atañen a proveedores de productos complementarios, que son aquellos que tienen un mayor valor para un cliente si se utilizan o se consumen juntos que si se utilizan o se consumen por separado, o de productos que pertenecen a la misma gama de productos, que son fácilmente sustituibles desde el lado de la oferta. Esto es fácilmente explicable ante la imposibilidad de reducir a una sistemática común aquellas concentraciones conglomerales en las que los mercados afectados carezcan de relación entre sí.

Lo anterior determina que en el caso de concentraciones conglomerales o, al menos, de concentraciones en las que los efectos conglomerales convivan con otros horizontales o verticales, dentro de los *“mercados en los que la concentración pueda tener un impacto significativo”* deba atenderse especialmente a los enumerados en tercer lugar en el formulario anexo al Reglamento de Aplicación: *“Cuando un mercado de producto, en el que una de las partes de la concentración tuviera una cuota de mercado superior al 25 %, fuera un mercado próximo estrechamente relacionado con otro en el que otra de las partes ostente también una cuota de mercado superior al 25 % (considerándose mercados de producto próximos estrechamente relacionados aquellos que fueran entre sí complementarios o que pertenecieran a una misma gama de productos al ser comprados por un mismo grupo de clientes para el mismo uso final)”*.

La Comisión aclara (nota al pie n.º 18 del Reglamento de Aplicación): *“Los productos (o servicios) se consideran complementarios cuando, por ejemplo, el uso (o consumo) de un producto básicamente supone el uso (o consumo) del otro, como ocurre con las grapadoras y las grapas y las impresoras y los cartuchos de impresora”*. Dentro de la difusión televisiva el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, que, en un sentido amplio, engloba el suministro de descodificadores o tarjetas inteligentes, sería complementario del mercado de la TV de pago. Aclara también la Comisión, en cuanto a lo que son productos integrados en una misma gama (nota al pie n.º 19 del Reglamento de Aplicación): *“Por ejemplo, el whisky y la ginebra que compran bares y restaurantes y los distintos materiales que pueden comprar los fabricantes de determinada clase de productos para embalar su mercancía”*. Podría ser también el caso de los canales temáticos y de otras obras audiovisuales diferentes a estos que integran la parrilla de programación de los operadores de TV de pago

Las otras dos categorías dentro de los mercados en los que la concentración puede tener un impacto significativo serían: **(i)** cuando en un mercado de producto, en el que cualquiera de las partes de la concentración tuviera una cuota superior al 25 %, otra de las partes implicadas sea competidora potencial (entendiendo por tal aquélla que tuviera planeado entrar en el mercado o hubiera puesto en práctica dichos planes dentro de los dos años anteriores); **(ii)** cuando en un mercado de producto, en el que cualquiera de las partes de la concentración tuviera una cuota superior al 25 %, otra de las partes de dicha concentración sea titular de derechos de propiedad intelectual importantes para ese mercado.

Como tendremos oportunidad de comprobar a lo largo de la tesis, los efectos conglomerados de las concentraciones relacionadas con los mercados que estudiaremos no son tantos como a simple vista pudieran parecer, pues lo más normal será que entre las empresas implicadas se den relaciones horizontales o verticales. Podríamos, si acaso, citar los efectos conglomerados en el asunto *BiB* donde las partes implicadas operaban en mercados complementarios como eran el de los servicios de TV de pago y el de los servicios de TV digital interactiva (para el televidente resultaba un mayor valor del disfrute de ambos servicios a través de una misma plataforma tecnológica: televisor, decodificador, etc.). También cabrá imaginar esos mismos efectos en los diferentes mercados de producto implicados en el fenómeno del *triple play*.

El papel del operador de TV de pago con relación a la prestación de servicios interactivos sobre la base de su plataforma dependerá de las concretas circunstancias del mercado nacional. Con relación a los servicios interactivos que, para entendernos, podríamos llamar “audiovisuales” (video a la carta) – ajenos, como venimos insistiendo, a la TV en abierto por razones comerciales (se prestan por el operador a petición individual del usuario contra el abono de una contraprestación) y técnicas (requieren un ancho de banda superior al que ofrece la plataforma terrestre) – lo normal será que se integren en la oferta del operador de TV de pago (llámese *Digital +* de Sogecable, *OJO* de *ONO* o *Imagenio* de *Telefónica*). Ahora bien, y sobre todo con relación a los operadores de cable en sentido amplio (el cable de *ONO* o el par de cobre de *Telefónica*), nada impediría que los mismos actuaran sólo como operadores “puros” de comunicaciones electrónicas limitándose a poner su infraestructura a disposición de un prestador de servicios audiovisuales a fin de que fuera éste el que prestara al usuario final los servicios de *video on demand*.

En cuanto a los otros servicios interactivos que, ya dijimos, sí podrían, a diferencia de los anteriores, prestarse sobre la plataforma de la TV digital terrestre en abierto (*free to air TV*), cuando se presten apoyándose en la plataforma de un operador de TV de pago – como ocurría en el caso de *BiB* – las posibilidades serán, básicamente, las dos siguientes: **(a)** que el operador de TV de pago contrate esos servicios para luego incorporarlos a su oferta dirigida a sus abonados (es decir que el operador de TV de pago se interponga entre el prestador de servicios interactivos y el usuario final); **(b)** que ese mismo operador de TV de pago se limite a ofrecer su plataforma a fin de que el prestador de servicios interactivos pueda suministrar estos a los abonados de aquél.

Si nos ceñimos al mercado español, en que las autoridades de la competencia entienden que los servicios de TV digital interactiva no están tan desarrollados como para dar lugar a un mercado independiente al principal de la TV de pago, los riesgos de concentración conglomerada relacionados con el mercado de la TV de pago habría que planteárselos sobre todo en el caso de concentración entre un operador de TV de pago y otro activo en alguno de los dos mercados aledaños de los servicios de acceso a IT o de los servicios de telefonía fija (los otros dos componentes del llamado *triple play* y que, en sentido estricto, serían mercados minoristas de comunicaciones electrónicas). También cabría plantearse esos efectos conglomerados ante un caso de concentración que involucre a un operador de TV de pago y a otro de TV en abierto, a medida que la digitalización y las ofertas combinadas de servicios gratuitos y de pago tiendan a integrar servicios de TV de pago y de TV en abierto dentro de una misma gama de servicios; sin embargo, parece aún pronto para esta evaluación, pues servicios en abierto y de pago se encuentran aún muy diferenciados (p.e., tomando el caso de *Sogecable*, sus servicios en abierto se ofrecían bajo una marca diferente, *Cuatro*, y en unas condiciones muy diferenciadas a las de sus servicios de pago, que prestaba a través de *Canal Satélite Digital*).

A la vista de las anteriores afirmaciones, habría que preguntarse cuáles de las empresas activas en el mercado español de los servicios de acceso a IT (ISPs o *Internet Service Providers*) o de telefonía fija estarían más cerca de integrarse con *Sogecable* (*Telefónica* y *ONO*, ya y por sí solas, estarían activas en esos otros dos mercados). La respuesta, por la lógica y la historia del mercado, parecería apuntar de nuevo a *Telefónica*. Al margen de que la presencia de ésta en esos otros dos mercados de la telefonía fija y del acceso a IT ofrezca cuotas muy superiores a la del 30 %, también la presencia de *Sogecable* con una cuota muy superior a ese umbral en el mercado afectado de la TV de pago bastaría para exigir un estudio más en profundidad de los efectos anticompetitivos de la operación (en este punto, la Comisión, en sus Directrices, sigue el mismo criterio para las concentraciones verticales y para las conglomerales). Partimos de nuevo aquí, por las mismas razones de claridad expositiva ya referidas, de una concentración conglomeral *Sogecable/Telefónica* con sustantividad propia, aún cuando otra opción pudiera haber sido la de partir de una única operación para, a continuación, ir desbrozando las diversas restricciones al juego de la competencia de carácter horizontal, vertical y conglomeral a la luz del instrumento correspondiente.

Los principales efectos anticompetitivos no coordinados derivados de una concentración conglomeral se traducen en el cierre de mercados. Éste viene a ser consecuencia del fenómeno denominado como “apalancamiento” que se da cuando la nueva entidad, gracias a su sólida posición en un mercado de producto (“mercado del producto vinculante” o “mercado palanca”), puede incrementar sus ventas en otro estrechamente relacionado con el anterior (“mercado del producto vinculado” o “mercado del paquete”) recurriendo a técnicas como son la de la vinculación de productos o la de venta empaquetada.

En el caso de la concentración que planteamos, dada la sólida posición, incluso dominante, de la nueva compañía, a la que llamaremos *S/T*, tanto en el mercado de la TV de pago, como en el del acceso a IT y como en el de la telefonía fija, no cabría descartar de antemano que cualquiera de esos mercados pudiera ser utilizado como mercado palanca. Sin embargo, y necesitados de simplificar, consideraremos como mercado palanca el de la TV de pago, al ser también el de un mayor reclamo publicitario y el que presentaría una oferta dotada de una mayor identidad de marca y diferenciación, y donde sería menos indiferente para el usuario optar por un proveedor alternativo (p.e., le será más indiferente a un abonado tener contratado el ADSL o la telefonía fija con *ONO* o *Telefónica* que el tener contratada la TV de pago con *ONO* o *Sogecable*). Tras la concentración las opciones de sustitución del abonado quedarían reducidas al mínimo en el mercado español de la TV de pago en el que sólo podría elegir entre la oferta de *S/T* y la de *ONO* (*OJO*). En cambio, en el mercado de la telefonía fija y en el de los servicios de acceso a IT podría optar por la oferta de los otros prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas activos en España (incluido *ONO*).

La vinculación se da cuando se obliga al comprador de un producto, llamado vinculante, a adquirir otro producto del proveedor, el cual recibe el nombre de vinculado (si, por ejemplo, *S/T* obligase a que el abonado a TV de pago contratase también los servicios de telefonía fija o de acceso a IT). Esta opción no sería creíble ni por normativa sobre consumidores y usuarios ni por el marco regulador al que se encontraría sujeto el incumbente español de telecomunicaciones de acuerdo con el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

Hay empaquetamiento cuando determinados productos o servicios sólo son comercializados de modo conjunto (empaquetamiento puro; si, por ejemplo, los servicios de TV de pago sólo

fueran comercializados por *S/T* junto con los de acceso a IT y/o los de telefonía fija) o si también lo son por separado, pero a un precio superior (empaquetamiento mixto; si, por ejemplo, los servicios de teléfono, acceso a IT y TV resultan más económicos si son contratados conjuntamente a través de *S/T*). Los anteriores son también conceptos manejados en el campo de la colusión vertical. Dado que, por razones evidentes, no sería concebible que *S/T* renunciara a la comercialización por separado de los diversos componentes del *triple play*, parece que los mayores riesgos para el juego de la competencia derivarían de las prácticas de empaquetamiento mixto.

La vinculación y la venta empaquetada pueden ser inicialmente tenidas por prácticas procompetitivas que permiten mejorar las condiciones de oferta referidas a diversos productos de los proveedores que son comercializados de una manera más cómoda o rentable (piénsese, por ejemplo, en el empleo de una sola visita y contacto comercial para que el abonado contrate los tres servicios a que nos venimos refiriendo; la prestación unificada de servicios postventa; el ahorro derivado de la publicitación conjunta de los tres servicios, etc.).

Sin embargo, cuando el apalancamiento lleva a un cierre del mercado frente a los competidores reales o potenciales cabrá entender que la concentración conglomeral supone una obstaculización significativa del juego de la competencia y un riesgo de degradación de las condiciones competitivas sobre precios, calidad, cantidad o innovación. Esto podrá llevar a la creación o refuerzo de una posición dominante dentro del mercado afectado pero también a la creación de un entorno favorable a la colusión. En nuestro caso, el empleo del gancho de la TV de pago para inducir al abonado a contratar los servicios de telefonía e IT de *S/T* podrían producir un efecto de exclusión y cierre sobre estos últimos dos mercados.

Los elementos que la Comisión valora en relación con el cierre del mercado son los mismos que vimos al ocuparnos de los efectos anticompetitivos no coordinados de las concentraciones verticales (bloqueo de insumos y de clientes), a saber **capacidad para el cierre del mercado, incentivo para el cierre del mercado e impacto probable del cierre del mercado sobre el juego de la competencia**:

❖ **Capacidad para el cierre del mercado.** De entre los factores tomados en cuenta por la Comisión para evaluar la capacidad de la concentrada para cerrar el mercado podríamos destacar: las ***características específicas de los productos***, la ***base de clientes de los productos agrupados*** y la ***posibilidad de que los competidores desplieguen contraestrategias***.

- Sobre las ***características específicas de los productos***, podría destacarse que las mismas deberán efectivamente permitir la vinculación o venta empaquetada. Lo fundamental será que todos los productos vinculados o empaquetados sean adquiridos a la vez por unos mismos clientes, lo que claramente sucedería en nuestro caso. Además, al menos uno de los productos vinculados o empaquetados debe ser considerado esencial por los clientes y presentar pocas opciones de sustitución (en los mismos ejemplos esos productos serían, principalmente, los propios servicios de TV de pago de *S/T* para los que no habrían grandes opciones de sustitución).
- En cuanto a la ***base de clientes de los productos agrupados***, es preciso observar que cuanto más amplia sea la base común de clientes entre los diversos productos agrupados mayor será el riesgo de que existan economías de alcance, escala o red

que puedan contribuir al cierre del mercado en términos muy parecidos a los que dejamos destacados más arriba al tratar de la capacidad para el bloqueo de clientes en los efectos anticompetitivos no coordinados de la concentración vertical. Lo anterior resultaría indudable en el ejemplo a que nos venimos refiriendo al ser los mercados de la difusión televisiva y los de las comunicaciones electrónicas mercados con una fortísima presencia de economías de escala, de alcance (efecto gama) y de densidad (efecto red).

- Y en cuanto a ***la posibilidad de que los competidores desplieguen contraestrategias***, las mismas podrán en efecto contribuir a neutralizar los efectos del apalancamiento cuando, por ejemplo: **(i)** las empresas monoproducción puedan coordinarse entre sí para hacer ofertas conjuntas (en nuestro caso, esa combinación de ofertas, aún cuando pudiera llegar a darse con los componentes del acceso a IT o la telefonía fija, más difícilmente integraría una oferta de TV de pago capaz de replicar la de *S/T*); **(ii)** si existe un arbitraje de un tercero que adquiriera el grupo de productos para luego hacer ventas por separado en condiciones rentables (difícil también en nuestro caso); **(iii)** o si los rivales pueden rebajar los precios para compensar la rentabilidad obtenida por los clientes de la compra conjunta (de nuevo, aún cuando lo anterior pudiera ser una opción en el caso del acceso a IT o de la telefonía fija, más difícilmente lo sería en el de la TV de pago).
- ❖ **Incentivo para el cierre del mercado.** El incentivo que pueda tener la entidad integrada para el cierre del mercado estará a expensas de la rentabilidad que ello le pudiera suponer. Ésta, a su vez, dependería de que los ***beneficios*** derivados de la vinculación o empaquetamiento excedan de los ***costes***.
 - En cuanto a los ***costes***, la vinculación o empaquetamiento puede suponer pérdidas para la concentrada por muy diversas vías: p.e., si un importante número de clientes se decanta por adquirir de los competidores uno solo de los productos o, sencillamente, por no adquirirlo de nadie, ello podrá suponer un importante perjuicio económico para la entidad integrada. Como expusimos más arriba, la opción más creíble en nuestro caso pasaría por fórmulas de empaquetamiento mixto que permitieran a los clientes de *S/T* adquirir los servicios de TV, IT y telefonía a un menor coste que si los adquirieran por separado. Sería un riesgo, por ejemplo, para *S/T* el hecho de dejar de ser competitiva en precios en la comercialización monoproducción de los servicios de TV de pago; sin embargo, probablemente por razón de los contenidos ofrecidos (fútbol y grandes estrenos), los abonados seguirían dispuestos a sacrificar una parte de su excedente a cambio de disfrutar de los mismos. En cuanto al riesgo de que la oferta monoproducción de *S/T* dejara de ser atractiva en acceso a IT o telefonía fija, ciertamente podría llegar a darse y que los usuarios no interesados en servicios de TV de pago se decantaran por los ofertas de otros operadores de telecomunicaciones, al jugar aquí la marca un papel menos importante y ser más indiferente cuál sea el proveedor. A la vista de lo anterior, posiblemente, *S/T* mantendría los precios de comercialización monoproducción de IT y telefonía en unos umbrales más competitivos que esos mismos precios de comercialización monoproducción de los servicios de TV de pago. A su vez, entre el colectivo de usuarios de TV de pago, la aplicación de un precio menor para los servicios de TV de pago en el caso de la contratación multiproducción podría actuar como incentivo para la contratación

también de los servicios de IT y telefonía, ensanchando así la cuota de mercado de S/T también en esos mercados vinculados.

- Y en cuanto a los **beneficios**, los mismos se relacionan con el incremento de las cuotas de la concentrada en el mercado o mercados de referencia o de su capacidad de incrementar el precio en dicho mercado o mercados debido a su poder de mercado incrementado.

El hecho de que los beneficios lleguen a ser mayores que los costes dependerán de los más diversos factores. Uno especialmente importante residirá en la diferencia de valor relativo entre los diversos productos agrupados: si, por ejemplo, el producto vinculante es mucho más valioso que el vinculado a la concentrada podrá no compensarle la disminución de ventas del primero derivada de la vinculación. Ciertamente, los servicios de TV de pago presentarían un mayor valor que los de IT o telefonía. Ahora bien, dadas las características del mercado español y la posición reforzada de S/T en TV de pago, posiblemente, formulas de empaquetamiento mixto como las descritas no tendrían por qué llevarla a bajar en ventas dentro de ese mercado de forma importante. Por otra parte, la existencia de importantes economías de densidad, alcance y escala en los otros dos mercados de comunicaciones electrónicas previsiblemente más que compensaría una eventual y no excesiva reducción de ventas en el mercado vinculante de la TV de pago.

Para calibrar los incentivos para el cierre del mercado, la Comisión se refiere a algunos otros factores entre los que podría destacarse la estructura de propiedad de la entidad resultante de la concentración. Por ejemplo, en el asunto T-210/01, *General Electric/Comisión*, Rec. 2005, p. II-000, apartado 385 y en el asunto COMP M.4561 — *GE/Smiths Aerospace*, apartado 119, el caso era el de dos empresas que tenían el control conjunto de una empresa activa en un mercado pero sólo una de las dos operaba en el mercado adyacente por lo que la otra, presumiblemente, no debía tener interés en renunciar a las ventas en el mercado vinculante o mercado palanca. En nuestro país, veremos que, tras la fusión digital, la nueva plataforma de TV de pago por satélite quedó participada por *Telefónica* y por *Sogecable*. De ellas, sólo la primera estaba activa en los mercados, adyacentes al de la TV de pago, de la prestación de servicios de telecomunicaciones (acceso a Internet, telefonía, etc.). De aquí que *Sogecable* no llegara a tener interés en la vinculación de los servicios de TV de pago a otros más relacionados con las telecomunicaciones como los citados; caso distinto podía ser el de *Telefónica*.

- ❖ **Impacto probable del cierre del mercado sobre el juego de la competencia.** Este análisis es prácticamente coincidente al que describimos cuando nos ocupamos de los efectos no coordinados de las concentraciones verticales. En definitiva, el cierre de los mercados correspondientes a los productos agrupados, con el riesgo consiguiente de exclusión de competidores reales y de disuasión de los potenciales, podrá suponer una obstaculización significativa del juego de la competencia, lo que, al final de la cadena de valor, llevará a que los consumidores disfruten de productos o servicios más caros o escasos, peores o menos novedosos.

Respecto a los efectos anticompetitivos coordinados, en la medida en que la concentración conglomeral puede suponer una reducción del número de competidores

reales o potenciales en relación con los mercados de los productos agrupados, puede llegar a crear un ambiente mucho más propicio para la colusión y para los efectos coordinados. Este riesgo, por razones ya explicadas, podría darse en nuestro caso más en relación con los mercados vinculados del acceso a IT y de la Telefonía, en los que *S/T* coexistiría con otros varios operadores, que en el vinculante de la TV de pago.

En relación con los neutralizadores, de nuevo procederá hacer una remisión a lo dicho al tratar de la concentración horizontal. También aquí, como en el caso de la concentración vertical, cabría citar alguna especialidad relacionada, sobre todo, con el juego de las eficiencias.

En este sentido, se hace preciso recordar que las concentraciones no horizontales son más dadas a las eficiencias que las horizontales. En el caso de las conglomerales, al referirse a mercados de productos pertenecientes a una misma gama o cesta de compra y que tienen como destinatarios a un mismo grupo de clientes, las eficiencias pueden ir referidas a la distribución mediante la creación de puntos de venta únicos. Además, modulando eficiencias ya estudiadas al tratar de las concentraciones verticales (“internalización de márgenes”), puede hablarse en el caso de las conglomerales del denominado “efecto Cournot” (V. Considerando 117 de las Directrices). Como consecuencia del empaquetamiento o de la vinculación, la concentrada puede tener en cuenta economías de gama o alcance que le permitan rebajar los precios aplicados a sus compradores o clientes lo que atenuará la presión competitiva sobre los precios aguas abajo.

En conclusión, una concentración conglomeral como la propuesta entre *Sogecable* (activa en el mercado de la TV de pago) y *Telefónica* (activa en ese mismo mercado y, además, en los complementarios de los servicios de telefonía fija y acceso a IT) podría permitir a la nueva entidad *S/T* emplear su posición en el mercado palanca o vinculante de la TV de pago para protagonizar fórmulas de empaquetamiento mixto que produjeran efectos anticompetitivos no coordinados (exclusión de operadores y cierre a la entrada de competidores potenciales) y coordinados (ambiente propicio para la colusión con otros operadores subsistentes) en los mercados vinculados inscritos en el segmento de las comunicaciones electrónicas de los servicios de telefonía fija y el acceso a IT.

(2) Ante abusos de posición dominante

(a) Aspectos generales

En relación con la posibilidad de abuso de posición dominante dentro del mercado español de la TV de pago, habría que empezar por el **examen estructural** del mismo, centrado en la determinación de si existe o no posición dominante, antes de pasar al **examen de comportamiento**, referido a determinar si ha existido una explotación abusiva de la posición dominante previamente constatada.

- ❖ **Examen estructural**. Pasando por tanto a determinar la existencia o no de esa posición dominante cabría observar lo siguiente. Conforme a la doctrina reiterada de las autoridades de la competencia y a la jurisprudencia, sobre todo, del TJCE, la posición dominante en el mercado pertinente es presupuesto necesario del abuso de esa posición, pero no basta por sí sola para que este último se dé si no es compañía de otros

factores; dicho en otras palabras: no puede haber abuso sin posición dominante pero si puede haber posición dominante sin abuso.

Por ejemplo, en el asunto *Michelin* (sentencia del el Tribunal de Justicia Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, *Michelin c. Comisión*, Rec. 3461. consid. 57) una de las afirmaciones fue la de que “*la existencia de una posición de dominio no implica en sí misma ningún reproche para la empresa que la detenta*”. Se trata de una cuestión no sujeta a controversia en los diversos pronunciamientos de las autoridades de la competencia. Puede verse también en idéntico sentido la resolución de 29 de julio de 1993 del TDC (as. 329/1993, *Cofradía de pescadores de Cariño*): “*la existencia de una situación de dominio en el mercado que disfruta un operador económico en virtud de una norma o de una situación de hecho pura y simplemente, no está prohibida en sí misma ni constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia*”.

Un ejemplo relativamente reciente lo encontramos en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de enero de 2004 derivadas de la denuncia presentada por *Sintagmo* contra *Aurum Producciones* por presuntas conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia derogada consistentes en denegar el suministro, contratado verbalmente, de la película *El Señor de los Anillos*, y subordinarlo al alquiler de otras películas (Expte. r 552/03, *El Señor de los Anillos*). En su Resolución el Tribunal empezó por delimitar el mercado relevante, que era el mercado nacional de distribución de películas para su exhibición en salas de cine. En este mercado, *Aurum* era uno de los veinticinco oferentes con mayor recaudación (en el año 2002 obtuvo la octava mayor recaudación, 4,96 % del total) y *Sintagmo* uno de los varios cientos de demandantes. El Tribunal desestimó el recurso interpuesto contra la decisión de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia entendiendo que no existían indicios de posición dominante, al existir productos alternativos y dado que la cuota global de mercado de *Aurum*, incluso en años de explotación de películas de gran éxito comercial, fue muy baja, lo que hacía improbable una ocasional independencia de comportamiento, sobre todo con clientes como *Sintagmo* que no carecían de poder negociador al concentrar todas las salas de cine de una capital de provincia.

A diferencia de lo sucedido con el mercado español de la TV en abierto, en el que no cabría especular con la existencia de posición dominante individual de ningún operador, aunque sí colectiva, en el caso del mercado español de la TV de pago es perfectamente posible plantearse la existencia de una posición dominante individual en manos de *Sogecable*.

Lo primero sería, entonces, precisar si habría o no una posición dominante dentro del mercado español de la TV de pago definida ésta sobre dos polos, a saber: (i) la posibilidad de que *Sogecable* pueda llegar a adoptar una estrategia propia e independiente que sea inmune a la reacción de sus competidores, proveedores o clientes; (ii) la posibilidad de que la propia *Sogecable* pueda llegar a influir sobre el comportamiento de esos otros operadores económicos y, por ende, sobre la competencia efectiva dentro del mercado español de la TV de pago. Para la determinación de lo anterior, se impone un **análisis estático**, centrado en la cuota de mercado, además de otro de carácter más **dinámico**, referido a las barreras de entrada y a otros factores. En la jurisprudencia queda reflejado este planteamiento en *United*

Brands (1978; Op. Cit.; considerando 67) y *Hoffmann La Roche* (1979; considerando 49) y en la doctrina francesa puede, por ejemplo, verse Bolze, C. en “*Abus de position dominante*”, *Repertoire Dalloz de Droit Communautaire*, 1 y ss. (1992).

➤ **Análisis estático (cuota de mercado).** A este respecto los aspectos esenciales son los referidos al **tamaño** y a la **permanencia** de la cuota de mercado:

- **Tamaño de la cuota.** Para el cálculo de las cuotas de mercado se suele seguir el criterio del volumen de ventas por el TDC; pero en ocasiones el Tribunal acude a criterios complementarios, como el número de abonados a un servicio (Resol. de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, fund. 5). En el mercado español de la TV de pago el mejor criterio para fijar la cuota de mercado pasaría por atender al valor de los ingresos de los operadores. Partiendo siempre de este criterio, habría que pasar a evaluar el tamaño de la cuota de mercado disfrutada por *Sogecable* y, asimismo, su permanencia a lo largo del tiempo. En este sentido, vimos ya que en 2006 la cuota de mercado de *Sogecable* se situaba en umbrales rayanos en el 80 %. Lo anterior permitiría hablar de una cuota de mercado absoluta que, por sí misma y sin necesidad de otros factores, determinaría la existencia de una posición dominante individual dentro del mercado español de la TV de pago en manos de ese operador.

En efecto, y por ejemplo, en sus sentencias de 13 de febrero de 1979 (as. 85/76, *Hoffmann La Roche/Co. AG v. Commission*, Rec. 1139 consid. 46, consid 56 y 60), el Tribunal de Justicia consideró que cuotas del 75, 84, 87 y 90 por ciento eran por sí demostrativas de la existencia de posición de dominio. Partiendo de esta jurisprudencia, podría darse el valor de cuota de mercado de valor absoluto precisamente a la del 80 %. Y si bien es cierto que cuotas de mercado muy elevadas, en torno al 80 e incluso al 90 %, han llegado a no ser determinantes de la existencia de posición dominante individual, ello ha sido por la existencia de factores absolutamente extraordinarios como, por ejemplo, el hecho de tratarse de un mercado emergente que era necesario consolidar para que los consumidores disfrutaran de productos novedosos (vg, servicios interactivos) o el de tratarse de un mercado muy expugnable, con bajas barreras de entrada, en el que esas cuotas muy elevadas se mantenían gracias a la comercialización de los productos y servicios a precios muy competitivos. Ninguna de estas circunstancias se daría en el mercado español de la TV de pago, razón por la que no cabría rebatir la existencia de una posición dominante individual disfrutada por *Sogecable*.

Al tratarse de una cuota de mercado absoluta, no resultaría necesario acudir a otros factores para determinar la existencia de esa posición dominante (cuotas de otros competidores, titularidad de insumos esenciales, barreras de entrada, dependencia respecto de competidores o clientes, etc.); lo que, en cambio, sí resultaría necesario en el caso de cuotas de mercados relativas, que son las que pueden también determinar una posición dominante, pero conjugadas con otros factores, lo que vimos, al ocuparnos del abuso de posición dominante, sucedía dentro del mercado de la TV en abierto.

- **Permanencia de la cuota.** Pasando al factor de la permanencia de la cuota de mercado, ante la ausencia, también en este punto, de criterios normativos claros de delimitación, será necesario empezar por referirse a la doctrina de las autoridades judiciales o administrativas de la competencia. En este sentido, cabe observar cómo cuotas de mercado elevadas pueden no ser determinantes de posición dominante cuando hacen referencia a una posición meramente coyuntural.

Partiendo de la referida doctrina de las autoridades de la competencia observa Santana Pérez (*“La venta a pérdida...”*; Op. Cit.; Pág. 246): *“Así pues, el TJCE en el citado asunto «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, el Tribunal califica como posición dominante unas cuotas de mercado entre el 75 y el 80 por ciento en un periodo de tres años (STJCE en «Hoffmann-La Roche c. Comisión», de 13 de febrero de 1979, Rec., 1979, 461, CMLR, 3/1979, punto 60, pp. 529 y ss). En «Tetra Pak International S.A. c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, el Tribunal analiza las cuotas de mercado de Tetra Pak entre 1983 y 1987, un periodo de unos tres años y medio (STJCE en «Tetra Pak International c. Comisión», de 14 de noviembre de 1996, asunto C-333/94, p. I- 5951). Mismo periodo que el transcurrido en el asunto «Michelin» donde el Tribunal analiza la existencia de posición de dominio en un periodo que va desde 1975 a 1980 (STJCE en «Michelin c. Comisión», de 9 de noviembre de 1983, Rep., pp. 3461-3509). Y similar en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, donde analiza las cuotas de mercado entre 1971 y 1974 (STJCE en «United Brands Company et United Brands Continental BC c. Comisión», de 14 de febrero de 1978, asunto C-27/76, Rec., 1978, p. 207). Aunque un periodo más amplio se analizó en «Irish Sugar plc. c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, con el estudio de cuotas de mercado entre 1985 a 1995 (STJCE en «Irish Sugar plc c. Comisión», de 7 de octubre de 1999, asunto T-228/97, considerando 70, en el que «Irish Sugar plc» niega el considerando 108 de la Decisión objeto de recurso en el que se le atribuía una cuota de mercado del 90 por ciento. Un dato que como expone el tribunal, en sí mismo no significa nada, y es el resultado de la suma de unos factores que considerados aisladamente no significan nada, aunque determinadas cuotas por sí mismas, constituyen pruebas a existencia de una posición dominante). Y finalmente, en el asunto «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, se analizaron cuotas de mercado entre los años 1979 y 1982, entre otros (STJCE en «AKZO Chemie BV c. Comisión», de 3 de julio de 1991, Rec., 1991, p. I-3359, asunto C- 62/86)”*.

Partiendo del estudio de los anteriores y de otros semejantes pronunciamientos, los autores (Bellamy, C., y Child, G.; en *“Derecho de la competencia...”*; Op. Cit.; Pág. 521) mantienen que, aunque no se haya señalado un periodo de tiempo mínimo para calificar una cuota de mercado como estable, alta y dominante, un periodo de cinco años sería suficiente, pero cualquiera inferior a tres años podría ser considerado demasiado corto. Es notorio, y un estudio retrospectivo tendría que confirmarlo (pueden consultarse los informes de la CMT correspondientes a ese intervalo), que la cuota de mercado de *Sogecable* se habría mantenido estable en torno a ese

umbral del 80 % a lo largo de un periodo que bien podría exceder de los 5 años y, en todo caso y seguro, de los 3 años.

➤ **Análisis dinámico.** Concluido así el análisis estático, centrado en el factor de la cuota de mercado, cabría pasar a aquel otro de carácter más dinámico, centrado en las **barreras de entrada y otros factores**:

- **Barreras de entrada.** Aunque, en rigor y como ya dijimos, lo anterior no sería imprescindible al invertirse la cuota de mercado de *Sogecable* del valor de cuota absoluta. En todo caso, sí podría dejarse apuntada la existencia de barreras de entrada muy elevada dentro del mercado español de la TV de pago.
- **Otros factores.** Cabría añadir otros factores como serían los referidos a la estructura empresarial de Sogecable o la existencia de situaciones de dependencia económica.
 - Estructura empresarial de Sogecable. En cuanto a la estructura de la empresa, dentro de esta categoría tendrían cabida factores de lo más heterogéneo cuyo denominador común apenas si vendría a estar constituido por el hecho de tratarse de elementos más relacionados con la organización interna de la empresa que con el mercado. Entre ellos podrían significarse:
 - ♦ *El fácil acceso a recursos importantes para el desarrollo de la actividad a que vaya referida el mercado relevante.* Estos recursos podrán ser ya financieros (como en el asunto *Continental Can* 1973); tecnológicos (Ídem; en *AZKO* las autoridades de la competencia prestaron especial atención a su amplio *know-how* en materia de seguridad y toxicología); materias primas; I + D; redes de distribución [V. *United Brands* (1978); *Hoffmann La Roche* (1979)] y comerciales (Ídem; en *AZKO* resaltaron que la infraestructura de marketing de esta empresa estaba mucho más desarrollada que la de sus competidores). En el caso de *Sogecable* lo anterior habría que referirlo, principalmente, al acceso a derechos de propiedad intelectual sobre contenidos audiovisuales *Premium* indispensables para operar en el mercado español de la TV de pago
 - ♦ *El grado de integración vertical de la empresa que la mueva a estar presente en todos los eslabones de la cadena de valor.* Así en *United Brands* o en *Telia/Telenor – Vid Infra* – donde la Comisión se refirió al efecto *bola de nieve* derivado de la presencia de *Newco* en toda la cadena de valor que iba desde la adquisición de señal de los organismos de radiodifusión hasta su entrega vía cable o satélite a los espectadores nórdicos o escandinavos) o conglomeral (p.e., la capacidad de la empresa de cubrir toda la gama de productos y accesorios relativos al producto relevante puede ser uno de los factores que contribuyan a la definición de una posición dominante en el mercado relevante como en *BPB Industries* 1989). En el caso de *Sogecable* ese elevado grado de integración vertical se daría sin duda de modo especial tras la toma del control exclusivo sobre *AVS*.

- ♦ *La fuerte presencia de la propia marca.* El TDC apreció este factor en su resolución relativa al asunto *Interflora* en 1999); y la importancia del mismo sería también evidente en el caso de *Sogecable/Canal Satélite Digital* o *Digital Plus* y del mercado español de la TV de pago.
- ♦ *Su integración en un grupo empresarial financieramente muy fuerte.* Este factor fue muy tenido en cuenta por el TDC en los asuntos *Ausonia Arbora* 1992 o *Bacardí* 1999 o *Airtel c. Telefónica* 1999. También habría que considerarlo en el caso de *Sogecable* y de su matriz *Prisa*.
- *Situaciones de dependencia económica.* Finalmente, en cuanto a la toma en consideración de la existencia de situaciones de dependencia económica, habría que necesariamente referirse a la titularidad de *Sogecable* sobre derechos de contenidos *Premium* esenciales para subsistir en el mercado de referencia y de cuyo suministro en condiciones asequibles dependerían otros operadores. Lo anterior, si bien podría dar lugar a prácticas abusivas como las relacionadas con pinzamientos y estrechamientos de márgenes, a las que nos referiremos, no parece que llegara al extremo de justificar la existencia de una situación tan grave como la de dependencia económica, sobre todo, porque los otros operadores activos en el mercado español de la TV de pago, *ONO* y *Telefónica*, serían operadores consolidados de telecomunicaciones, activos en varios mercados y con la capacidad suficiente como para adaptarse y subsistir frente a esas eventuales prácticas restrictivas.
- ❖ *Examen de comportamiento.* Concluido pues el examen estructural, en sus aspectos estático y dinámico, y sentado que *Sogecable* disfrutaría de una posición dominante individual dentro del mercado español de la TV de pago, habría que pasar ya a centrarse en el examen de comportamientos. Como se viene comentando, para la existencia de abuso de posición dominante, se exige, además del presupuesto ya comentado de la posición dominante, el de una explotación abusiva de la misma. Ahora bien, si se ciernen incertidumbres e indefiniciones sobre el presupuesto de la posición dominante, las mismas se ponen de especial manifiesto y con mayor intensidad, si cabe, a la hora de apreciar la existencia de explotación abusiva. Dada la ausencia de definición legal de abuso de posición dominante, la propia noción de explotación abusiva habrá, de nuevo, que inferirla de las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales. Aquí se suele exigir (v. Pellisé; op. cit.) el ***prevalimiento o aprovechamiento de la posición dominante***, la ***ilicitud del comportamiento***, la ***culpa al menos leve*** y el ***resultado lesivo para el juego de la competencia*** :
- ***Prevalimiento o aprovechamiento de la posición dominante.*** En primer término, resultaría necesario que *Sogecable* se prevalliera o aprovechara de su posición dominante dentro del mercado dentro de la TV de pago, de modo que pudiera apreciarse una conexión entre el comportamiento desarrollado y su posición dominante, en el sentido de que, de no haber disfrutado de esa posición dominante, *Sogecable* no habría podido haber llegado a desplegar el comportamiento en cuestión. Este requisito resultaría de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia, como en Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 15 de julio de 1996 (as. R 158/1996, *Talleres Landaluce*, fund. 4.) cuando el TDC consideró: “*A mayor abundamiento, las conductas que*

describe ... como constitutivas de abuso de posición de dominio, tampoco merecen tal calificación, pues ni la propagación de rumores falsos tiene relación con la posición de dominio (cualquiera puede realizar actos de denigración aun cuando no tenga una posición dominante en el mercado), ni tampoco el dejar de pagar una cantidad que se dice adeudada constituye una conducta que exclusivamente se pueda realizar desde posiciones de dominio... ”.

Ciertamente, y como veremos más adelante, al tratar de la responsabilidad cualificada de la empresa dominante, existen casos de conductas que pudiendo ser desplegadas por empresas sin posición dominante, son, sin embargo, constitutivas de abuso de posición dominante cuando las empresas que las desarrollan disfrutan de esa posición (Ver, por ejemplo, las decisiones de 2 de enero de 1973, *Industria Europea del Azúcar*, DOCE L 140/17 de 25 de mayo; de 18 de julio de 1988, *Napier Brown/British Sugar*, DOCE L 284/41 de 19 de octubre; o de 5 de diciembre de 1988, *BPB Industries*, DOCE L 10/55 de 13 de enero de 1989; o de 23 de diciembre de 1992, *CEWAL, COWAC, UKWAL*, DOCE L 34/20 de 10 de febrero de 1993; o las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 1978, as. 102/77, *Hoffmann La Roche*, Rec. 1139, y de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, Rec. 461; y *Michelin v. Comisión (Michelin)* de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Rec. 3461; y del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, as. T-65/89, *BPB Industries & British Gypsum*, Rec. II-392; o la resolución de 26 de octubre de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*).

Partiendo de estas premisas, podría entenderse que se trata de conductas que la empresa dominante podría haber protagonizado, aún no disfrutando de posición dominante, y que, no obstante, dan lugar a la apreciación de la figura del abuso. Ello no obstante, otra lectura que a estos supuestos podría darse sería la consistente en entender que tales comportamientos alcanzan la intensidad necesaria para erigirse en abuso precisamente a raíz de la posición dominante ostentada por la empresa que los desarrolla; o, dicho de otra manera, que de haber sido desplegado el comportamiento por una empresa sin posición dominante, la intensidad de sus efectos habría sido tan diferente que casi cabría hablar de una conducta sustancialmente distinta.

Así, por ejemplo, cuando el TDC en el asunto *Interflora* (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1999, as. 438/98, *Interflora*, fund. 7) se enfrentó a las cláusulas de exclusividad que *Interflora* imponía a sus floristerías prohibiéndolas ejecutar encargos transmitidos por establecimientos no incorporados a su red, bien era verdad que tales cláusulas las hubiera podido imponer cualquier otra empresa sin posición dominante, pero, como dijo el Tribunal, “*debido a la clara posición de dominio que detentaba Interflora, dicha conducta producía unos resultados y adquiría una gravedad sobre el mercado que no se habría producido si la hubiera adoptado una empresa sometida a una competencia operativa*”. *Interflora* contaba con una cuota del 77%, una fuerte implantación de su marca, y con el control de un gran número de floristerías entre las que se contaban las mejores y de mayor calidad del mercado. Prueba de ello era la dificultad con que se encontraba la competencia para entrar en el mercado en cuestión.

En nuestro caso, probablemente, si un operador con una cuota muy alejada de la de *Sogecable* en el mercado de la TV de pago y, bajo ningún concepto, dominante, como *Telefónica*, se negara a conceder a *ONO* en condiciones razonables licencia sobre determinados derechos para eventos deportivos de los que pudiera ser titular, ello no podría ser considerado abusivo. Ese mismo comportamiento, desplegado, en cambio, por la empresa dominante *Sogecable*, sí tomaría los tintes de comportamiento abusivo. Cualitativamente se trataría del mismo comportamiento, pero cuantitativamente no, por revestir el de *Sogecable* muchos más efectos restrictivos netos sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia que el de *Telefónica*.

- ***Ilicitud del comportamiento.*** En segundo lugar, sería necesario que ese aprovechamiento por *Sogecable* de su posición dominante se hiciera acreedor de un reproche de ilicitud atendidos los objetivos y fines del ordenamiento jurídico en el que se inscribiera el comportamiento, a saber, el ordenamiento jurídico español por ser nacional español el mercado geográfico de referencia de los servicios de TV de pago [Deringer: “*Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité*”, en *Revue du Marché Commun* de decembre de 1962, nº 64, pág. 488 ; Samkalden/Druker: “*Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty*”, en *Common Market Law Review*, vol. 3, n. 2, september 1965; pág. 177 ; Joliet: “*Monopolization and abuse of dominant position*”. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970; pág. 690 ; Focsaneanu: “*La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l’herméneutique de la Cour*” en *RMC*, nº 192 de janvier de 1976, pág. 33; Dubois: “*La position dominante et son abus: Art. 86 du traité de la CEE*” (préface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968; pág. 285 a 289)].

Así, por ejemplo, resultaría si aplicáramos *mutatis mutando* las consideraciones de la Comisión en su *Memorándum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1965* [Bruselas; Communauté économique européenne, collection “Etudes”, série Concurrence, nº 3, documento 8182/1/VII/1966/5, 1966, págs. 25-26, nº 25] conforme a las cuales “*como no hay definición general del abuso, su existencia deberá apreciarse, en cada caso, en función de los objetivos de la norma donde figure este concepto*”.

En este caso habrá de atenderse a los principios informadores de la denominada Constitución económica (*vid* las referencias en las Exposiciones de motivos de la Ley 16/1989 y 15/2007 de Defensa de la Competencia) y, fundamentalmente, al Art. 38 (sobre libertad de empresa) en relación con los Arts. 14 (derecho-principio de igualdad) y 33 (derecho de propiedad). Este último precepto constitucional es, como se sabe, el que regula el derecho a la propiedad privada. Derecho que se considera como la base jurídica de la competencia y del orden económico de mercado establecido (V. Jacquemin/Tulkens: “*Fondements d’économie politique*” (deuxième edition), Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1986, pág. 18.).

La importancia de la libre competencia como garantía de la libertad de empresa y la economía de mercado y para evitar que esta última pueda llegar a verse

afectada por situaciones monopolísticas y cuasi monopolísticas ha sido destacada en múltiples ocasiones por el TC (por todas, STC 88/86 de 1 de julio). Las referencias a los fines y al interés general como límite a la libertad de empresa del operador dominante son también una constante en los pronunciamientos del TDC (p.e., en resolución de 1 de febrero de 1995, as. 350/94, *Teléfonos en Aeropuertos*, donde se refiere al monopolio legal ejercido por *Telefónica* como situación excepcional subordinada en todo caso a la satisfacción del interés general; o en la resolución de 1 de octubre de 1993, as. 328/1993, *Opciones de compra de equipos telefónicos*, donde se refiere a su función de salvaguarda del orden público económico en cuanto que manifestación concreta sobre el mercado del interés general).

El modelo económico comunitario y el español coinciden en lo sustancial. A pesar de que el modelo europeo no sea uno en el que la planificación económica (dirección de la economía por los poderes públicos) goce de la mención especial de que disfruta en nuestra Constitución, lo cierto es que las diferencias podrán llegar a atenuarse con la introducción de nuevos elementos sociales en el Tratado de la UE y con el paso de la Europa de los comerciantes a la Europa de los ciudadanos. Esto contribuirá a una única noción de orden público económico en los ordenamientos estatal y comunitario (Aragón, M: “*Constitución económica y libertad de empresa*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* Madrid: Civitas, 1996, pág. 169).

Entre esos objetivos y fines cobrarían una especial relevancia los relacionados con las eficiencias recogidas en el Art. 1.3 LDC: mejoras de la producción o la distribución de los productos o fomento del progreso técnico o económico y participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante de esas mejoras y progresos.

La vinculación de *Sogecable* a los fines y objetivos dimanantes del orden público económico no sería una vinculación en positivo, en el sentido de que debiera orientar su actuación para su directa consecución, sino una vinculación en negativo, en el sentido de que su actuación dirigida a la consecución de sus fines particulares no debería ser contraria a los mismos. El punto de partida es el liberal de que el interés general y la satisfacción de los consumidores resultarán de la persecución egoísta de sus fines particulares por las empresas dentro de los límites del orden público económico.

Alguna excepción cabría imaginar con respecto a lo anterior. Sería la de los monopolios legales, que no es que actúen dentro de los límites del orden público económico sino para la directa consecución de sus fines (como en el caso *Teléfonos en Aeropuertos* que se acaba de citar o en otros muchos) con lo que, en tales casos, la desviación de esos fines es lo que dará el carácter abusivo o ilícito de la explotación de la posición dominante. En el asunto *Contenedores de Barcelona* (1996), el Tribunal instaba al Servicio a averiguar si ciertas actuaciones de la Autoridad del Puerto de Barcelona se realizaban con el adecuado amparo legal y si tenían debido apoyo en el interés público de ordenación de la actividad portuaria a fin de valorar si podía haber abuso. Y en *Aparejadores de Madrid* (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de julio de 1998, as. 397/97), el Tribunal consideró que el Colegio de

aparejadores abusó de su posición dominante, porque utilizó su facultad exclusiva de extender visados de obras preceptivos “*con una finalidad distinta a la que le otorga la Ley, distorsionando la competencia y causando perjuicios económicos a una tercera persona*”; etc.

Fuera de las anteriores excepciones, que no se darían en nuestro caso, el presupuesto sería el de que la explotación por *Sogecable* de su posición dominante sería legítima si no conculcase o se opusiera abiertamente a esos fines u objetivos, aunque no los persiguiera directamente. No debe dejar de advertirse aquí que los servicios de comunicación audiovisual prestados por *Sogecable* no participan ya de la naturaleza de servicio público bajo la nueva LGCA, de modo que no se tratará ya de que los mismos tiendan a la consecución de esos fines de servicio público, sino sólo de que los mismos no transgredan ciertos límites que podríamos denominar de orden público audiovisual (protección de la infancia, xenofobia, etc.).

En este sentido, *Sogecable* podría reforzar su posición dominante (no es ilícito el refuerzo de la posición dominante según el Tribunal de Justicia en DLG -1994), seguir creciendo económicamente mediante el aprovechamientos de economías de escala (V. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de noviembre de 1992, asunto A 28/92, *Seguridad Ceres S.A. c. Unión Española de explosivos S.A.*) e, incluso, como dice el Profesor Pellisé (Pág. 373; Op. Cit.), “*tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio*”, por ejemplo, reinvertiendo beneficios en desarrollar líneas de I + D que redunden en incrementos de la productividad, en rebajar precios o en mejorar la cantidad o calidad de sus servicios audiovisuales. Así, por ejemplo en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94, *Roca Radiadores* (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de septiembre de 1995, as. 356/94) consideró que no había abuso de posición dominante porque las peculiaridades de su sistema de distribución buscaban la mayor eficiencia de la misma *Roca*.

Partiendo de que la finalidad de las normas antitrust es la de preservar la competencia y sus resultados, más que a los competidores, nada obstaría a que *Sogecable* pudiera llegar a eliminar a sus competidores dentro del mercado español de la TV de pago, si ello fuera como consecuencia de su mayor eficiencia (Ver: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. 6-7/73, *Commercial Solvens*, Rec. 223; Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, caso 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, Rep. 461; Sentencia de 3 de julio de 1991, as. C-62/86, *AKZO III*, Rec. I-3359). Porque, con el Tribunal de Primera Instancia [*BPB/British Gypsum* (1993) y *Tetra Park* (1994)], cabe afirmar que no toda restricción estructural realizada desde una posición de dominio es contraria al artículo 82 TCE, toda vez que “*el Derecho comunitario de la competencia reconoce en una medida razonable el derecho de una empresa en posición de dominio a preservar sus intereses comerciales*”.

También en DLG (1994; *consids.* 49 a 50) el Tribunal de Justicia, después de recordar que la creación o el refuerzo de una posición de dominio no es en sí contraria al artículo 82 TCE, señaló que una conducta restrictiva de una

cooperativa de consumo en posición de dominio, consistente en prohibir a sus miembros integrarse en otras formas de cooperación organizada que competían con ella, no era abusiva, si se limitaba a garantizar su buen funcionamiento y a mantener su poder de contratación frente a terceros, porque entendió que ello podía fomentar una competencia más eficaz en algunos mercados.

De cuanto antecede, puede inferirse que, para determinar si la explotación por *Sogecable* de su posición dominante sería ilícita o abusiva, las autoridades de la competencia deberían acudir a una suerte de *rule of reason* (Ver, en este sentido, Font Galán: “*La libre competencia en la Comunidad Económica Europea*”, Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986, 181 y ss., esp. 191 y ss.; y, también, Pellicer Zamora: “*Derecho comunitario de la competencia*”, 1986, pág. 50) que, siempre caso por caso y ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes, permitiera determinar si el comportamiento de *Sogecable* era necesario para la protección de sus propios intereses o si, por el contrario, sólo pretendía perjudicar a los competidores, si implicaba eficiencias que pudieran entrañar un beneficio para los consumidores o todo lo contrario (P.e., en su resolución de 23 de noviembre de 1998, as. r 314/98, *Intertrace c. Telefónica*, fund. 4, el TDC consideró que el sistema de tarjetas de Telefónica no era abusivo, porque, aunque *Intertrace* no pudiera acceder a él, suponía la incorporación de una tecnología superior y eficiente que beneficiaba a los consumidores), etc.

Sobre la importancia de estas circunstancias concurrentes, ver, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de marzo de 2000, as. ac. T-125-127/97, *Coca-Cola Company & Coca-Cola Enterprises Inc. c. Comisión*, de Curia, consid. 81: “*El comportamiento que la empresa considerada dominante deberá adoptar con el fin de evitar una posible infracción del artículo 86 (actual 82) TCE depende, de este modo, de una serie de parámetros que reflejan en cada momento las condiciones de competencia del mercado*”; e, igualmente, Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel c. Telefónica*, consid. 6 y 7 donde se consideró que unos contratos de distribución exclusiva eran abusivos, porque, en las particulares circunstancias en que se daban, dificultaban la entrada de *Airtel* en el mercado de la telefonía móvil; también en *Tetra Pak (1994)* el Tribunal de Primera Instancia señala con respecto al ámbito material de la responsabilidad cualificada de la empresa dominante que “*el campo de aplicación material de la responsabilidad particular que pesa sobre una empresa dominante debe valorarse en atención a las circunstancias específicas de cada caso, que descubran una situación de competencia debilitada*” (considerando 115) (entre la doctrina, se pronuncian también sobre la importancia de estas circunstancias Deringer: “*Les règles de concurrence au sein de la CEE. Analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité*”, en *Revue du Marché Commun* de 1962 y 1963, 1964, 1965, 1966, 1967; pág. 490; Matilla Alegre “*Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma*” en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios jurídicos en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991, págs. 687 y ss.; Child/Bellamy: “*Derecho de la competencia en el Mercado Común*”. Madrid: Ed. Civitas, 1992; pág.531; Rodríguez Artigas: “*Sobre el abuso de posición dominante en la*

defensa de la libre competencia” en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Madrid: Civitas, 1996, págs. 983 y ss.).

En suma, de lo que se trataría sería no tanto de preservar frente al comportamiento de *Sogecable* la supervivencia de *ONO* o *Telefónica* dentro del mercado español de la TV de pago, como de garantizar dentro del mismo el respeto a esos fines del ordenamiento jurídico y muy especialmente los relacionados con el bienestar de los consumidores y con los parámetros competitivos del precio, calidad, innovación, etc. de los servicios de TV de pago.

- ***Culpa leve.*** En tercer lugar, en cuanto a la culpabilidad del comportamiento, bastaría la más leve de las culpas por parte de *Sogecable* para que pudiera llegar a apreciarse la existencia de abuso de posición dominante por su parte, dada la responsabilidad cualificada que habría que exigirle partiendo de su posición dominante.

En este punto, son ya clásicas las afirmaciones del Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de noviembre de 1983 (as. 322/81, *Michelin c. Comisión*, Rec. 3461, consid. 57): “*la constatación de una posición dominante no implica en sí misma ningún reproche para la empresa en cuestión, sino que sólo significa que, independientemente de las causas de esa posición, tiene una responsabilidad particular de no perjudicar con su comportamiento a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*” (en idéntico sentido, dentro de la doctrina del TDC pueden citarse los asuntos *Igualatorio Médico Colegial* 1992 - Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de julio de 1992, as. 305/1991 - o *Roca Radiadores* 1995, donde se refiere a la “responsabilidad especial” de la empresa dominante y a la “atención especial” que a la misma han de prestar las autoridades de la competencia o sus Resoluciones *Airtel/Telefónica* de 26 de febrero de 1999, *Polvorines* de 26 de enero de 2000, *Gas Sabadell* de 14 de febrero de 2000 y *Retevisión Telefónica* de 8 de marzo de 2000). De igual modo, el TPI, en su sentencia de 7 de octubre de 1999, precisa que a la empresa en posición dominante “*le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común*”.

- ***Resultado lesivo para el juego de la competencia.*** Finalmente, y en cuarto lugar, sería condición indispensable la de que la ilícita explotación por *Sogecable* de su posición dominante llegara a producir un resultado lesivo para el juego de la competencia dentro del mercado español de la TV de pago. La dificultad de este análisis conduciría irremisiblemente al punto de la justificación o no, en términos de eficiencia económica y de beneficio de los consumidores, del comportamiento de *Sogecable*.

La idea de la justa causa se repite en la jurisprudencia de las autoridades encargadas de la defensa de la competencia. Véase, por ejemplo, las resoluciones de 30 de julio de 1992, as. 309/1991, *ACIMA C. Mutua Madrileña Automovilística*, pág. 3; o la resolución de 15 de diciembre de 1994, as. R 79/1994, *Tandem-Ruta Sur (1994)* del Tribunal de Defensa de la Competencia; o la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, caso 250/92,

Gottrup-Klim y otros Grovwareforeninger c. Dansk Landbrugs Grovwareseleskab AmbA, Rep. I-5641.

En idéntico sentido, el párrafo 22.4 del BGW alemán cuando dispone que hay abuso de posición dominante: *“Cuando una empresa que domina el mercado como oferente o demandante de mercancías o prestaciones comerciales de una clase determinada: 1) Perjudica las posibilidades competitivas de otras empresas de una manera significativa para la competencia en el mercado, **sin una razón objetivamente justificada**; 2) Exige compensaciones o condiciones contractuales, que difieren de las que resultarían con alta probabilidad en una competencia efectiva; a estos efectos debe atenderse especialmente a los comportamientos de empresas en mercados comparables con competencia efectiva; 3) Exige compensaciones o condiciones contractuales más desfavorables, de las que la propia empresa dominante del mercado exige en mercados comparables de clientes similares, a no ser que la diferencia esté **objetivamente justificada**”*.

Un comportamiento de *Sogecable* que fuera eficiente o condujera al bienestar del consumidor sería un comportamiento que sus proveedores y competidores tendrían que soportar, aunque les resultase muy lesivo, pues entraría dentro de los límites normales de ejercicio de una posición dominante.

En este sentido apuntan las manifestaciones del TDC en *Retevisión/Telefónica*, cuando se refiere a *“la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia”*. Se da con ello a entender que el juego de la competencia puede resentirse cuando la empresa dominante permanezca en una actitud indolente frente a los comportamientos de sus adversarios. Esta idea aparecía ya defendida en el voto particular de Pascual y Vicente en el asunto *Airtel/Telefónica* (26.02.1999) cuando mantuvo que no debía impedirse a la empresa dominante la defensa de sus intereses legítimos a través de reacciones proporcionadas a las agresiones de sus competidores. El germen de este planteamiento se encontraba en la Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1976 (*United Brands*).

El TDC, en su resolución de *Retevisión/Telefónica*, distingue entre comportamientos lícitos e ilícitos de la empresa dominante. Los primeros son los que responden a un espíritu competitivo, mientras que los segundos son los que falsean la competencia en el mercado. La clave para diferenciar unos de otros hay que cifrarla en que la conducta tenga o no una justificación objetiva (así en *Gas Sabadell* – 14.02.2000 – señala que *“hay abuso cuando se impone una condición que no es objetivamente necesaria”*). Se trata de una suerte de “rule of reason” que pasa, en opinión del TDC en el citado asunto *Retevisión/Telefónica*, por la valoración de los siguientes factores: a) componentes anticompetitivos de la conducta; b) alcance de sus efectos; c) intensidad y grado de la posición dominante; d) amenazas que representan los demás competidores; e) proporcionalidad de la respuesta; f) intención excluyente o anticompetitiva de la empresa.

Abundando sobre lo anterior, se señala (Pascual Sequeros, A.: *“Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante”*; Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 209, septiembre-octubre 2000) – a quien se remite Pascual y Vicente, J., en *“Tratado de Derecho de la Competencia”*, Op. Cit., Vol. 1, Pág. 495: *“Puede afirmarse que para juzgar si estamos ante un abuso de posición dominante o si, por el contrario, se trata de un comportamiento legítimo derivado del espíritu competitivo de la empresa con posición de dominio, debemos analizar si su conducta fue objetivamente necesaria para la defensa de sus intereses. Y este análisis exige tener en cuenta si la empresa actuó de la misma manera a como lo habría hecho en una situación de competencia normal y suficientemente eficaz o si, por el contrario, utilizó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado”*.

La idea de que la empresa dominante debe seguir compitiendo y al tiempo responder de manera cualificada de no alterar el normal desenvolvimiento de la competencia en el mercado supone, como en efecto pusiera de manifiesto el TPI en su sentencia de 7 de octubre de 1999 (*Irish Sugar*), un difícil equilibrio: *“las empresas con posición dominante tienen que mantener un difícil equilibrio, conjugando la obligación de ser competitivas en el mercado con un especial cuidado a fin de evitar la restricción de una competencia que por su presencia ya puede verse limitada”*.

Así pues, de todas estas consideraciones cabría deducir que el resultado en el sentido de lesión de los intereses particulares de los proveedores o competidores de *Sogecable* quedaría desplazado en importancia por el resultado en el sentido de lesión del interés general por un juego saneado de la competencia dentro del mercado nacional de la TV de pago, cuya medida vendrá dada por la existencia de eficiencias y beneficios para los consumidores o abonados a TV de pago.

Y así, por ejemplo, si *Sogecable* reinvirtiera sus beneficios en contenidos que supusieran dejar fuera del mercado a sus competidores, cuyos contenidos quedarían muy devaluados, o a sus proveedores, si esa decisión determinase también un cambio de insumos, ello sería lícito si alimentase las mejoras de calidad en beneficio de los abonados a TV de pago. Sin embargo, eso no sería lo más normal, y sí, más bien, que la búsqueda del interés general y el libre desenvolvimiento de la competencia resultase también beneficioso para esos otros agentes (competidores o proveedores), de la misma manera que los mismos saldrían perjudicados, por la lesión en abstracto de su libertad de empresa (aún sin una lesión actual de sus intereses), esto último cuando la competencia no jugase el papel que le asigna el orden público económico dentro del mercado de la TV de pago.

(b) Abuso explotativo

Sentado así que *Sogecable* disfrutaría de una posición dominante dentro del mercado español de la TV de pago y que perfectamente podría protagonizar abusos de posición dominante dentro del mismo a través de comportamientos (activos u omisivos), incluidos dentro de la prohibición general o de las especiales del Art. 102 (o del idéntico al anterior Art. 2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia dentro del ordenamiento jurídico español), que supusieran un aprovechamiento de esa posición dominante de modo ilícito y lesivo para los intereses de los usuarios de los servicios de TV de pago, habría que plantearse que clases de abuso tendrían más posibilidad de darse.

Dejamos ya apuntada la diferenciación entre abuso explotativo, el que se proyecta en vertical sobre los proveedores o clientes, y abuso de exclusión, el que se proyecta en horizontal sobre el resto de competidores activos en el mercado de referencia, en nuestro caso, el español de la TV de pago. Esta clasificación atiende, sobre todo, al criterio de los agentes afectados y no deja de ser, sin embargo, una simplificación.

Sin embargo, la misma puede complicarse si se hacen entrar en juego otros criterios como serían la naturaleza concurrencial o no de los intereses afectados y el mercado o fuerza en el que se produce la lesión. Así, el esquema resultante podría bien ser el siguiente (V. Pellisé; Op. Cit. Págs. 493 y ss.; quien sigue a Bellamy/Child: *Common Market Law of Competition*, 2º edition, 1978, págs. 186, 187 y 196).

Atendiendo a los **sujetos afectados**:

1. **Abusos anticompetitivos.** En ellos se lesionan los intereses económicos de los competidores de la empresa dominante; se lesiona la competencia estructural de forma inmediata (lo que en Derecho americano se denomina primera línea de defensa de la competencia). Sería el caso de que *Sogecable* realizase comportamientos que afectasen directamente a *Telefónica* u *ONO* dañando la estructura competitiva del mercado español de la TV de pago.
2. **Abusos explotativos.** En ellos se lesionan los intereses económicos de los proveedores y clientes de la empresa dominante. Sería el caso cuando el comportamiento de *Sogecable* afectase a algún proveedor de contenidos o de servicios de comunicaciones electrónicas de transporte de señal, que serían *inputs* necesarios para actuar en el mercado minorista de los servicios de TV de pago. Sería también el caso cuando el comportamiento de *Sogecable* afectase directamente a sus clientes minoristas dentro de ese mismo mercado, que serían los abonados a TV de pago. Dentro de estos habría que distinguir:
 - a. **Abusos explotativos mixtos o anticompetitivos.** En ellos se lesionan directamente los intereses concurrenciales de los clientes y proveedores frente a otros agentes de sus fuerzas respectivas. Quiere ello decir que se lesiona o restringe la fuerza de mercado de esos proveedores o clientes frente a otros operadores que compiten con ellos en horizontal en su mercado respectivo, es decir, que se lesiona la competencia estructural de forma mediata (lo que en Derecho americano se denomina segunda línea de defensa). En nuestro caso, teóricamente, podrían darse estas modalidades de abuso cuando el comportamiento de *Sogecable* colocara a alguno de sus

proveedores ya mencionados en situación de desventaja competitiva en los mercados ascendentes de los contenidos o de los servicios de comunicaciones electrónicas frente a otros proveedores activos en los mismos. Sin embargo, no cabría que lo anterior se diera en sentido descendente, respecto de los abonados a TV de pago, que no competirían entre sí para la prestación de servicios, al ser el mercado español de la TV de pago un mercado minorista.

- b. **Abusos explotativos puros.** En ellos se lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores o clientes de la empresa dominante. Es decir, que sufren un perjuicio, pero el mismo no les coloca en una situación de desventaja frente a otros operadores que compitan en horizontal con ellos dentro del mismo mercado relevante; no se lesiona la competencia estructural (por ejemplo, por que se haga a todos ellos objeto del mismo trato abusivo por parte de la empresa dominante). Se daría, lo anterior si, Vg., *Sogecable* hiciera objeto de un mismo trato abusivo a todos los proveedores activos en cualquiera de los mercados ascendentes de contenidos o de comunicaciones electrónicas. También si *Sogecable* aplicara ese mismo trato abusivo con carácter general a sus abonados a TV de pago.

Atendiendo a la **naturaleza del interés afectado:**

- a. **Abusos anticompetitivos.** Conforme a este criterio, se reservaría esta denominación de anticompetitivos para aquellos abusos en los que se produzca la lesión de intereses concurrenciales de otros operadores económicos; es decir, para todos aquellos casos en los que llegue a verse afectada la competencia estructural. Se daría lo anterior en todos aquellos casos en los que el comportamiento de *Sogecable* llegara a lesionar la estructura competitiva dentro del mercado de referencia de los servicios de TV de pago en España (lesionando, p.e., la posición de *ONO* o de *Telefónica*) o de cualquiera de sus mercados ascendentes (lesionando en el mercado ascendente de comunicaciones electrónicas o de contenidos de que se trate la posición de cualquier proveedor activo en el mismo). Dentro de estos habría que distinguir:
 - a. **Abusos anticompetitivos de primer grado.** En ellos se lesionan los intereses económicos de los competidores de la empresa dominante; se lesiona la competencia estructural de forma inmediata, afectando a la primera línea de defensa (su ámbito coincide, por tanto, con el de los “abusos anticompetitivos” referidos en la clasificación que atiende a los sujetos afectados).
 - b. **Abusos anticompetitivos de segundo grado.** Se lesionan directamente los intereses concurrenciales de los clientes y proveedores frente a otros agentes de sus fuerzas respectivas. Quiere ello decir que se lesiona o restringe la fuerza de mercado de esos proveedores o clientes frente a otros operadores que compiten con ellos en horizontal en su mercado respectivo, es decir, que se lesiona la competencia estructural, pero de forma mediata, y la segunda línea de defensa (su ámbito coincide, por tanto, con el de los “abusos explotativos mixtos o anticompetitivos” referidos en la clasificación que atiende a los sujetos afectados).
- b. **Abusos explotativos.** Conforme a este criterio, se reservaría esta denominación de explotativos para aquellos abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores o clientes de la empresa dominante (su ámbito

coincide, por tanto, con el de los “abusos explotativos puros” referidos en la clasificación que atiende a los sujetos afectados).

La principal utilidad de superponer ambas clasificaciones puede ser la siguiente. Normalmente, los autores y la Comisión atienden a la clasificación basada en los sujetos afectados por ser la más operativa. En ésta es claro que el abuso anticompetitivo afecta a la competencia estructural, más en concreto, a la primera línea de defensa, con lo que tiende a asimilarse al denominado abuso de exclusión cuyo efecto es el de expulsar a los competidores actuales o impedir la entrada de los potenciales. Así, tienden a asociarse los conceptos de abuso anticompetitivo o de exclusión y afectación de la competencia estructural. Sin embargo, y según acabamos de ver, habrá abusos explotativos en los que también pueda llegar a verse afectada la competencia estructural (segunda línea de defensa).

Un ejemplo de esto último lo encontramos en el ámbito de las telecomunicaciones en algunas consideraciones de las viejas (aunque no derogadas formalmente) Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02). En ellas se trataba de posibles abusos de posiciones dominantes protagonizados por operadores históricos de telecomunicaciones que por entonces mantenían recursos o servicios especiales y reservados, afirmándose: *“A efectos de la aplicación del artículo 86, no es necesario que la restricción de la competencia afecte a un servicio que dependa del suministro bajo monopolio. Basta con que el comportamiento produzca una restricción apreciable de la competencia cualquiera que sea la forma que ésta adopte. Esto significa que puede haber explotación abusiva, cuando la sociedad afectada por dicho comportamiento no es un proveedor de servicios, sino un usuario final que puede quedar desaventajado en el plano de la competencia en el ejercicio de sus propias actividades”*.

Hecha la anterior aclaración, nos atendremos en la exposición sobre todo a la primera de las anteriores clasificaciones, la que atiende a los sujetos afectados para diferenciar entre abusos anticompetitivos (de exclusión) y abusos explotativos (mixtos o puros). Partiendo de lo anterior, tendríamos que precisar que formas de abuso de posición dominante habría más posibilidad de que llegara a protagonizar *Sogecable* dentro del mercado español de la TV de pago.

En primer lugar, ninguna duda ofrecería la posibilidad de que *Sogecable* protagonizara abusos anticompetitivos de exclusión, tanto frente a *Telefónica* como frente a *ONO*, dado que las mismas tendrían muchísimo menos poder de mercado que aquélla.

En cuanto al riesgo de abusos explotativos (mixtos o puros) aguas arriba, prácticamente, no cabría apreciar su existencia respecto de ninguno de los mercados ascendentes: **(i)** contenidos *Premium* cinematográficos, por la fortísima posición de los grandes estudios de *Hollywood*; **(ii)** contenidos *Premium* deportivos, porque el principal proveedor sería *AVS*, entidad verticalmente integrada con *Sogecable* (recordemos que nos referimos a la situación del mercado en 2006, cuando aún no había irrumpido *Mediapro* en estos mercados); **(iii)** obras audiovisuales para TV en abierto o de pago, porque los proveedores, tanto para los servicios de TV en abierto o de pago, suelen ser entidades con un alto grado de integración vertical respecto del difusor; **(iv)** edición y comercialización de canales temáticos, porque a pesar de los riesgos de contracción drástica de la demanda puestos de manifiesto tras la fusión digital, el poder de mercado de *Sogecable* frente a los mismos habría quedado diluido con la digitalización de la TV en abierto, que habría supuesto la posibilidad del desvío de

suministros hacia ese otro mercado por parte de los editores de esta clase de canales; (v) capacidad satelital, porque, a pesar de las alegaciones de *Hispasat* y *Astra* en el caso español de la integración de las plataformas digitales, sus servicios no tendrían que limitarse ni al mercado español ni tampoco al mercado de los servicios de TV de pago, pudiendo extenderse a todos los mercados nacionales incluidos en su huella y al más amplio espectro de servicios de telecomunicaciones (a pesar de algunas menciones a *Sogecable* como cliente ancla de *Hispasat*, lo cierto es que la evolución económica de este operador, a partir de 2002, fue buena).

En cuanto al riesgo de abuso explotativo (puro) aguas abajo frente a los abonados a TV de pago, sería una cuestión sujeta a importante controversia, por no ser cuestión pacífica la de la admisibilidad de la figura del abuso explotativo puro frente a los consumidores o usuarios finales.

En el caso del abuso explotativo, no existen esfuerzos jurisprudenciales para sentar unos criterios claros y consolidados en cuanto a su inclusión dentro del Art. 102 TCEE o 2 LDC; y ello, a pesar de ciertas referencias con un valor más bien *obiter dicta* en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que darían pie para entender que el abuso explotativo tendría cabida también dentro de la redacción del actual Art. 102. Así, por ejemplo: “[el Art. 82] *no se refiere sólo a las prácticas susceptibles de causar un perjuicio inmediato a los consumidores, sino también ...*” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. 215, consid. 26); o “*se refiere tanto a las conductas susceptibles de causar un perjuicio directo a los consumidores, como las que les causan un perjuicio indirecto afectando a la estructura de competencia efectiva, tal como se contempla en el artículo 3.f (actual 3,g) TCE*” (*Comercial Solvens Corporation* 1974).

El recelo de las autoridades de la competencia a este respecto se explica partiendo de un cierto temor por convertirse en autoridades reguladoras de las condiciones de comercio y, en especial, de las relativas a precios (la especial sensibilidad de la doctrina alemana hacia el control de comportamientos por cuanto ello puede suponer una vulneración de la libertad de empresa puede verse en Immenga, U.: “*A propos de l’évolution du Droit allemand des ententes*”, 3 *Revue Internationale de Droit Économique*, 421, 431).

Lo anterior lo expresa la Comisión en su Decisión de 14 de diciembre de 1985 (DOCE L 374/34, *ECS/AKZO*, de 31 de diciembre, puntos 75 y ss.): “*la forma más probable de que los consumidores sufran de un abuso de posición de dominio es a través de precios excesivos, que no serían posible si existiera una competencia efectiva*”; “*sin embargo, la Comisión no controla o condena normalmente los precios excesivos en sí mismos*” y “*se preocupa de si éste es un instrumento diseñado por la empresa para preservar su posición de dominio privilegiada, contra su competencia real o potencial*”.

Fuera de casos concretos, resultaba ese temor de la Comisión de su V Informe sobre la política de la competencia donde apuntaba: “*las medidas para frenar el control del abuso de posición de dominio no pueden basarse en un control de precios continuado. En los procedimientos contra abusos que consisten en la fijación de precios excesivamente altos, es difícil decidir, en un caso dado, si se ha establecido un precio abusivo, porque no hay ningún medio objetivo de establecer exactamente cuál es el precio que cubre el valor de los costes, más un beneficio aceptable*”.

Partiendo de lo anterior se explica que, cuando las autoridades de la competencia europeas y nacionales han debido enfrentarse a supuestos de abuso explotativo, las mismas no se hayan decantado abiertamente por su admisibilidad. Si nos centramos en la doctrina de la autoridad nacional de competencia española, podríamos empezar percibiendo una tendencia a derivar el análisis del abuso explotativo hacia el abuso de exclusión cuando ambas modalidades de abuso puedan percibirse en un mismo asunto. O, dicho de otro modo, cabría sostener en nuestro ordenamiento la posibilidad del abuso explotativo mixto o anticompetitivo, es decir, aquel abuso explotativo que afecta a la segunda línea de defensa. Sin embargo, acabamos de ver que no habría riesgo de tal forma de abuso en el mercado español de la TV de pago.

En cambio, un supuesto de combinación de abuso explotativo con excluyente podía encontrarse en Diario La Razón de 28 de Agosto de 2009. La AGCM italiana abría diligencias frente a *Google Italia*. *Google* dominaba el mercado de los servicios de búsqueda *on line*. En este mercado se trataba de servicios de motor de búsqueda prestados a los internautas. Uno de los *inputs* eran los propios contenidos a los que llevaba el motor. La Federación Italiana de Editores de Periódicos denunciaba abuso explotativo consistente en que a las ediciones digitales de periódicos que no aceptaban su inclusión en *Google News* (servicio de búsqueda de noticias de *Google*) se les excluía por *Google* de su motor de búsqueda; tampoco se aceptaban sus observaciones sobre la forma en que tendrían que aparecer sus contenidos editoriales en *Google News*; ni tampoco cobraban a *Google* por la inserción de esos contenidos editoriales en *Google News*. Esto podía llevar a un abuso de exclusión en el mercado de la publicidad en IT porque la exclusión del motor de búsqueda de *Google* llevaba a una menor presencia en la red de los anuncios propios contenidos en las propias ediciones digitales de los periódicos.

Los mayores problemas se plantean, en cambio, cuando el abuso explotativo no se da acompañado del de exclusión, o lo que es igual, cuando se trata de un abuso explotativo puro. En estos casos, es decir, cuando el abuso explotativo no llega a incidir de alguna manera sobre la competencia estructural, resulta mucho más complicado que las autoridades de la competencia admitan la existencia de abuso de posición dominante.

Así, en la Resolución del TDC de 2 de febrero de 1993 (asunto 328/1993, *Opciones compra equipos Telefónica*) afirmaba el TDC lo siguiente: *“el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad estatal garante de la concurrencia y del mercado, de forma que no actúa en modo alguno para satisfacer una pretensión individualizada de forma concreta ya que la satisfacción de la misma corresponde solamente a los Tribunales de Justicia. De conformidad con la Ley, el Tribunal de Defensa de la Competencia actúa en términos de policía económica sobre el mercado salvaguardando el orden público económico que es una manifestación concreta sobre el mercado del interés general, cuya supervisión y disciplina corresponde a este órgano administrativo”*.

Sin embargo, no cabe afirmar con rotundidad que las Autoridades de la Competencia españolas hayan rechazado, siempre y en todo caso, la posibilidad del abuso explotativo puro. Esa admisión tiende a darse más cuando la víctima de la práctica abusiva es otro empresario (proveedor o cliente) que cuando lo es el consumidor final (abonado a TV de pago). Sin embargo, acabamos de ver que, en nuestro caso, no podría hablarse de un riesgo de abuso explotativo, ni mixto ni puro, frente a otros empresarios activos en los mercados ascendentes y que, por otra parte, no podríamos hablar de empresarios clientes activos en los mercados descendentes al de la TV de pago, al ser éste un mercado minorista. Así las cosas,

el riesgo de abuso explotativo por parte de *Sogecable* habría que referirlo, sobre todo, a sus relaciones con los abonados a TV de pago.

Hay que notar también, a partir de la doctrina del TDC, una menor dificultad para sancionar el abuso explotativo cuando quienes lo padecen no son consumidores o usuarios finales. Lo anterior podría *prima facie* intentar explicarse partiendo del dato de que cuando quienes lo padecen son otros empresarios (proveedores o clientes) también puede verse afectada la competencia estructural (segunda línea de defensa de la competencia) al afectar el abuso a las relaciones horizontales entre esos empresarios y sus competidores dentro de sus respectivos mercados de producto. Esto no cabe que se produzca en el caso del abuso explotativo sobre consumidores y usuarios que, por definición, no compiten entre sí para colocar sus productos y servicios en el mercado.

Sin embargo, lo cierto es que no faltan pronunciamientos de la autoridad española de la competencia donde el abuso explotativo frente a otros empresarios – proveedores o clientes – se aprecia sin necesidad de ninguna afectación de la competencia estructural, ni tan siquiera de la segunda línea de defensa. Por ejemplo, en la Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 TCE de junio de 1997 (as. r 202/1997, *Construcciones y Contratas*) donde se apreció la existencia de un abuso de posición dominante (abuso explotativo) colectiva de las empresas constructoras que imponían como forma de pago a sus acreedores la de pagarés no a la orden con los perjuicios consiguientes sobre su tesorería con vistas a la negociación y descuento de esos pagarés.

Ese ataque a la segunda línea de defensa sí podría haberse apreciado, en cambio, en la Resolución del TDC de 27 de julio de 1999 (as. *Ibertex*) en que se sancionaba a *Telefónica* por un abuso explotativo consistente en imponer unilateralmente la sustitución del contrato de adhesión que tenía concertado con un proveedor de servicios de acceso a IT (Servicios Telemáticos Inteligentes; STI) que utilizaba el sistema de la propia *Telefónica* para prestar sus servicios a los usuarios finales. Con esa sustitución *Telefónica* pretendía reaccionar frente a determinadas irregularidades de STI en el uso de su sistema: (i) le vetaba el uso indiscriminado de su sistema; (ii) le imponía el uso de determinados niveles del mismo que permitían a *Telefónica* recaudar directamente del usuario final y liquidar después a STI; (iii) le imponía un sistema de prórrogas que, prácticamente, limitaba a un mes el plazo obligatorio para *Telefónica*, permitiéndola desistir en cualquier momento. Sin embargo, en este caso concreto, sí se apreció la existencia de abuso de posición dominante. A pesar de que STI podía quedar en desventaja frente a otros competidores no sujetos a esas restricciones, el TDC soslayó este factor para insistir en que *Telefónica* pudo actuar como lo hizo por la ausencia de competencia y por la clara inferioridad de STI que dependía de ella. Es decir, que insistió, más que en la exclusión, en la explotación y en el interés general por el funcionamiento saneado de un servicio esencial como era el de telecomunicaciones.

La admisión del abuso explotativo puro aguas abajo frente a los consumidores cobra en los pronunciamientos del TDC un carácter marcadamente excepcional. Así, en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de febrero de 2000 (r 405/99, 2046/99 del SDC, *Caja España de Inversiones*, fund. 2) afirmaba el TDC que “no todo acto o práctica que pueda resultar incómodo para el consumidor puede ser calificado, sin más, como anticompetitivo o desleal y, en consecuencia ser sancionado como tal, sino sólo cuando verdaderamente atente contra la institución de la “competencia en el mercado” (el TDC conocía aquí de la denuncia de un consumidor que se sentía maltratado por su entidad financiera) y, a mayor abundamiento, remarcaba: “Es sabido, y no puede olvidarse, que el

objetivo específico de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, como se señala en su Exposición de Motivos, no es otro que garantizar la existencia de una Competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, por lo que los intereses privados sólo tendrán acogida de forma secundaria en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, en tanto en cuanto coincidan con el objetivo de la misma. Pues bien, de las... alegaciones efectuadas por el recurrente,..., lo único que se advierte es la existencia de un conflicto interpartes que sólo puede tener cobijo en el ámbito del Derecho privado y que, por ello, han de ser resueltas por la Jurisdicción ordinaria”.

En esta línea, en la Resolución del TDC de 24 de enero de 1995 (R103/94 *Pompes Fúnebres del Baix Llobregat*, fundamento 5), el Tribunal admitió sin lugar a dudas la figura del abuso de exclusión, pero respecto del explotativo señaló *“conviene profundizar puesto que pudieran existir dudas sobre la aplicabilidad del derecho de la competencia o bien la del derecho de los consumidores”*. En este caso, el TDC rechazó, como en los anteriores, sancionar por abuso de posición dominante. El punto de partida era el de que no había margen para apreciar la existencia de abuso de exclusión porque la gestión de servicios funerarios se organizaba como monopolio legal. Así las cosas, la única opción era la de sancionar por abuso explotativo y, sin embargo, no consideró el TDC que el mismo fuera de una entidad suficiente como para apreciar la existencia de abuso de posición dominante, pues la lesión de los intereses del usuario respondía más a la desidia y dejadez del monopolio que a una estrategia deliberada que pudiera llegar a afectar a todos los usuarios en general. Sin embargo, de este pronunciamiento resultaría, asimismo, una lectura favorable a la admisibilidad del abuso explotativo, aún sin existencia de abuso de exclusión ni de lesión de la competencia estructural, cuando del abuso pudiera trascender a la categoría general de los consumidores, no a uno en concreto, afectando así al orden público económico y al interés general en el buen funcionamiento de los mercados.

Esto último fue, precisamente, lo que sucedió en otro asunto referido también a la existencia de abuso explotativo en el ámbito de los servicios funerarios (1546. Resol Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, as. 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, fundamento 5). La diferencia con respecto al caso anterior radicaba en que, en éste de que ahora tratamos, sí se trataba de una práctica monopolista que afectaba a los intereses generales de todos los usuarios de servicios funerarios (*“[el comportamiento] ha causado un grave perjuicio a los consumidores, que han visto como se encarecía, directa o indirectamente en el caso de los seguros, de modo injustificado un servicio necesario que, al prestarse en el régimen de monopolio, era de obligada adquisición ya que no existía ninguna otra oferta empresarial alternativa”*, decía el TDC). En particular, se trataba de un aumento de precios del servicio de un 5’92 % de promedio, la supresión injustificada de dos tipos de servicios con fuerte demanda para integrarlos en otros paquetes con un incremento del doble de su valor, y un recargo del 300 % que se quería imponer a los usuarios no empadronados en Madrid. A pesar de las dificultades ya comentadas para que las autoridades de la competencia regulen comportamientos e impongan precios, el TDC sí llegó a considerar abusiva la subida por ser superior a la del IPC (5,5 %) y a la protagonizada por otras empresas del sector funerario, además de no responder a un incremento de costes (sin que cupiera equiparar a esto último la necesidad de neutralizar las pérdidas arrastradas de ejercicios anteriores pues, en palabras, del TDC *“la existencia de pérdidas no justifica por sí sola el aumento de tarifas, antes bien refuerza la conclusión de que EMSFM se ha comportado como un monopolista típico que optar por subir los precios y repercutir su ineficiencia sobre el consumidor en lugar de tratar de reducir sus costes, política que puede practicar por no tener ningún competidor”*).

Partiendo de los anteriores y de similares pronunciamientos, podría concluirse que la aplicabilidad de la figura del abuso explotativo puro en las relaciones de *Sogecable* con la comunidad de usuarios de TV de pago podría llegar a estar justificada en ciertos casos [ver Pascual y Vicente, J.: “*La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy*”, 207 GJCE 14 (mayo/junio 2000)]. Además, esa forma de abuso quedaría naturalmente comprendida por la redacción del Art. 102 TCEE y el 2 de la LDC.

También este planteamiento podría encontrar un cierto apoyo en las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes [DO C 45 de 24.2.2009, p. 7/20 (2009/C 45/02)], las cuales, aún sin tratar del abuso explotativo, sí se refieren al mismo para afirmar: “*La conducta que constituye directamente una explotación abusiva de los consumidores, por ejemplo, la aplicación de precios excesivamente altos o de un determinado comportamiento que menoscaba los esfuerzos para lograr un mercado interior integrado, también puede infringir el artículo 82. La Comisión puede decidir intervenir en relación con dicha conducta, en especial si no existe otro modo de garantizar adecuadamente la protección de los consumidores y el correcto funcionamiento del mercado interior*”.

Podría pensarse que la prohibición de abuso explotativo podría disuadir de aplicar en vertical determinadas técnicas también a los competidores de *Sogecable* que, de esta manera, verían mermada su capacidad para competir. Sin embargo, esta objeción resulta fácilmente salvable desde el momento en el que a la empresa dominante se le impone un régimen de responsabilidad cualificada – ver más arriba – en virtud del cual carece de aptitud para protagonizar comportamientos que no estarán vetados, en cambio, a esos otros competidores, *Telefónica* y *ONO*.

No obstante, la necesidad de no tornar a las autoridades de la competencia en autoridades reguladoras justificaría una cierta prudencia en esa aplicación y la toma en consideración de determinadas pautas. El rigor para su aplicación tendría que ser máximo, pues, por más que pudieran ser servicios de interés general prestados en régimen de libre competencia (sin llegar a la categoría de servicio público ex LGCA), no hablaríamos, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual, de servicios de primera necesidad, como serían los funerarios, o los de suministro de agua, gas, electricidad, etc. A lo anterior habría que sumar la existencia de una importante oferta audiovisual en abierto, además de la existencia de, al menos, otros dos operadores potentes de TV de pago al margen de *Sogecable*.

En primer término, cabría exigir para la aplicación de la figura del abuso explotativo puro cuotas de mercado más elevadas que las exigidas para el abuso anticompetitivo. Esta exigencia es lógica si se piensa la alta probabilidad de que quien sea objeto de ese abuso explotativo (abonado a TV de pago) cambie de proveedor, lo que, prácticamente, sólo le resultará imposible en el caso de monopolios. En nuestro caso, si vimos que la cuota de mercado de *Sogecable* en torno al 80 % tendría un carácter absoluto, probablemente lo anterior pasaría por conferir a ese umbral un carácter sólo relativo, de modo que se haría necesaria la concurrencia de otros factores (barreras de entrada, cuotas de competidores, etc.) para poder apreciar la existencia de posición dominante de cara a un abuso explotativo puro aguas abajo. Esos otros factores, por lo demás, vimos ya que tendían también a darse en nuestro caso.

En segundo término resultaría necesario que quedara absolutamente acreditado que *Sogecable* no podría haber llegado a protagonizar el abuso explotativo puro frente a los usuarios de TV de pago de no haber disfrutado de una posición dominante dentro del mercado español de la TV de pago. P.e., si habláramos de precios abusivos aplicados a sus abonados, sería necesaria la prueba de no haber podido imponerlos con cuotas de mercado por debajo del umbral de la posición dominante.

En tercer lugar, sería exigible que la conducta de *Sogecable* pudiera lesionar gravemente el interés de la generalidad de los consumidores o usuarios de TV de pago, no bastando, por tanto, que la misma afectara a un grupo más o menos reducido o limitado dentro de ese colectivo. Sería exigible una lesión del interés general dentro del mercado español de la TV de pago, por ejemplo, si *Sogecable* sin justificación objetiva denegara la puesta a disposición del público en general de determinados contenidos deportivos, y ello aún cuando los mismos no llegaran a ser de los catalogados de interés general.

En cuarto y último, lugar cabría exigir que el derecho de ese colectivo de usuarios y el adecuado funcionamiento del mercado español de los servicios de TV de pago no pudiera ser garantizado mediante la intervención de otras instancias administrativas como, por ejemplo, las autoridades de consumo u organismos reguladores, como la CMT o la Autoridad audiovisual competente.

Finalmente, la intervención de la autoridad de la competencia tendría que limitarse a determinar la existencia de abuso explotativo y a la imposición de las oportunas sanciones, pero sin llegar a adoptar un papel regulador como el que supondría, por ejemplo, la fijación de precios equitativos o la imposición de la comercialización de determinados contenidos, en los ejemplos citados más arriba.

Con todas las anteriores cautelas, cabría plantearse las formas que un abuso explotativo puro de *Sogecable* para con los usuarios de TV de pago podría revestir. A pesar de que la redacción literal de los Arts. 102 TCEE y 2 LDC evoca, principalmente, la idea del abuso explotativo, más que la del de exclusión, lo cierto es que, como se viene diciendo, la primera de esas figuras es la menos admitida y estudiada por las autoridades de la competencia, hasta el punto de no existir un documento equivalente a las orientaciones sobre abuso excluyente.

Así las cosas, una referencia a los principales casos de abuso explotativo tendría que partir, principalmente, de las elaboraciones de los autores. En términos generales, puede entenderse que el abuso explotativo consiste “*en las conductas en las que la empresa en posición de dominio aprovecha su poder de mercado para apropiarse de la renta de sus clientes mediante la fijación de precios excesivamente altos, la discriminación entre clientes no basada en criterios objetivos, pagar sus suministros a precios demasiado bajos o imponer condiciones no equitativas*” (Vid. Prieto Kessler, E., “*Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio*”, GJ, núm. 205, enero-febrero, 2000, p. 25).

Para la identificación de los casos más frecuentes de abuso explotativo, podríamos acudir a Child/Bellamy (*Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 550 y ss.) y así, dentro la enumeración de dicho autor, al margen de otras formas que cobrarían más sentido en mercados mayoristas (p.e., abuso por discriminación o por derechos de propiedad intelectual o industrial), los más viables dentro del mercado español de la TV de pago podrían ser:

- **Abuso por precios excesivos.** Si los precios predatorios dan lugar a una particular forma de abuso de exclusión, los precios excesivos o abusivos dan lugar a una de las formas del abuso explotativo. Ahora bien, cabrá también imaginar como supuesto de abuso explotativo no sólo los precios excesivamente altos aplicados a los compradores o clientes sino también los excesivamente bajos impuestos a los proveedores cuando la empresa disfrute de posición dominante en el mercado de compra. La diferencia de estos últimos con los precios predatorios radicaría en que estos últimos son precios excesivamente bajos aplicados en sentido descendente mientras que aquéllos lo son en sentido ascendente.

Dentro de la jurisprudencia son varias las referencias a esta forma de abuso explotativo: **i)** Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, caso 26/75, *General Motors v. Commission*, Rec. 1367, consid. 11, 12: el Tribunal de Justicia, aunque no llegó a declarar el abuso porque *General Motors* admitió que el precio era excesivo y renunció al exceso, dijo que los precios excesivamente altos son abusivos y que, por tanto, están prohibidos por el artículo 82 TCE; **ii)** Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*, Rec. 207, consid. 235 y ss.: adujo el Tribunal que “*fijar un precio excesivo por no guardar una relación razonable con el valor económico del producto suministrado es abusivo*”; **iii)** Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1986, as. 226/84, *British Leyland c. Commission*, Rec. 3263, consid. 27: el Tribunal de Justicia señaló que hay explotación abusiva cuando la empresa que disfruta de una situación de monopolio administrativo exige por sus servicios el pago de unos derechos desproporcionados en relación con el valor económico del servicio prestado (párrafo, nº 27); **iv)** Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989, caso 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Rec. 803: el Tribunal se refirió al abuso de exclusión consistente en que las compañías aéreas aplicaran tarifas excesivamente bajas con respecto a las de los competidores, pero también en el abuso explotativo consistente en la imposición de tarifas excesivamente elevadas a los viajeros y a otros transportistas por ser desproporcionadas con respecto a los costes incurridos, habida cuenta de las necesidades de los consumidores, de una remuneración satisfactoria para el capital invertido y de la situación del mercado.

Hemos visto ya que en el mercado español de la TV no habría riesgo de que *Sogecable* aplicara precios anticompetitivamente bajos aguas arriba, sino el de que aplicara precios anticompetitivamente altos aguas abajo.

El principal problema que plantea la identificación de esta clase de abuso radica en la determinación de lo que debe considerarse precio justo, lo que casi presenta connotaciones de Derecho natural. A estas dificultades se refirió ya la Comisión en *V informe sobre la política de la competencia de 1976 (Vid Supra)*.

También el TDC cuando descarta que “... que [aun ante unos precios predatorios] la Administración fije los precios, porque no es admisible, en un sistema de economía de mercado como el que consagra nuestra Constitución en el artículo 38, que un organismo público determine el margen de beneficios que debe obtener una empresa y los precios a que debe vender...” (Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 23 de diciembre de 1996, as. MC 15/1996, *Tabacos Canarias*, fund. 20) o subraya que “*El Tribunal no debe actuar como regulador ni dirimir las cuestiones económicas*

que se planteen entre las partes y... que, en principio, deben ser objeto de negociación entre [ellas]” (Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993, as. 319/1992, Liga Nacional de Fútbol Profesional).

Como medio de sortear esta dificultad cabría referir: (i) podrían considerarse inequitativos unos precios y unas condiciones que fueran notablemente menos favorables que los precios y las condiciones que *Sogecable* hubiera podido negociar en caso de competencia practicable y suficientemente eficaz o, en palabras del Tribunal de Justicia, se hará necesario “*determinar si la empresa dominante había usado de las oportunidades que se derivaban de su posición para obtener ventajas que no habría podido conseguir si hubiera estado sujeta a una competencia normal y suficientemente efectiva*” (V. *United Brands*; Considerandos 204 y ss.; en el mismo sentido, véanse la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, caso 395/87, *Ministerio público C. Tournier*, Rec. 2521 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, as. ac. 110, 241 y 242/88, *Lucazeau y otros c. SACEM*, Rec. 2811.); (ii) para lo anterior, será necesario atender al margen de beneficio, que resultará de deducir del precio de venta los costes de producción, y compararlo con el existente en mercados similares sometidos a una competencia normal (no siempre resulta fácil encontrar un mercado lo bastante similar como para ser empleado como término de comparación, sobre todo en mercados tan dinámicos como son los de las telecomunicaciones y el audiovisual; este criterio se emplea hoy en el Derecho alemán y también ha sido empleado por la autoridad española de la competencia en el caso de abusos explotativos protagonizados por las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual).

En el caso de abuso explotativo puro de *Sogecable* sobre sus abonados a TV de pago por precios inequitativos, se haría necesario, sin duda, considerar los elevados costes soportador por la misma *Sogecable* para la adquisición de contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos.

- **Abuso por condiciones inequitativas.** No sólo la imposición de precios no equitativos puede dar lugar al nacimiento de un abuso explotativo sino, en general, la imposición en vertical a proveedores o clientes de cualesquiera otras condiciones no equitativas. Ya sólo la generalidad de estos términos da para entender que dentro de esta forma de abuso tendrán cabida prácticas de lo más heterogéneo abarcadas o no por el contrato celebrado entre las partes: degradaciones del servicio, demoras en el cumplimiento de obligaciones y, en general, todas aquellas prácticas que supongan romper con el equilibrio entre las prestaciones de las partes del contrato. Nada obstaría a que tales prácticas pudieran llegar a ser protagonizadas por *Sogecable* dentro del mercado español de los servicios de TV de pago.
- **Abuso por contratos ligados.** Esta forma de abuso explotativo cabe entenderla incluida en la letra d) del Art. 102: “*subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*” (en idéntico sentido, el Art. 2.e LDC). Vimos ya que la vinculación es uno de los riesgos característicos de las concentraciones conglomerales y, además, que es también una de las formas de manifestarse el abuso de exclusión. También es una de las formas en que puede manifestarse la colusión vertical. Sin embargo, ahora estudiamos este fenómeno en cuanto el mismo puede dar lugar a abusos explotativos,

es decir, cuando *Sogecable* en posición dominante impusiera a sus abonados a TV de pago la adquisición de servicios vinculados, como podrían ser los de telefonía o acceso a IT o servicios interactivos (se cita el caso de Decisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, DOCE L65/19 de 11 de marzo de 1988: *Hilti* era dominante en el mercado de pistolas grapadoras y en el de cartucheras y cartuchos para éstas, pero no en el de suministro de grapas, y el abuso consistió en vincular la adquisición de las grapas a las de la pistolas y cartuchos). Realmente, dado que *Sogecable* no es operador de telecomunicaciones, resultaría muy complicado que llegara a imponer unilateralmente lo anterior a sus abonados dentro del mercado español de la TV de pago.

(c) Abuso anticompetitivo

Llegamos ya a la conclusión de que la posibilidad de que *Sogecable* protagonizara abusos de posición dominante anticompetitivos dentro del mercado español de la TV de pago en detrimento de *Telefónica* o de *ONO* no estaría sujeta a tanta controversia como la de que protagonizara abusos de posición dominante de carácter explotativo puro.

Es esta la modalidad de abuso de posición dominante que unas menores dificultades plantea dentro de la doctrina de las autoridades de la competencia. Ésta es también la razón de que sólo esta modalidad de abuso haya sido objeto de tratamiento a través de un instrumento con vocación de generalidad, a saber, las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes [DO C 45 de 24.2.2009, p. 7/20 (2009/C 45/02)]

En estas orientaciones se hacen unas reflexiones de carácter más o menos general sobre los diversos elementos conformadores del abuso de posición dominante (posición dominante y explotación abusiva de la misma) que vienen a ser sustancialmente coincidentes con las que dejamos expuestas más arriba. Además, en las mismas, se ocupa la Comisión, sin que quepa hablar de un *númerus clausus*, de las formas más típicas que puede adoptar el abuso anticompetitivo o excluyente, lo que convendrá poner ahora en relación con la posición dominante de *Sogecable* en el mercado español de la TV de pago:

- ❖ **Acuerdos exclusivos.** Se trata de casos en los que la empresa dominante excluye a sus competidores impidiéndoles acceder a una base de clientes (bloqueo de clientes) o a los *inputs* necesarios para permanecer en el mercado (bloqueo de insumos). Dentro de este supuesto quedarían englobados otros, a saber, las ***obligaciones de compra exclusiva*** y los ***descuentos condicionales*** (en ambos el efecto predominante es el del bloqueo de clientes) y, por otra parte, las ***obligaciones de suministro exclusivo*** y los ***incentivos de suministro exclusivo*** (en los dos el efecto característico es el del bloqueo de insumos). Sin embargo, en el caso de *Sogecable*, no resultaría fácilmente imaginable que la misma pudiera protagonizar un abuso a través de esa clase de acuerdos.

Las obligaciones de compra exclusiva supondrían que *Sogecable* pudiera imponer a los abonados a TV de pago, con carácter jurídicamente exigible, que los mismos sólo contrataran su oferta de TV de pago, lo que no parece fácil de admitir dada la libertad de los consumidores para la contratación de los servicios de su elección. Los descuentos condicionales o *rappeles* supondrían que *Sogecable* ofreciera descuentos incrementales a los abonados a TV de pago con objeto de fidelizarlos, sin embargo, esta práctica tampoco parece de mucha virtualidad en un mercado de servicios, como

sería el español de la TV de pago, en el que no cabe hablar en rigor de cantidades de TV de pago contratadas.

Tampoco cabría que *Sogecable* recurriera a su posición dominante para la imposición aguas arriba a sus proveedores de acuerdos de suministro exclusivo, y en esto cabría remitirse a los mismos razonamientos que expusimos para descartar el riesgo de abusos explotativos aguas arriba respecto de sus proveedores. Ciertamente es que podría hablarse de acuerdos de suministro exclusivo de contenidos *Premium* en beneficio de *Sogecable* que dificultan el acceso de otros operadores a los mismos. Sin embargo, esos acuerdos no encontrarían su explicación en un contexto de abuso, sino de integración vertical con *AVS* (contenidos deportivos) o de colusión vertical (contenidos cinematográficos). Tampoco, y por las mismas razones, cabría plantearse la existencia de incentivos de suministro exclusivo.

- ❖ **Vinculación y venta por paquetes.** Esta opción fue ya examinada en otro contexto, el de las concentraciones conglomeradas. En el mismo constituía un riesgo real en la hipótesis de integración de *Sogecable*, dominante en TV de pago, y *Telefónica*, dominante en mercados de las telecomunicaciones, como los de telefonía fija y acceso a internet, que pudiera producirse un efecto de cierre, o al menos de colusión, en alguno de esos mercados a través de técnicas de apalancamiento y venta por paquetes. Sin embargo, *Sogecable*, por sí sola, no estaría activa en esos otros mercados de las telecomunicaciones, con lo que el riesgo de que, por sí sola, protagonizara esta modalidad de abuso excluyente sería mínimo.
- ❖ **Precios predatorios.** Se trata de que la empresa dominante incurra deliberadamente en pérdidas o deja de obtener el beneficio que cabría esperar a corto plazo con el objeto de excluir a los competidores del mercado o el de impedir la inminente entrada de un competidor potencial. Si nos fijamos en el mercado de la TV de pago, difícilmente podría *Sogecable* aplicar precios predatorios en sus relaciones con los abonados teniendo en cuenta cuales son los costes que han de soportar, sobre todo para la adquisición de contenidos *Premium*.
- ❖ **Denegación de suministro y compresión de márgenes.** Estas modalidades del abuso de exclusión si podrían, a diferencia de las anteriores, resultar de importancia capital en los ámbitos en que nos movemos. Ambas tienen de común el hecho de que la empresa dominante sólo estará incentivada para incurrir en ellas cuando compita tanto en el mercado ascendente de venta del insumo, como en el descendente, en el que ese insumo es necesario, y donde querrá excluir a sus competidores. Aquí cabrá que la empresa dominante quiera que sus competidores en el mercado descendente no tengan el insumo (***denegación del suministro***) o quiera que lo tengan, pero a unos precios que no le permitan luego, al revender el producto manufacturado, obtener un margen de beneficio suficiente como para poder sobrevivir en el mercado (***compresión de márgenes***). Como los riesgos de estas formas de abuso, principalmente, el estrechamiento de márgenes, se pusieron de muy especial manifiesto en la operación de toma de control, concentración vertical, de *Sogecable* y *AVS*, será al hilo de esta operación que las dejemos estudiadas en detalle.

Así pues, a pesar de su posición dominante, prácticamente, los mayores riesgos de abuso anticompetitivo por parte de la misma, con el efecto de excluir a *Telefónica* o a *ONO* del

mercado de la TV de pago, quedarían reducidos a los nacidos de su integración con la principal plataforma de titularidad de derechos deportivos *AVS*.

(3) Ante prácticas colusorias (cárteles)

La diferencia esencial entre los casos de colusión horizontal y los de abuso de posición dominante que acabamos de dejar estudiados hay que cifrarla en el carácter unilateral de éste frente al multilateral de la colusión horizontal [(Ver también Op. Cit. Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 5 Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones horizontales”*; “§1. Introducción” (Págs. 227 y ss.)]. El mercado español de la TV de pago es, como venimos viendo, un mercado cuasimonopólico en el que la posición dominante de *Sogecable* parece incontestable. Lo anterior es lo que motiva que las prácticas restrictivas de proyección horizontal que puedan llegar a plantearse dentro del mismo sean más las relacionadas con el abuso de posición dominante anticompetitivo, que hemos dejado estudiado, que con la colusión horizontal. La posición dominante de *Sogecable* casi la exime de tener que llegar a acuerdos con otros operadores de TV de pago situados en el mismo eslabón de la cadena de valor para protagonizar prácticas restrictivas.

Distinto podría ser el caso de los acuerdos verticales, de los que nos ocuparemos más adelante, en los que, dado el fuerte poder de mercado de los proveedores situados en los eslabones superiores de la cadena de valor, *Sogecable* sí podría estar muy interesada en la formalización de acuerdos verticales que le garanticen los insumos necesarios para preservar su posición en el mercado de la TV de pago frente a la de sus competidores. En todo caso, y pasando al examen, de los diversos aspectos, cabría referirse a las **formas de la concertación**, a la **afectación de la competencia**, a la **exención individual o colectiva** y a las posibles **manifestaciones del cártel**:

- ❖ **Formas de la concertación**. Entre esas formas de la concertación cabría referirse a las **decisiones y recomendaciones colectivas de asociaciones de empresas**, a los **acuerdos** y a las **prácticas concertadas o conscientemente paralelas**.
 - **Decisiones y recomendaciones colectivas de asociaciones de empresas**. En todo caso, cabría descartar dentro del mercado español de la TV de pago el riesgo de decisiones o recomendaciones colectivas procedentes de asociaciones de empresas, pues ciertamente, no parece que exista asociaciones de difusores con tanto poder como para imponer pautas de actuación a sus miembros.
 - **Acuerdos**. Cabría, en cambio, plantearse, teóricamente al menos, la existencia de acuerdos. Siguiendo a Galán (“*Tratado de Derecho...*”; Tomo I, Cap. 4, §3.1., Págs 182 y ss), “*la noción de acuerdo contemplado por la normativa antitrust comunitaria e interna, a efectos de la prohibición de las prácticas colusorias es todo acuerdo, cualquiera que sea la forma de su celebración, jurídicamente vinculante o no, concluido entre dos o más empresas u operadores económicos actuantes en el mercado, sea en el mismo o en distinto estadio del proceso de producción o distribución*”.

A la vista de la evolución del mercado español de la TV de pago, el riesgo de los mismos habría que situarlos más en las relaciones entre *Sogecable* y *Telefónica* que en las que pudieran llegar a darse entre cualquiera de esos operadores y el

cableoperador *ONO*. Ahora bien, dada la transparencia y publicidad que envuelve al mercado español de la TV de pago, habría más riesgo de acuerdos tácitos que expresos entre esos dos operadores, lo que habría que reconducir más al ámbito de las prácticas concertadas o conscientemente paralelas (vid la resolución del TDC de 13 de junio de 2003 – *Transmediterranea/Euroferrys/Buquebus* – para un caso de acuerdo tácito de precios).

Además, y por las mismas razones, resultaría lo más viable que esos acuerdos adoptaran la forma de pactos entre caballeros o *gentlemen's agreements*. Como es sabido, no sólo se prohíben los acuerdos cuyo efecto sea el de restringir el juego de la competencia, sino también aquellos otros cuyo objeto sea esa misma restricción. Ciertamente, si bien en el caso de estos pactos entre caballeros podría discutirse que los mismos pudieran llegar a producir una restricción sensible del juego de la competencia al no ser generadores para las partes de obligaciones jurídicamente exigibles, no cabría en cambio discutir que su objeto o intención es precisamente esa misma restricción.

- ***Prácticas concertadas o conscientemente paralelas.*** Como acaba de comentarse, el riesgo de colusión horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica* dentro del mercado español de la TV de pago habría que cifrarlo, más que en la existencia de acuerdos expresos, muy fáciles de detectar, en la de prácticas concertadas o conscientemente paralelas (acuerdos tácitos, si se quiere). Se trataría de que ambos operadores protagonizaran actuaciones uniformes en materia de precios, cantidad, calidad, variedad o novedad de los servicios de TV de pago prestados a los usuarios de TV de pago. Aún a pesar de ser lo anterior teóricamente posible, en la práctica no resultaría probable. Aún inscritos todos dentro del mercado español de los servicios de TV de pago, lo cierto es que el servicio *Imagenio* y las ofertas de *Sogecable* presentarían características diferenciadas, por ejemplo, en cuanto a precio, mucho más barato en el primer caso, en el que el mayor atractivo vendría de la oferta *triple play*, que en el segundo, en el que ese mismo atractivo nacería del valor especialmente *Premium* de sus contenidos.

Este último factor sería también determinante de que, ante un comportamiento uniforme de esos dos operadores en relación con cualquiera de los parámetros competitivos citados, hubiera probablemente que pensar en la existencia de colusión, toda vez que las características y el funcionamiento del mercado no llegarían a ser razón bastante para explicar el paralelismo de conductas.

- ❖ **Afectación de la competencia.** Para que la concertación entre *Telefónica* y *Sogecable* produjera una afectación de la competencia dentro del mercado español de la TV de pago, en el sentido del Art. 1 LDC, resultaría indiferente que el mismo tuviera como objeto o intención una restricción de la competencia (V. Ss. TJCE de 13 de julio de 1966, *Grundig*; de 30 de junio de 1966, *Maschinenbau*; y de 11 de enero de 1990, *Sandoz*; para supuestos de cártel en los que bastaba la intención de restringir la competencia), produjera este último efecto o pudiera llegar a producirlo.

La exigencia de efecto anticompetitivo real o actual nos situaría ante un enfoque más bien estructuralista en el que lo decisivo sería que la práctica hiciera sentir sus efectos de modo palpable sobre el juego de la competencia en el mercado español de la TV de pago. La referencia del Art. 1 LDC a un efecto anticompetitivo potencial (“pueda

afectar”) no siempre sería distinguible de la hipótesis de la intención de restringir la competencia (“tenga por objeto”). Tal vez, la forma de solventar cualquier contradicción a este respecto pasaría por entender que, si bien toda práctica con un “objeto anticompetitivo” alberga un potencial “efecto anticompetitivo”, no resultaría igualmente cierta la proposición inversa. Es decir, que una práctica en la que no exista intención de restringir el juego de la competencia puede no obstante quedar prohibida si puede llegar a producir un efecto anticompetitivo, aún cuando no lo produzca efectivamente.

Todas estas disquisiciones podrían no revestir utilidad en nuestro caso, dado que, partiendo del poder de mercado de ambas empresas, lo más probable sería que cualquier concierto entre ellas produjera, casi de modo automático, una restricción sensible y actual del juego de la competencia dentro del mercado español de la TV de pago.

Esa afectación de la competencia podría pasar por impedir, restringir o falsear el juego de la misma. Realmente, y como dice Galán (*ídem* Pág. 199), se trata de una gradación, una más dentro de los Arts. 1 LDC y 101 TCEE en los que esta técnica es la habitual. Así, cuando hablamos de “impedir”, nos referimos a una neutralización del juego de la competencia dentro del mercado de referencia, a una restricción de grado máximo. En segundo lugar, cuando decimos “restringir” lo hacemos en alusión a una restricción que sólo debilita, sin llegar a enervarlo totalmente, el juego de la competencia dentro de ese mercado. Por último, la categoría del “falseamiento” es una categoría de cierre donde encajar cualesquiera otras afectaciones del libre desenvolvimiento de la competencia que no pudieran reconducirse a ninguna de las dos anteriores categorías, lo que, por otro lado, no resulta fácilmente imaginable.

- ❖ **Exención individual o colectiva.** Finalmente, aún dándose la anterior afectación de la competencia, cabría que la práctica protagonizada por *Sogecable* y *Telefónica* llegara a ser lícita desde el punto de vista de la normativa *antitrust* si concurrieran circunstancias que aconsejaran la protección de valores superiores al propio juego de la competencia en el mercado de la TV de pago y que serían los que justificarían la concesión de exenciones conforme a los Arts. 101 TCEE y 1 LDC.

Conforme al Art. 101.3 TCEE: “3. *No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:* - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

Y a tenor del Art. 1.3 LDC: “3. *La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:* a) *Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma*

equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”.

Se trataría de casos en los que la protección a ultranza del juego de la competencia, mediante la prohibición de la práctica de que se tratase, podría llegar a comprometer la mejora de la distribución o de la producción de los servicios de TV de pago o el progreso técnico o económico dentro de ese mercado a los que tal práctica pudiera contribuir. En ellos esos valores podrían ser primados frente al libre desenvolvimiento de la competencia, siempre que se cumplieran determinadas condiciones, a saber: que la eficiencia se transmitiera de un modo efectivo a los consumidores permitiéndoles una participación equitativa en sus efectos; que las restricciones a la competencia fueran las estrictamente indispensables para la consecución de la eficiencia y que no supusieran una eliminación de la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de producto de referencia.

Las anteriores exenciones podrían darse individualmente respecto de prácticas concretas. En el sistema de prohibición con excepción legal ya instaurado tanto en el ordenamiento comunitario, como en el español serán los propios agentes económicos los que, en cada caso, deberían valorar las circunstancias concurrentes de modo que podrán materializar la práctica de que se trate cuando entiendan que la misma no queda incluida en el Ap. 1 de los Arts. 101 TCEE y 1 LDC por no producir una afectación de la competencia o cuando consideren que, aún produciendo esa afectación de la competencia, la práctica en cuestión queda amparada por alguna eficiencia de las mencionadas. Esta valoración quedará, a expensas de la que *a posteriori* pudieran llegar a realizar las autoridades de la competencia si decidieran entrar a conocer del asunto.

Como es sabido, el sistema de defensa de la competencia arbitrado por el Tratado de Roma es un sistema mixto que participa de los componentes de un sistema de prohibición y de otro de abuso (Vid. Pellisé, Op. Cit. Págs. 70 y ss.).

Esto se percibe también en la regulación de las prácticas colusorias. En relación con éstas predomina un sistema de prohibición de modo que, como ya vimos, se prohíben y sancionan con la nulidad dichas prácticas colusorias en el Art. 101 exigiéndose tan sólo que puedan afectar a la competencia. Este sistema de prohibición es también el predominante en el Art. 1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: *“como es sabido, entre los dos modelos legislativos existentes en materia de prácticas restrictivas de la competencia, tanto la Unión Europea como España optaron por el modelo basado en el principio de prohibición”* (Alonso Soto, R.; *“La nueva regulación de la defensa de la competencia”*; Conferencia dictada el 13 de diciembre de 2007, en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid y dentro del ciclo organizado por la Academia Matritense del Notariado).

Se ataca la raíz misma de la colusión sin necesidad de esperar a que efectivamente produzca sus efectos. Sin embargo, para evitar efectos no deseados de un sistema de prohibición puro se introduce la posibilidad de exención conforme al Art. 101.3. A pesar de que se parte del postulado de que un mercado sin acuerdos que puedan restringir su estructura competitiva será un mercado en el que, de forma mediata o

indirecta, se alcanzará la eficiencia, por la vía de la interpretación extensiva de las exenciones, se abre la puerta a la posibilidad de vaciar de contenido aquella prohibición general del Art. 101.1 introduciendo componentes del sistema de abuso.

Contrastando con lo anterior, en la regulación del abuso de posición dominante predomina el sistema de abuso. Se admite la posición de dominio pero se prohíbe categóricamente abusar de ella. La eficiencia se alcanzará no incidiendo sobre la posición de dominio, sino sobre el comportamiento abusivo que desde ella puedan protagonizar las empresas. Ahora bien, una interpretación también extensiva de la noción de explotación abusiva puede ser que conduzca a sancionar cualesquiera conductas protagonizadas por las empresas que disfruten de la posición de dominio aun cuando no guarden relación con esa posición dominante ni traigan causa de ella. Una interpretación tal podría llevar al sistema de abuso a perder su pureza y a contaminarse con elementos del sistema de prohibición.

De este modo, y como dice el profesor Pellisé (*Ibídem*): “*por su letra y arquitectura, parece que el sistema general es un sistema mixto ambivalente, que integra dos subsistemas uno de prohibición y otro de abuso, según se esté ante prácticas colusorias o que tengan su origen en una posición de dominio*” pero “*ambos subsistemas están contruidos con tal flexibilidad que no es difícil que en su interpretación y aplicación práctica se desplacen a sus principios contrarios*”.

Del mismo modo, cabría que la exención se diera respecto de prácticas incluidas en alguna de las categorías especificadas en los Reglamentos europeos de exención por categorías o en los nacionales (si los mismos llegan a aprobarse) conforme a lo dispuesto en el Art. 103 TCEE y en el Art. 1. Aps. 4 y 5 LDC. En estos casos, y bajo el mencionado sistema de prohibición con excepción legal, quedaría también para los agentes económicos el primer juicio sobre si la práctica que pretendieran protagonizar quedaría o no comprendida dentro de las referidas categorías y ello sin perjuicio de la ulterior valoración que pudieran llegar a hacer las autoridades nacionales y europeas de la competencia si el asunto llegara a su conocimiento.

En la práctica, si difícil, como veremos, resultaría imaginar supuestos de cártel protagonizados por *Sogecable* y *Telefónica* dentro del mercado español de la TV de pago, más difícil aún sería dar con eficiencias que pudieran justificar tal práctica restrictiva.

- ❖ **Manifestaciones del cártel.** Entre éstas, podríamos referirnos a los *acuerdos para la aplicación de condiciones discriminatorias o para la imposición de prestaciones vinculadas*, a los *acuerdos para la fijación de precios o de otras condiciones de la transacción*, a los *acuerdos de reparto de mercados o de fuentes de abastecimiento*, a los *acuerdos de limitación de la producción* y a *otras formas de cártel*:

- ***Acuerdos para la aplicación de condiciones discriminatorias o para la imposición de prestaciones vinculadas.*** Teniendo en cuenta la anterior advertencia, podríamos empezar por referirnos a las prácticas colusorias tipificadas en las letras d) y e) del Ap. 1 del Art. 1 LDC [en idéntico sentido las letras d) y e) del Ap. 1 del Art. 101 TCE]. En ellas, respectivamente, se hace referencia a “*la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a*

otros” y “la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”. En idéntico sentido, las letras d) y e) del Art. 101.1 TCE se refieren, respectivamente, a las prácticas colusorias consistentes en “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva” y “subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

Respecto de las primeras, no resultaría fácilmente imaginable que los dos operadores a que nos venimos refiriendo se pusieran de acuerdo para la aplicación de condiciones discriminatorias a unos abonados a TV de pago frente a otros, además de que no cabría apreciar entre estos una relación competitiva sobre la que se pudiera proyectar la desventaja a que el precepto se refiere. Tampoco lo sería que ese acuerdo tuviera por objeto la imposición de prestaciones vinculadas a los servicios de TV de pago por razones ya expuestas: **(i)** la falta de presencia de *Sogecable* en mercados de las telecomunicaciones, lo que le impediría sujetar la contratación de sus servicios de TV de pago a la de servicios de telefonía o IT; **(ii)** el hecho de que, en el mercado español, los servicios interactivos no lleguen a tener entidad suficiente como para permitir desgajarlos de los servicios de TV de pago, faltando así uno de los presupuestos de la vinculación como sería el que producto vinculante y vinculado dieran lugar a diferentes mercados de producto.

- ***Acuerdos para la fijación de precios o de otras condiciones de la transacción.*** Pasando al riesgo de cártel de fijación de precios entre *Sogecable* y *Telefónica* dentro del mercado de la TV de pago, tampoco ha llegado nunca a plantearse ni parece que pudiera llegar a hacerlo dadas la muy diferente estructura de costes y características del servicio *Imagenio* y de la oferta de TV de pago de *Sogecable* a la que nos referimos más arriba. Y lo mismo cabría entender respecto de los acuerdos horizontales de fijación de otras condiciones de la transacción diferentes a los precios (otras condiciones comerciales o de servicio). Las diferentes plataformas de entrega de ambas ofertas de pago (satélite y ADSL) y el diferente valor adicional que ambas ofrecerían (contenidos especialmente atractivos frente a tripleta de servicios de TV, IT y telefonía) determinaría que esas otras condiciones y los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago fueran tan dispares como para imposibilitar la concertación.
- ***Acuerdos de reparto de mercados o de fuentes de abastecimiento.*** No parece tampoco posible imaginar acuerdos de reparto del mercado de la TV de pago entre *Sogecable* y *Telefónica* ni con arreglo a criterios territoriales (por la cobertura casi total del mercado español por la huella satelital y por la también importante cobertura de la Red Telefónica Pública Conmutada de *Telefónica*), ni temporales (por no ser este un criterio que pueda llegar a tener una excesiva virtualidad en el mercado de la TV de pago; piénsese, p.e., que carecería de sentido que ambos operadores se respetaran en determinadas franjas horarias de la parrilla de programación); ni por categorías de clientes (dada la multiplicidad de canales de las ofertas de TV de pago en el entorno digital, lo anterior sería mucho más difícil de articular en la práctica que en la ya extinta TV en abierto analógica). Acaso podría

pensarse en un acuerdo de reparto de mercados que consistiera en que *Sogecable* se reservara la distribución sobre satélite y *Telefónica* sobre ADSL; sin embargo, lo anterior, más que a una práctica de concertación, respondería a las potencialidades de ambas empresas (ténganse en cuenta, por los demás y recientemente, los acuerdos verticales entre el operador de telecomunicaciones *Jazztel*, que desistió hace poco tiempo de sacar adelante su propia plataforma de TV de pago sobre ADSL, *Jazztelia*, y *Sogecable* para el suministro de los contenidos de ésta a través de la plataforma de ADSL de aquélla).

Una variante con respecto a lo anterior podría venir conformada por una posible concertación en horizontal entre ambos operadores de TV de pago para repartirse las fuentes de abastecimiento. Esto, más que a los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas, por el hecho de basarse en diferentes plataformas de entrega, habría que referirlo al suministro de contenidos para actuar en el mercado de la TV de pago. Sin embargo tampoco esto último sería una opción: **(i)** en contenidos deportivos *Sogecable* tendría garantizado el suministro por su integración vertical con *AVS* y no andaría necesitada de ningún acuerdo con *Telefónica*; **(ii)** en contenidos cinematográficos, el poder de mercado de los *majors* neutralizaría cualquier riesgo de colusión entre ambas plataformas de TV de pago; **(iii)** en canales temáticos, los editores de esta clase de canales han visto ensanchado su mercado potencial en el nuevo escenario de la TDT; **(iv)** en obras audiovisuales, ambas plataformas dispondrían de sus respectivas secciones ascendentes de producción de las mismas.

- ***Acuerdos de limitación de la producción.*** En cuanto a los acuerdos de limitación de la producción, habría que plantearse los en el caso de que ambos operadores se concertaran para no desplegar todo su potencial competitivo dentro del mercado de la TV de pago, lo que, ciertamente, tampoco parece una opción, no sólo por las diferentes características de los servicios de ambas a que nos venimos refiriendo, sino además porque que tal circunstancia sería rápidamente aprovechada por *ONO* para la expansión de sus propios servicios de pago.
- ***Otras formas de cártel.*** Finalmente, tampoco parecerían una opción otras formas de cártel de las que mencionan los autores, como, por ejemplo: **(i)** licitaciones fraudulentas, cuyo riesgo se daría, sobre todo, en relación con la puja por la adquisición de contenidos; **(ii)** intercambios de información, por la propia naturaleza del negocio de la difusión televisiva, que llevaría a un alto grado de transparencia en cuanto a la posición en el mercado de los operadores (continuamente se publica el *share* de cada cadena, los precios aplicados en las ofertas de TV de pago a los abonados, etc.; una menor transparencia sí podría existir, en cambio, en los mercados ascendentes de los contenidos); **(iii)** limitaciones de publicidad porque, aunque la publicitación de los servicios de TV de pago podría tener un mayor sentido que la de los servicios de TV en abierto, no necesitados de publicidad más allá de la autopromoción que se hacen las propias cadenas dentro de sus propias emisiones, lo cierto es que tampoco parece que la publicidad juegue un papel tan importante como en otros mercados (p.e., los de los automóviles).

Sentada así la dificultad de que, directamente, pudieran llegar a darse supuestos de *cártel* en el mercado español de la TV de pago a raíz de la concertación entre *Sogecable* y *Telefónica*, no cabría, sin embargo, descartar que pudieran llegar a darse acuerdos de cooperación

horizontal entre ambos operadores como paso previo que pudiera llegar a generar un ambiente propicio para esa colusión horizontal. Esta opción la dejaremos estudiada más adelante, al ocuparnos de los acuerdos de cooperación horizontal dentro del mercado español de la TV de pago.

(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)

(a) Aspectos generales

Podrá ya convenir que pasemos a centrarnos en las restricciones verticales con efectos sobre el mercado de la TV de pago, tomando como herramientas de trabajo las Directrices de la Comisión sobre restricciones verticales. Aquí podremos ocuparnos de unas ideas previas, del Reglamento de Exención por categorías, del poder de mercado, de la afectación de la competencia, del caso de las tarjetas griegas (v. *supra*) y de los tipos posibles de restricciones verticales en el mercado español de la TV de pago:

- ❖ Ideas previas. Ya apuntamos que más frecuentes que los cárteles en el mercado español de la TV de pago, podrían serlo los acuerdos verticales. Y lo mismo podría decirse de otros mercados nacionales. Por ejemplo, los mercados de medios y las restricciones verticales dentro de los mercados escandinavos de la difusión fueron examinadas por la Comisión en *Telenor/Canal +/Canal Digital (Commission Decision, Case COMP/C.2.-38.287, 29 December 2003)*. Sin embargo, a diferencia de otras muchas decisiones relativas al sector de los medios, este asunto no fue abordado por la Comisión desde la perspectiva del reglamento de concentraciones, sino desde la del Art. 81 (101 actual) que se ocupa de la colusión. La Comisión aplicó el Reglamento No. 2790/99 de exención por categorías en acuerdos verticales y, asimismo, las Directrices sobre restricciones verticales. Dado que en los mercados de la difusión y de los medios es frecuente que las partes se encuentren activas tanto en mercados ascendentes como descendentes, la decisión relativa a este asunto se revela como de un valor especial.

En *Telenor/Canal +/Canal Digital*, la Comisión entendió el acuerdo vertical como una cuestión que quedaba fuera del alcance del Reglamento No. 2790/99 o, puesto en otros términos, que no quedaba amparada por la exención por categorías. En consecuencia, el acuerdo necesitaba de una ponderación individual. El complejo acuerdo sometido a la autoridad de la competencia entrañaba, entre otros extremos, la venta y distribución en exclusiva de canales de contenidos Premium para TV de pago, el intercambio de información y la adquisición conjunta de licencias sobre eventos deportivos y películas cinematográficas y obligaciones de no competencia en relación con la distribución de canales de Pay per view y Video casi bajo demanda.

Dejando atrás ese ejemplo, y dentro de estas ideas previas, cabría que nos ocupáramos de los siguientes aspectos: la **definición de la colusión vertical** y los **mercados verticalmente relacionados con el de la TV de pago**. Así:

- **Definición de la colusión vertical**. Partiendo de la definición de la colusión vertical que se viene manejando y que es la introducida en el Reglamento (CE) No 330/2010 de Exención por categorías, tendríamos una restricción de esta clase con influencia sobre el mercado de la TV de pago cuando alguna empresa situada en alguno de los mercados ascendentes citados se concertara con otra activa en el

propio mercado de la TV de pago y esa concertación pudiera afectar a las condiciones de prestación de los servicios de difusión televisiva a los abonados por parte del operador de TV de pago.

- ***Mercados verticalmente relacionados con el de la TV de pago.*** A la vista de lo anterior, habrá pues que recordar, antes de ahondar en el estudio de la colusión vertical con efectos sobre el mercado de la TV de pago, cuales son los mercados ascendentes, pues descendentes no los hay, con relación al de la TV de pago. Por tales cabrá tener los inscritos en el segmento de los contenidos (*Premium* deportivos, *Premium* cinematográficos, obras audiovisuales para TV y canales temáticos) y los inscritos en el segmento de las comunicaciones electrónicas (capacidad satelital y transmisión de señal audiovisual sobre RTPC). Una posición más ambigua con respecto a la del mercado de la TV de pago adoptarán el de los servicios de TV interactiva (segmentos de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información) y el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago (segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas) por razones ya expuestas. Esa ambigüedad justificará que nuestras consideraciones vayan más enfocadas hacia aquellos otros mercados ascendentes con relación al de la TV de pago.
- ❖ **El reglamento de exención por categorías.** Un primer presupuesto para que la Comisión pase a valorar los efectos anticompetitivos derivados de una restricción vertical con incidencia sobre el mercado de la TV de pago será el de que no resulte de aplicación el Reglamento de Exención por categorías (la normativa española sobre la materia se asimila a la europea; Ver Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*”; Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, Ed. Bosch, Barcelona, 2005; “*Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales*”; “§ 1. “*Introducción. Derecho comunitario y nacional sobre restricciones verticales*”; Págs. 313 y ss.).

Aquí, nos ocuparemos de la aplicación del ***Reglamento de exención por categorías***, de una ***visión crítica del Reglamento de exención por categorías***,

- ***Aplicación del Reglamento de exención por categorías.*** El Reglamento se aplica a categorías de acuerdos que *prima facie* cumplen con las condiciones previstas en el actual Art. 101 ap. 3 – mejoras de la producción o distribución de los productos o fomento del progreso técnico o económico con reserva, en ambos casos, a favor de los consumidores de una participación equitativa en el beneficio resultante - y que, por tanto, determinan que la práctica no llegue a ser anticompetitiva. De esta suerte el Reglamento configura una suerte de “puerto seguro”, dentro del cual los acuerdos verticales no podrán ser considerados anticompetitivos.

La sistemática del Reglamento puede sintetizarse en la exención de toda clase de restricciones verticales siempre que se den una serie de condiciones que giran en torno a dos ideas esenciales, a saber: la de que no exista un poder de mercado que exceda de cierto **umbral de cuota** y la de que el acuerdo no se inscriba dentro de ciertos **tipos expresamente excluidos**. Así:

- **Umbral de cuota.** En cuanto a la exigencia de no rebasar determinados umbrales, dependería, como es natural, de cuáles resultaran los empresarios implicados. La idea es la de que cesa la presunción de eficiencia en el caso de que los proveedores o los clientes no queden presionados por la competencia de sus fuerzas respectivas. Si, por ejemplo, partiéramos de un acuerdo vertical entre *Sogecable* y *AVS*, el mismo en ningún caso podría beneficiarse de la exención por categorías: primero, porque *AVS* disfrutaría de una cuota muy superior al 30 % en el mercado nacional español de la reventa de derechos sobre eventos futbolísticos y, segundo, porque *Sogecable* disfrutaría también de una cuota muy superior al 30 % en el mercado de compra de esos derechos.

Por el contrario, un acuerdo vertical entre *ONO* y un editor de canales temáticos (p.e., *Planeta*), al menos en principio, y al margen de otros criterios a que pasaremos a referirnos, podría ajustarse a los requisitos de cuota para la exención por categorías al no rebasar las partes ese umbral del 30 % en los mercados de compra y de venta de canales temáticos, respectivamente. En cualquier caso, el hecho de que dentro de la lista negra de cláusulas que excluyen la aplicación de la exención por categorías se incorporen los acuerdos cuyo objeto sea la cesión de derechos de propiedad intelectual supondría ya que no pudiera aplicarse la exención por categorías a los acuerdos verticales entre un operador español de TV de pago y un proveedor de contenidos.

Si nos referimos a un acuerdo vertical entre un operador activo en el mercado español de la TV de pago y otro que lo estuviera en algún mercado ascendente de comunicaciones electrónicas, la exención por categorías podría tener una mayor virtualidad. Por ejemplo, un acuerdo como el ya citado entre *Sogecable* y *Jazztel* para el suministro de los contenidos de la primera a través de la red de la segunda podría beneficiarse de la exención por categorías, pues, muy presumiblemente, no se superarían los umbrales de cuota mencionados, ni tampoco tendría dicho acuerdo porque quedar incluido dentro de la referida lista negra. Por el contrario, la exención por categorías, por umbrales de cuota, habría resultado inaplicable en el caso de que ese mismo acuerdo vertical lo hubiera celebrado *Sogecable* con *Telefónica*, por la cuota de esta última, muy superior al 30 % en el mercado ascendente de venta.

- **Acuerdos excluidos de la exención por categorías.** Sin embargo, aún en el caso de acuerdos entre un operador de TV de pago y otro de telecomunicaciones, convendrá tener presente que el Reglamento de Exención no resultaría de aplicación a determinados acuerdos o restricciones como, por ejemplo, los acuerdos verticales entre empresas competidoras, :
- Acuerdos verticales entre empresas competidoras con efectos sobre el mercado de la TV de pago. La definición de “empresas competidoras” que da el Art. 1, 1, c) del Reglamento de Exención por categorías no se limita a la competencia real, sino que comprende también la potencial; y así: “«*Empresa competidora*», un competidor real o potencial; «*competidor real*», una empresa activa en el mismo mercado de referencia; «*competidor potencial*», una empresa que, en ausencia de un acuerdo vertical, podría emprender, por razones realistas y no según una

posibilidad meramente teórica, las inversiones adicionales necesarias o sufragar otros costes de transformación necesarios para penetrar en el mercado de referencia en un breve periodo de tiempo en caso de aumento ligero, aunque constante, de los precios relativos;»” (Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs. 321 y ss.); “§ 3. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2790/99” (Págs. 321 y ss.); “§3.1.6. Acuerdos entre empresas competidoras” (Págs. 329 y ss.).

Los riesgos de esta clase de acuerdos especialmente graves son mayores dentro del mercado de la TV de pago que en el de la TV en abierto, al menos en lo que a la situación en nuestro país se refiere. Por una parte, cabrá que se planteen *cuando una empresa activa en los mercados ascendentes de los contenidos y, al mismo tiempo, en el de la TV de pago se ponga de acuerdo con otra activa también dentro del mercado de la TV de pago y, por otra parte, cuando una empresa activa en los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas y, al mismo tiempo, en el de la TV de pago se ponga de acuerdo con otra activa también dentro del mercado de la TV de pago:*

- ♦ *Cuando una empresa activa en los mercados ascendentes de los contenidos y, al mismo tiempo, en el de la TV de pago se ponga de acuerdo con otra activa también dentro del mercado de la TV de pago.* Se trataría de que una empresa activa en los mercados ascendentes de los contenidos y, al mismo tiempo, en el de la TV de pago (el caso paradigmático sería el de *Sogecable*; partiendo del mercado inglés en el caso *BiB*, podía ser *BSkyB*) se concertara con otra activa también dentro del mercado de la TV de pago (podría ser *Telefónica*).

Riesgos similares salieron a la luz en el caso español de la integración de las plataformas digitales de TV. En este caso, las restricciones resultaban claramente del hecho de que *Telefónica*, tras la operación, estuviera presente en la empresa titular de los derechos sobre los principales contenidos de TV de pago (*Sogecable*) y a la vez pudiera prestar servicios de acceso a Internet, banda ancha y TV por ADSL (*Imagenio*). Un trato preferencial de *Sogecable* para con *Telefónica* en materia de provisión de contenidos (Vg. mediante su cesión en exclusiva o asociando su oferta a la de la nueva plataforma digital) para su difusión a través de la TV por Internet perjudicaría la posición del resto de los competidores, de manera especial si se consideraba el monopolio que de hecho *Telefónica* venía disfrutando en bucle local. Esta fue la razón de que *Aunacable* solicitara en el procedimiento la introducción de una moratoria a la explotación por *Telefónica* de su plataforma TV de pago a través de ADSL además de una prohibición de la comercialización conjunta de paquetes de servicios por ambos operadores, *Sogecable* y la misma *Telefónica*.

A este respecto cabría destacar como alegaciones de la Asociación de operadores del cable vertidas en el expediente y por su carácter ilustrativo las siguientes. *Telefónica* estaría bien presente en tres redes de comunicaciones electrónicas aptas para la prestación de servicios multimedia: la satelital a través de su participación en *Hispasat*, la red telefónica pública conmutada (RTPC) y el cable donde era titular de una concesión. La operación valorada en conjunto implicaba la completa vinculación de contenido, distribución y acceso dada la existencia de un nexo estructural entre *Sogecable* y *Telefónica*. Dicha operación, asimismo se decía, habría de impedir a los operadores de cable adquirir el volumen necesario de abonados a TV de pago, lo que para ellos tendría un valor *Premium* pues supondría el quedar en posición de competir con *Telefónica* en todo el segmento de las telecomunicaciones. Sobre este particular se recalcó que las cuotas de mercado de *Telefónica* eran: un 87 % en telefonía fija, un 83 % en el acceso a hogares por redes de telecomunicaciones y un 61 % en el acceso a Internet por banda ancha.

La misma asociación vino a aportar datos sobre el valor del índice de Herfindhal-Hirschman (IHH) - sería de 10.000 (monopolio) en las zonas donde no operaba el cable – y otros referentes a cuotas de mercado en manos de la entidad resultante de la concentración, a saber: el 93 % en el de la TV de pago, el 90 % en el de los servicios de pago por visión, el 98 % en el de los derechos exclusivos de retransmisión de películas de estreno en primera y segunda ventana, el 100 % en el de los derechos de retransmisión exclusiva del fútbol, 55 % en el de la edición y comercialización de contenidos unido a vínculos estructurales y exclusivos con las *majors* norteamericanas, 81 % en el de acceso a plataformas de TV de pago por parte de los suministradores de contenidos, 93 % en el de los servicios de acceso condicional, 100 % en el de los servicios interactivos.

Diversamente, los razonamientos de *Sogecable* fueron en la línea de resaltar la obligación impuesta por ley a *Telefónica* en cuanto operador dominante de permitir a sus competidores el acceso a sus redes mediante la oferta de red abierta y el bucle local desglosado con vistas a sentar que la operación propuesta en ningún caso reforzaría la posición de la misma *Telefónica* en detrimento de la de dichos competidores, cableoperadoras incluidas. Yendo más allá – se argumentó – *Telefónica* tendría interés en propiciar ese acceso con el fin de amortizar los costes en que había venido incurriendo al adaptar su red a las exigencias legales.

Las condiciones impuestas por el TDC para la salvaguarda del juego de la competencia en el mercado de la prestación de servicios de telecomunicaciones fueron las siguientes: (i) *Sogecable* debía comprometerse a no gestionar conjuntamente la oferta de los servicios de la nueva plataforma de TV digital con los de acceso a Internet de banda ancha de *Telefónica* o, en su caso, con los comprendidos dentro de *Imagenio*, también de esta última, y a no discriminar la venta de sus

contenidos audiovisuales en beneficio del citado *Imagenio* o de cualquier otro proyecto del grupo *Telefónica* en ADSL y en detrimento de otros proveedores de acceso a Internet que pudieran operar en España; (ii) *Sogecable* debía garantizar que el retorno en los servicios interactivos prestados a través de la nueva plataforma de TV pudiera tener lugar a través de las redes de los diferentes operadores concurrentes en el mercado y sin imponer que dicho retorno hubiera de verificarse a través de la red de telecomunicaciones de Telefónica; (iii) *Sogecable*, en beneficio del pluralismo informativo, debía asumir el compromiso consistente en no suscribir, directamente o a través de sociedades interpuestas, acuerdos o alianzas, más allá los incluidos en la operación notificada, con empresas del grupo *Telefónica* activas en el ámbito de los medios de comunicación.

- ◆ *Cuando una empresa activa en los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas y, al mismo tiempo, en el de la TV de pago se ponga de acuerdo con otra activa también dentro del mercado de la TV de pago.* El riesgo que se acaba de describir se da por la existencia de un alto grado de integración vertical (contenidos/difusión; p.e. en *Sogecable*) y es común al mercado de la TV en abierto (p.e., por la vinculación entre *Mediapro* y *La Sexta*). Pero, en segundo lugar, podrá llegar a darse cuando una empresa activa en alguno de los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas y, del mismo modo, en el de la TV de pago (el principal exponente sería en este caso *Telefónica*) se concierte con otro operador de TV de pago (Vg., la misma *Sogecable*), caso en el que los riesgos derivarán de la integración vertical transmisión/difusión localizada, en el ejemplo, en *Telefónica*.

Probablemente haya sido en su resolución relativa al asunto COMP/M. 2876 — *Newscorp/Telepiù* donde la Comisión más directamente se haya ocupado de los riesgos asociados a esta clase de acuerdos. A pesar de que *Telecom Italia* iba a quedar como accionista minoritario en la nueva plataforma de servicios de TV de pago resultante de la concentración, la Comisión entendió poco realista considerar que su participación iba a ser meramente financiera.

La Comisión (considerandos 265 y 266 de la decisión) subrayó: “*La participación y la ayuda financiera de Telecom Italia se ha considerado un elemento clave para Newscorp en su decisión de llevar a cabo la compra del control de la plataforma combinada. Además, hay efectivamente, a primera vista, una complementariedad industrial, comercial y estratégica evidente que puede actuar como consecuencia del acuerdo entre la plataforma por satélite y Telecom Italia. A este respecto es importante observar que una convergencia rápida está teniendo lugar entre telecomunicaciones y mercados de medios, que antes eran claramente distintos. Esta distinción está siendo empañada cada vez más por la evolución tecnológica que, a su vez, estimula nuevas estrategias y modelos empresariales dirigidos a aprovechar comercialmente las nuevas posibilidades logradas por tal convergencia*”.

La Comisión observó que *Telecom Italia* era la empresa dominante en el acceso de banda ancha xDSL y que era también probable que fuera una empresa muy fuerte en UMTS en el futuro. Estas tecnologías se revelaban especialmente aptas para la prestación de ciertos servicios dentro del mercado de la TV de pago como eran los de pago por visión, video a la carta o video cuasi a la carta. La DG IV reconoció (considerando 290) que era verdad que el vínculo entre la nueva entidad y *Telecom Italia* podría contribuir a consolidar la posición dominante de la primera en el mercado de la TV de pago. Sin embargo, lo cierto era que *Telecom Italia* estaba abandonando sus actividades en el mercado de la TV de pago.

Por otra parte: (i) no tenía incentivo comercial significativo para reactivar, con vistas a ofrecer servicios completos de televisión de pago, su proyecto de red de cable, que se interrumpió en 1998 (“Proyecto Sócrates” dirigido inicialmente a conectar millones de hogares a través de una red coaxial de fibra); (ii) el estado de desarrollo de la tecnología ADSL en Italia aún requería enormes inversiones y la mejora de la red antes de poder transportar paquetes de canales a las televisiones emisoras.

La Comisión insistió también en el requisito legal de que el efecto nocivo sobre la competencia debía surgir de la transacción de concentración para pasar a entender que *“la investigación de mercado no ha proporcionado suficientes pruebas para establecer que los riesgos para la competencia resaltados por los terceros en el curso del procedimiento se materializarían en el futuro próximo como consecuencia de la concentración (es decir, incluida la participación minoritaria de Telecom Italia en la plataforma combinada)”*.

Lo anterior motivó que la autoridad europea de la competencia se limitara a “tomar nota” de los compromisos propuestos por *Newscorp* en lo concerniente a sus relaciones con *Telecom Italia*. Estos compromisos, sin embargo, no los consideró ni condiciones ni obligaciones de la decisión dictada.

Dichos compromisos especificaban: “a) *Newscorp* no hará ofertas conjuntas con *Telecom Italia* que combinen servicios de televisión de pago y acceso a internet de banda ancha, no discriminará en favor de *Telecom Italia* por lo que se refiere a sublicencias de contenido audiovisual, no inducirá a sus clientes a proveerse de servicios interactivos mediante *Telecom Italia* y no firmará acuerdos estratégicos con *Telecom Italia* sin la aprobación previa de la Comisión”; b) los compromisos relativos a *Telecom Italia* seguirán estando en vigor mientras *Telecom Italia* posea no menos del 5 % de las acciones y tenga un miembro en el consejo de administración de la plataforma combinada”.

Todos estos efectos no hay tanto riesgo de que se produzca dentro del mercado español de la TV en abierto en el que los difusores no presentan ningún grado de integración vertical con el operador de telecomunicaciones sobre plataforma terrestre.

Todo este planteamiento, sin más, era el que acogía el Reglamento de Exención de 1999 (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21; Ver para un estudio en profundidad de esta norma, Korah, V.; O'Sullivan, D.: *"Distribution Agreements Under the EC Competition Rules"*. Hart Publishing. Oxford, 2002). En el Reglamento de Exención por categorías de 2010 y en las Directrices del mismo año se pasa a declarar, no obstante, que la exención por categorías podrá no obstante aplicarse a ciertos acuerdos verticales entre competidores de carácter no recíproco entre los que quedarían incluidos los llamados de distribución dual: *"si el proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales, mientras que el comprador opera a nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que adquiere los servicios objeto del contrato"*. Es decir, y prescindiendo a efectos sólo expositivos del factor de la cuota de mercado, si *Telefónica* prestase servicios de comunicaciones electrónicas a *Sogecable* ello no tendría por qué determinar la exclusión de la exención por categorías, aún siendo *Telefónica* y *Sogecable* competidores en el mercado de la TV de pago, pues *Sogecable* no competiría con *Telefónica* en la prestación de servicios de telecomunicaciones. En cambio, si *Sogecable* surtiera de contenidos a *Telefónica*, dada la presencia de *Telefónica* también en contenidos (p.e., a través de *Endemol*), lo anterior no sería posible [a efectos del Reglamento, los términos "empresa", "proveedor" y "comprador" incluirán sus respectivas empresas vinculadas (Art. 1.2)].

- *Acuerdos verticales de mantenimiento del precio de reventa con efectos sobre el mercado de los servicios de TV de pago.* A diferencia de lo sucedido con los servicios de TV en abierto, los de TV de pago sí se prestan contra el abono de una contraprestación por el usuario lo que hace posible la existencia de esta clase de prácticas colusorias verticales con efectos sobre el propio mercado de la TV de pago. Sin embargo, no resultaría fácilmente imaginable dentro del mercado español de la TV de pago que un operador de telecomunicaciones (p.e., *Astra*) impusiera a una plataforma de TV de pago (p.e., *Sogecable*) la prestación de su servicio de TV de pago a determinado precio [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *"Tratado de [...]" "Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales"*; *"§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre"* (Págs. 321 y ss.); *"§ 3. 3. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención al acuerdo"* (Págs. 334 y ss.); *"§3.3.1. Precio de reventa"* (Págs. 335 y ss.)].

El mantenimiento del precio de reventa, que es aquella restricción por la que se impone un precio de venta fijo o mínimo al comprador (no, en cambio, cuando se trate de un precio recomendado o de un precio máximo), se considera restricción vertical especialmente grave que no dará ni tan

quiera oportunidad a la aplicación de la exención por categoría. Aún cuando se trate de un mercado inscrito dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, y a pesar de que la problemática haya sido en gran medida superada por aplicación del paquete regulador constituido por la Directiva Marco y las Directivas específicas que la complementan, dada su influencia indudable sobre el mercado de la TV de pago sobre plataforma ADSL, cabría mencionar el caso del mercado mayorista del acceso al bucle local desglosado. En estos casos, la imposición por el operador incumbente que proporciona el bucle desglosado a los que acceden al mismo de un precio mínimo o fijo para la comercialización en el ramo minorista de los servicios de TVIP excluiría toda posibilidad de aplicación de la exención por categoría.

- Acuerdos verticales que puedan llegar a compartimentar el mercado de los servicios de TV de pago por territorios o categorías de clientes. Los riesgos de lo anterior se darían, sobre todo por territorios, cuando nos encontráramos ante plataformas de distribución (cable o satélite) con un grado de cobertura muy diferente dentro del mercado geográfico. Dentro del mercado español esos riesgos tenderán a mitigarse a medida que *ONO* vaya dotándose de presencia dentro de todo el territorio nacional (p.e., *Sogecable* podría facilitar contenidos para *Imagenio* de *Telefónica* sólo en aquellas demarcaciones donde tuviera presencia el cableoperador *ONO* para dificultar la expansión de la oferta de TV de pago de este último; así la competencia entre *Imagenio* y *Digital +* dentro de estas demarcaciones sería más intensa que en las demás donde esos contenidos sólo se darían a través de *Digital +*).
- Restricciones verticales impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva con incidencia sobre el mercado final de los servicios de TV pago. Conforme al Art. 1 letra d) del Reglamento de Exención por categorías: “«Sistema de distribución selectiva», un sistema de distribución por el cual el proveedor se compromete a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados en el territorio en el que el proveedor haya decidido aplicar este sistema;” Sobre acuerdos de distribución selectiva puede consultarse Martínez-López, M., “*Distribution Sélective et Internet*”, Competition Policy Newsletter n.º 2, junio 2001.

Estas restricciones tendría más sentido que procedieran de proveedores de contenidos que de prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y ya hemos señalado que, en general, los acuerdos verticales con proveedores de contenidos caerían, ya y por sí solos, fuera del ámbito de aplicación de la exención por categorías.

- ***Visión crítica del Reglamento de exención por categorías.*** Toda la sistemática del Reglamento de Exención por categorías parte de considerar que los acuerdos verticales caen, inicialmente, dentro de la esfera de aplicación del Art. 101.1 TCEE (1.1 LDC) si bien, en el caso de ser protagonizados por empresas con

cuotas por debajo de determinado umbral y siempre que no sean de los incluidos dentro de la lista negra que el mismo recoge, se entenderán lícitos por entenderse que en los mismos concurren las eficiencias del Art. 101.3 TCEE (1.3 LDC).

Este planteamiento es objeto de una profunda revisión y crítica por parte de Alfaro Águila-Real, J., *“Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”*; Trabajo preparado para la 1ª Conferencia de Derecho y Economía de la Competencia, Madrid, Universidad Antonio de Nebrija 26 de septiembre de 2003; disponible en Internet. Las reflexiones de este autor suponen una línea alternativa a la regulación comunitaria, con indudables repercusiones en lo que se refiere a la implementación de ésta dentro del ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, ha de destacarse, dentro del Derecho español, como principal obstáculo para llevar los planteamientos de Alfaro al terreno de la práctica, las previsiones del Art. 1 LDC, Ap. 4: *“La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE”*. Cuestión distinta pudiera ser la de que *lege ferenda* pudiera ser conveniente no importar sin más al ordenamiento interno español dicho modelo comunitario y modificar la previsión legal.

En este sentido, dice Alfaro, este planteamiento del Reglamento de Exención por categorías sólo se explica sobre la base de un Derecho Europeo que pretende remover las trabas a la libre circulación de mercancías y prestación de servicios para la creación de un mercado único. Este planteamiento además de no considerarlo acertado entiende que no puede importarse, sin más, al derecho interno donde el Derecho antitrust tiene otra finalidad dada la ya existencia de un mercado integrado. Lo que el autor propone es, directamente, la no inclusión de los acuerdos verticales dentro del Art. 101.1 TCEE. En consecuencia entiende desacertado el planteamiento del Reglamento de Exención y de las Directrices pues sólo debería entrarse a fiscalizar los acuerdos verticales celebrados por empresas en posición dominante (a ésta no cabe asimilar el umbral del 30 % a que se refiere el Reglamento) y, en tal caso, sobre la base del Art. 102 TCEE dedicado al abuso. Este mismo tendría que ser el planteamiento dentro del Derecho Español, lo que llevaría a una liberalización mayor que la verificada a través del Reglamento de Exención por categorías 378/2003; debiendo añadirse que en este ámbito no hay necesidad de alcanzar un mercado único integrado y donde rige el principio constitucional de la libertad de empresa del Art. 38 CE.

El Profesor Alfaro parte de la necesidad de diferenciar los objetivos del Derecho de la Competencia, que, casi desde un enfoque estructuralista, asimila a la prevención frente a posiciones dominantes y a situaciones de poder de mercado, y los objetivos del Derecho Comunitario cifrados en la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios a lo largo y ancho de todo el mercado único. En este sentido, sí es cierto que los autores se muestran críticos

con ese mimetismo automático entre los ordenamientos comunitario y nacionales de cada Estado miembro.

Y así (V. Araújo, M., y Escudero, A., en *“Tratado de Derecho de la Competencia...”*, Tomo I, Cap. 6, Pág. 313) comentan: *“Las diferencias entre el ordenamiento comunitario y el nacional podrían haber sido amplias. El primero, teñido del objetivo político de la integración de los mercados, debería ser muy distinto del segundo, que no tiene complejos que superar a este respecto. No obstante, y por un simple efecto de emulación, el ordenamiento nacional ha nacido y crecido a imagen y semejanza del comunitario. Absurdamente, discutiblemente, su parecido es extremo, alguno diría que excesivo. Dos ordenamientos que buscan, o deberían buscar, finalidades diferentes, unificados por la única razón de una falsa comunidad. Un fenómeno, sin embargo, común en Europa y, quizá por ello, raramente criticado. Este fenómeno de uniformización se ve intensificado por el Reglamento (CE) 1/2003, sobre todo en la regulación de los acuerdos anticompetitivos (prohibidos por el artículo 81 CE y 1 LDC)”*.

Pero, aún siendo objetivos con su propia sustantividad, los mismos no son del todo deslindables. En la medida en que el Derecho Comunitario remueva los obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios en todo el mercado único, estará también intensificando el juego de la competencia en los diversos mercados nacionales en los que, merced a la eliminación de barreras de entrada sobre todo normativas o económicas (p.e., aranceles) las empresas asentadas tendrán que hacer frente a la competencia real y potencial ejercida por las empresas de otros estados miembros. P.e., la liberalización de las telecomunicaciones y la supresión de la exigencia de título habilitante para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en España es la razón principal de que *Telefónica* deba soportar una presión competitiva más intensa que antes de operadores como *Vodafone*, *Orange*, etc.

Sin embargo, a la anterior es necesario añadir otra lectura y esta es la de que para que, p.e., *Vodafone* pueda dotarse en España de la presencia necesaria para poder competir con *Telefónica* podrá ser necesario que el distribuidor en España de *Vodafone*, que será quien realice inversiones publicitarias, comerciales, etc. para dotar de presencia a la marca *Vodafone* en el mercado español, goce de la exclusividad necesaria (acuerdo vertical) para la distribución de los servicios *Vodafone* porque, en otro caso, todo su esfuerzo podría llegar a ser parasitado por otros agentes (*free riders*) que, sin ese sacrificio, se aprovecharían de los frutos del mismo para la distribución de los servicios *Vodafone* en nuestro país.

Desde esta perspectiva, si bien será procompetitiva la remoción de las barreras de entrada procedentes del sector público que dificulten el ejercicio de esas libertades fundamentales (circulación de mercancías y prestación de servicios en todo el mercado único) (p.e., la citada supresión de la exigencia de título habilitante otorgado por la Administración para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en España), no será tan evidente que sea procompetitiva la remoción (o no exención) de las barreras de entrada procedentes del sector privado (barreras económicas de entrada derivadas de acuerdos verticales que exijan al entrante un mayor sacrificio económico) cuando

las mismas, eliminando el parasitismo, incentiven al distribuidor de la marca procedente de otro estado miembro (estado de origen) a realizar las inversiones necesarias para asentarla en su propio estado miembro (estado de destino). En definitiva, que la colusión vertical puede, en ocasiones, ser necesaria para asegurar la libre circulación por toda la UE de una determinada marca.

Para este autor, la inclusión de una lista negra de prácticas absolutamente prohibidas a través del Reglamento de Exención por categorías nada tiene que ver con el Derecho de la Competencia. Dichos acuerdos – salvo cuando sean impuestos por empresas dominantes y, en tal caso, habrían de ser dirimidos desde el enfoque del abuso de posición dominante (*idem*) – no crean *per se* poder de mercado ni posición dominante y, de ahí, que no sean anticompetitivos. La razón de ser de esa lista negra es “*porque el Derecho comunitario tiene como objetivo la consecución de un mercado único y se está utilizando el Derecho de la competencia para impedir las barreras al comercio intracomunitario que establezcan los particulares*” (*idem*; Pág. 17). Y esto lo entiende Alfaro criticable pues no es ese el fin del Derecho de la Competencia, sino el de prevenir el poder de mercado. Por esa razón puede estar justificada la prohibición de los acuerdos entre empresas (*cárteles*) que persigan un reparto de mercados (p.e., *Vodafone* se compromete a no entrar en el mercado español y *Telefónica* a no hacerlo en el inglés); sin embargo, los acuerdos verticales no son un medio apto para el reparto o compartimentación de mercados, sino sólo la consecuencia de la existencia de diferentes mercados geográficos y, es más, como se vio en el anterior párrafo, pueden erigirse en medio idóneo para combatir esa compartimentación.

En definitiva, se tratará de una cuestión de grado y de las circunstancias del mercado. Y tampoco, sin dejar de reconocer su valor, cabrá admitir sin advertencias las conclusiones del profesor Alfaro. Puede ser cierto que el acuerdo vertical entre *Vodafone* y su distribuidor por el que la primera conceda al segundo la exclusividad para la distribución de sus servicios en nuestro país, limitará la competencia intramarca (entre distribuidores de la marca *Vodafone* en España) a la par que reforzará la competencia intermarcas (entre las marcas *Telefónica* y *Vodafone*), pues *Vodafone* dispondrá en España de un distribuidor consistente que, habiendo rentabilizado sus inversiones en marketing, etc. y al no tener que enfrentar la competencia de otros distribuidores, no se verá en la necesidad de aplicar precios excesivos a los consumidores aportando así competitividad a la marca *Vodafone* frente a la marca *Telefónica*.

No obstante, estas conclusiones pueden ser válidas en el caso de una marca que comienza su andadura en el mercado español. Sin embargo, suponiendo (como sucede en la realidad) que la marca *Vodafone* estuviera ya asentada en España, la permanencia de ese acuerdo vertical podría llevar a que el distribuidor, no sometido a la presión competitiva intramarca procedente de otros distribuidores de la marca *Vodafone*, no se viera en la necesidad de sacrificar una parte de su margen de beneficio y de rebajar los precios que los consumidores pagan por los productos *Vodafone*. Como consecuencia, los productos *Vodafone* dejarían de ejercer presión competitiva por la vía de precios sobre los de *Telefónica*, con el consiguiente resentimiento de la competencia intermarcas. Tal vez sea éste el principal aspecto no abordado por el Profesor Alfaro, el del arrastre ejercido por

la competencia intramarca sobre la competencia intermarcas: aún no mediando posiciones dominantes, es posible que un acuerdo vertical pueda limitar la competencia por la vía de precios y de la renuncia de márgenes entre distribuidores de una misma marca con el efecto consiguiente de atenuar la presión entre esa marca y las demás. Esto puede llegar a ser letal para la competencia ante estructuras de mercado oligopólicas en las que diversas marcas (aún sin disfrutar de posición dominante individual) renunciaran a competir entre sí por la vía de la rebaja de precios; en definitiva, que la colusión vertical puede llegar a alimentar la colusión horizontal.

- ❖ **Poder de mercado.** Sentado que, conforme a lo que vimos, el Reglamento de Exención por categorías no llega a ser aplicable, para que una restricción vertical llegue a limitar el juego de la competencia dentro del mercado de la TV de pago proveedor, comprador o ambos tendrán que encontrarse en una situación de poder en sus mercados respectivos, aún cuando éste no tenga por qué estar dotado de la intensidad necesaria como para dar lugar a una situación de posición dominante.

Cuando un proveedor carece de poder de mercado, sólo puede intentar incrementar sus beneficios “compitiendo”, es decir, mediante la optimización de sus procesos de fabricación y distribución, recurriendo o no a la ayuda de las restricciones o acuerdos verticales. Sin embargo, cuando tiene poder de mercado, esas restricciones verticales pueden llegar a producir el efecto de incrementar los beneficios del proveedor a expensas de sus competidores directos o a costa de sus compradores y, en último término, de los consumidores al intentar apropiarse parte de sus excedentes.

En la nueva Comunicación *de minimis* (v. ap. 7), como observan los autores (Araújo y Escudero en “*Tratado de Derecho de la Competencia...*”, Op. cit., Vol. I, Pág. 323), la Comisión considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 (101 actual) son: **(i) En el caso de acuerdos entre no competidores:** “cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados”; **(ii) En el caso de acuerdos entre competidores:** “cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados”; y **(iii) En el caso en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores:** “se aplicará el umbral del 10 %”.

No obstante, todos los anteriores umbrales pueden quedar reducidos al 5 % cuando los mercados queden cubiertos por una red de acuerdos (Vid. Ap. 8 de la Comunicación *de minimis*): “Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares), los umbrales de cuota de mercado fijado en el punto 7 quedarán reducidos al 5 %, tanto en el caso de acuerdos entre competidores como de acuerdos entre no competidores. En general, se considera que proveedores o

distribuidores con una cuota de mercado que no supere el 5 % no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado. Es improbable que exista un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30 % de un mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares”.

Esta condición se dará, casi siempre, cuando nos encontremos ante restricciones o colusión verticales con efectos sobre el mercado de la TV de pago por verse implicado un operador de esta clase de servicios: los operadores de TV de pago tienden no sólo a disfrutar de poder de mercado (p.e. la plataforma *Imagenio* de *Telefónica* con una cuota ya en torno al 15 % u *OJO* de *ONO* con otra superior al 25 %), sino, además, de una posición dominante e incluso cuasimonopolista (p.e., *Digital Plus* en España) o monopolista absoluta (como la plataforma resultado de la integración de *Stream* en *Telepiù*); también los operadores activos en los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas disfrutaban en estos, cuando menos, de poder de mercado (así, p.e., *Astra* o *Hispasat* en capacidad satelital; *Telefónica* en el mercado mayorista de acceso a IT de banda ancha ha sido considerada por la CMT como operador con PSM), mientras que la situación en los mercados ascendentes de los contenidos será más variada. Lo anterior supone que cualquier concertación vertical en la que llegue a verse involucrado un operador de TV de pago muy difícilmente pueda llegar a beneficiarse de la aplicación de la Comunicación de *minimis* (DO C 368 de 22.12.2001, p. 13/15), razón por la cual ni tan siquiera será necesario valorar si se trata de alguna de las prácticas restrictivas calificadas por su gravedad que imposibilitan esa aplicación aun con cuotas de mercado por debajo del límite del 15 %.

La Comunicación de *minimis* tiene su precedente jurisprudencial en la doctrina de mínimos establecida por el Tribunal de Justicia cuando interpreta la cláusula intracomunitaria conforme a la cual la práctica restrictiva será necesaria que afecte al comercio entre los estados miembros. De esta doctrina derivará que muchas prácticas podrán eludir el control comunitario de competencia cuando se demuestre que no pueden producir ese efecto. La fórmula de esta cláusula supone que para que una práctica colusoria pueda quedar sometida al imperio del actual Art. 101 del Tratado se exige que tenga un mínimo efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.

En este sentido, el Tribunal de Justicia confirmó en la sentencia *Völk* (1969) (*Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, as. 5/69, Franz Völk c. Etablissements Jol. Vervaecke, Rep. 302*), donde se formuló por primera vez la doctrina de mínimos, que la práctica en cuestión “... escapa a la prohibición del artículo 85 (actual 101) TCE cuando no afecta al mercado más que de una forma insignificante,...”.

La doctrina (por todos Pellisé Capell; Op. Cit.) entiende que el contenido de la Comunicación de *minimis* es perfectamente extrapolable a las prácticas restrictivas no colusorias (abusivas) – “en la medida en que puedan afectar”, dice el actual Art. 102 -, por más que estos casos una determinación inicial sobre la existencia o inexistencia de posición dominante (análisis estructural) hará innecesaria cualquier disquisición posterior sobre los requisitos de dicha Comunicación.

En esta línea, dentro del Derecho español, el Art. 5 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, se refiere a las conductas de menor importancia disponiendo que los Arts. 1 (colusión) y 2 (abuso de posición dominante) “no se aplicarán a aquellas

conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado”.

Esta previsión legal ha encontrado desarrollo reglamentario a través del Capítulo I del Título I del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, que lleva, precisamente, la rúbrica de “De las conductas de menor importancia”.

Conforme al Art. 1 (“*Conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado*”) se entenderán de menor importancia, sin necesidad de declaración al respecto: (i) “*Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados*” (se trataría de casos de colusión horizontal, más que vertical, de los que nos ocuparemos más adelante); (ii) “*Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados*” [aquí tendrían encaje los casos de acuerdos verticales de que ahora nos ocupamos y también los acuerdos entre empresas situadas en mercados diferentes entre los que no exista relación vertical (*input/output*), supuesto éste afín al de las concentraciones conglomerales (*vid supra*)]; (iii) “*Los casos en los que no resulte posible determinar si se trata de una conducta entre competidores o entre no competidores, se aplicará el porcentaje del 10 por 100 de cada uno en los mercados relevantes afectados*”. Aquí podrían tener cabida los casos de acuerdos entre empresas entre las que exista una relación vertical (proveedor/cliente) y, además, horizontal (competidores) como, p.e., el proveedor de una empresa que compita también con ella en el mercado descendente.

No obstante, “*Cuando, en un mercado de referencia, la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes de cuota de mercado fijados en los apartados anteriores quedarán reducidos al 5 por 100. No se apreciará la existencia de un efecto acumulativo si menos del 30 por 100 del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos*”.

Además, el Art. 3 se refiere a “*Otras conductas de menor importancia*” y dispone que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia “*podrá declarar no aplicables las prohibiciones de colusión o abuso de posición dominante a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia*”; previéndose además la adopción por el mismo Consejo “*de Comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia del artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio*” [Ver también Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales*”; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs. 321 y ss.); “§ 3. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2790/99” (Págs. 321 y ss.); “§ 3.1.2. Acuerdos de minimis” (Págs. 323 y ss.)].

- ❖ **Afectación de la competencia.** Los riesgos asociados a la colusión vertical con incidencia sobre el mercado de la TV de pago serían más para la competencia

intermarcas (la que se da entre plataformas de TV de pago; Vg. *Imagenio* de *Telefónica* y *OJO* de *ONO*) que para la intramarca, toda vez que, en principio, no existiría competencia entre distribuidores de los servicios de TV de pago de *Imagenio*, los de *OJO* o los de *Digital Plus* los cuales son prestados a los abonados sólo por la propia *Telefónica*, por *ONO* y por *Sogecable*, respectivamente. Lo anterior, sin perjuicio de que la competencia intramarca sí pudiera resultar afectada en los mercados ascendentes lo que, como dijimos, reservamos para su estudio al hilo del mercado correspondiente.

Dentro de esta afectación de la competencia podríamos referirnos a los siguientes aspectos: el ***menor efecto lesivo de la colusión vertical respecto de la horizontal***, el ***carácter de mercado final de los servicios de TV de pago***, los ***efectos anticompetitivos*** y los ***factores de ponderación de los efectos anticompetitivos***:

- ***Menor efecto lesivo de la colusión vertical respecto de la horizontal.*** Un acuerdo vertical entre un operador de TV de pago español y alguno de sus proveedores tendrá menos efectos restrictivos netos sobre el juego de la competencia en el mercado español de la TV de pago que el horizontal que pudiera llegar a darse, por ejemplo, entre *Telefónica* y *Sogecable*, por más que esta posibilidad resulte difícil, como acabamos de ver.

Las Directrices entienden, en efecto, que las restricciones verticales son menos perniciosas para el juego de la competencia que las horizontales, y de hecho en sus considerandos 106 a 109 se centran en los que llama efectos positivos de las restricciones verticales. Pero lo cierto es que las mismas no dejan de examinar sus efectos anticompetitivos.

La bondad de las restricciones verticales conforme a los planteamientos de una Escuela de Chicago centrada en el criterio de la eficiencia como beneficio para el consumidor se discute por los autores norteamericanos posteriores en el tiempo (Ver al respecto Areeda/Kaplow/Edlin (2004), *Antitrust Analysis. Problems, Text, and Cases*, 6th Edition, Aspen Publishers, New York, pp. 5 a 32; o Calvo Caravaca/Carrascosa (2003), *Mercado único y libre competencia*, Colex, Madrid, pp. 297-298). No se afirma que las restricciones verticales deban presumirse siempre perjudiciales para la competencia, como se hacía antes de Chicago, pero tampoco que las mismas deban presumirse beneficiosas. Se destaca la importancia de la existencia de barreras de entrada que determinan la estructura oligopolista de los mercados, una estructura que los acuerdos verticales pueden ayudar a terminar de consolidar. De hecho, y como veremos, no es raro que en las resoluciones de las autoridades de la competencia el acuerdo vertical sea considerado en sí mismo como barrera económica para la entrada de nuevos competidores. Igualmente se destaca que, conforme a los modelos económicos más modernos y apegados a la teoría de los juegos, más realistas que los que parten de estructuras de competencia perfecta, en estas estructuras de mercado las empresas no van a competir siempre, pudiendo ocurrir que dejen de hacerlo en previsión de la reacción de sus competidoras y para evitarse las consecuencias de esa reacción.

Conforme a estos planteamientos revisionistas de los de Chicago lo procedente es examinar las restricciones verticales una por una para determinar, en cada caso, si las mismas son o no beneficiosas para el juego de la competencia (Jiménez

Laiglesia (1999), “*Restricciones verticales: algunas cuestiones y nuevos problemas*”, Gaceta Jurídica, 201). En el terreno de la práctica este planteamiento revela, sin embargo, importantes deficiencias pues supone someter a control de las autoridades de la competencia todas las restricciones verticales presuponiendo una excesiva eficiencia y capacidad de esas mismas autoridades con el consiguiente agarrotamiento del mercado (V. Easterbrook (1984), “*Vertical Arrangements and the Rule of Reason*”, *ALJ*, 53, pp. 5 a 10). A la vista de lo anterior y partiendo de la realidad empírica de que las restricciones verticales son beneficiosas para el desenvolvimiento de la competencia en el 80 % de los casos (frente al 20 % de las horizontales) parece razonable presumirlas procompetitivas. Esas dificultades prácticas son las mismas que, por ejemplo, han llevado a suprimir el sistema de prohibición salvo autorización expresa por el de prohibición con excepción legal respecto de todas las prácticas restrictivas – horizontales o verticales – previstas en el Art. 1 LDC y 101 TCEE.

En el caso de un acuerdo vertical protagonizado por un operador de TV de pago, la existencia de intereses contrapuestos entre ese proveedor y la plataforma de TV de pago actuaría como contrapeso de un eventual interés común en restringir el juego de la competencia. Lo anterior podría, ciertamente y sin embargo, no ser así en el caso de entidades verticalmente integradas, con una sección activa en algún mercado ascendente y otra que lo estuviera en el descendente de la TV de pago, como podría ser el caso de *AVS/Sogecable*.

- ***Carácter final del mercado de la TV de pago.*** Siendo el mercado de la TV de pago un mercado de prestación de servicios a usuarios finales, la colusión vertical con incidencia sobre el mismo tendrá más efectos negativos netos sobre el juego de la competencia que la que pudiera proyectarse sobre cualquiera de los mercados ascendentes citados más arriba. Proyectando lo anterior sobre el escenario del mercado español de la TV de pago anterior a la integración de *Vía Digital* en *Sogecable*, cuando un gran estudio de *Hollywood* se comprometiera a suministrar sus películas en exclusiva a *Sogecable*, ello contribuiría a restringir la competencia intermarcas entre la propia *Sogecable* y *Vía Digital* dentro del mercado de la TV de pago, en la medida en que esta última se vería privada de contenidos importantes para su oferta de pago. Así, dicha restricción sería mucho más perniciosa para el juego de la competencia que otra en virtud de la cual *Sogecable* se comprometiera a no adquirir contenidos de un gran estudio competidor del anterior y cuyo efecto sería el de restringir, en la práctica de un modo casi inapreciable, la competencia intermarcas entre *majors* dentro del mercado ascendente de los contenidos *Premium* cinematográficos.
- ***Efectos anticompetitivos.*** En cuanto a los más importantes efectos anticompetitivos derivados de restricciones verticales que puedan afectar al juego de la competencia en el mercado de la TV de pago serán estos: (a) la exclusión del mercado de otros proveedores y compradores y el incremento de los obstáculos a la entrada de nuevos competidores (p.e., una colusión vertical especialmente intensa entre la mayoría de los *majors* norteamericanos y el principal operador de TV de pago dentro del mercado español dificultará el acceso al mismo de nuevos operadores de TV de pago que quedarán excluidos del mercado de compra de esos contenidos especialmente atractivos; también la entrada en ese mercado geográfico de algún otro proveedor de contenidos

Premium cinematográficos); **(b)** la reducción de la competencia intermarcas entre plataformas de TV de pago (la restricción vertical puesta como ejemplo bajo la letra anterior tenderá a reducir la competencia intermarcas dentro del mercado de la TV de pago y, en último extremo, propiciará la exclusión del mercado de alguno de los jugadores). En cambio, en cuanto al riesgo de creación de obstáculos a la integración del mercado a consecuencia de restricciones verticales, el mismo será reducido dentro del mercado español de la TV de pago, dada la existencia de varias redes de distribución, todas con cobertura nacional, si bien quedará excluido de una manera más clara una vez el cable se dote de una mayor capilaridad.

Muy crítico con este planteamiento de la Comisión sobre los efectos anticompetitivos se muestra Alfaro Águila-Real, J., “*Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales*”; op. cit.; Págs. 9 y ss.

Los postulados de este autor – muy cercanos a los de la Escuela de Chicago en lo concerniente a la benignidad de las restricciones verticales – giran en torno a la validez de los acuerdos verticales salvo cuando puedan ser protagonizados por empresas en posición dominante y puedan dar lugar a abuso. Si bien el efecto de la creación de obstáculos a la integración de los mercados puede *prima facie* mantener sentido dados los particulares fines del Derecho comunitario en cuanto a la creación de un mercado único y a la remoción de los obstáculos a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios en la UE y de las limitaciones de la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios en el Estado miembro de su elección (no así en el Derecho interno español donde ese mercado único ya existe), carecen de sentido, aunque por diferentes motivos, los otros dos efectos.

En cuanto al efecto de cierre del mercado frente a competidores actuales y potenciales (letra a) sólo cabría imaginarlo cuando las partes del acuerdo disfruten de poder de mercado – que este autor asimila a la posición dominante – de modo que les resulte posible provocar el bloqueo de clientes (p.e., en el grupo de marca única) o el bloqueo de proveedores (p.e., ante un acuerdo vertical de suministro exclusivo). Lo mismo, a su entender, ocurriría respecto de la restricción de la competencia intermarcas (letra b): para que el acuerdo vertical produzca el efecto de restringir el juego de la competencia en horizontal dentro del mercado relevante (ya sea el ascendente ya el descendente) será necesario que las partes del acuerdo vertical disfruten de posición dominante.

Lo que en todo caso considera no justificado es considerar como problema la restricción de la competencia intramarca si la misma no va acompañada de una restricción de la competencia intermarcas (v. también Baker, J. -a quien se remite: “*Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of «most-favored-customer» clauses*”, *Antitrust L. J.* 1996, p 517 ss.), teniendo en cuenta, por otra parte, que esta restricción de la competencia intermarcas sólo podrá tener lugar, como acabamos de apuntar, cuando las partes del acuerdo vertical ostenten una posición dominante. En este sentido, se remite a Gutiérrez para señalar que es cuestión pacífica entre los economistas la de que, existiendo

suficiente competencia intermarcas, la competencia intramarca no entraña riesgo de restricción del juego de la competencia.

Pero es que, incluso respecto del primero de los efectos, a saber, el de la **creación de obstáculos a la integración de los mercados**, duda que llegue a darse. Y su opinión es, en fin, la de que la creación de obstáculos a la integración de los mercados puede provenir en ocasiones más de la prohibición de los acuerdos verticales que de su admisión. Parte de las afirmaciones de otros tratadistas (Demsetz, “*Economía de la empresa*”, p 211; A. Petitbó, “*Las restricciones verticales de la competencia*”, *Anuario de la competencia*, 1998, p 27 ss., p 40) para entender que “*lo que una compañía puede hacer legalmente por sí misma mediante una total integración vertical no debería estar prohibido si se logra mediante fusiones verticales o control vertical sobre las prácticas empresariales de otras compañías*” y que (v. Pág. 29) “*si a las empresas nacionales se les impide utilizar restricciones verticales en su expansión por el resto de Europa, corremos el riesgo de que se queden en casa o, en términos marginales, que se europeícen menos de lo que lo harían si pudiesen utilizar tales restricciones con la consiguiente reducción (o no intensificación) de la competencia en los mercados nacionales en los que habrían entrado tales empresas*”. Destaca, en fin, la incoherencia que podría resultar del hecho de que una empresa que disponga de sucursales de su propiedad en diversos estados miembros pueda, sin vulnerar las libertades fundamentales de circulación de mercancías y prestación de servicios, aplicar precios diferentes en esos estados sin que lo anterior, por la vía de los acuerdos verticales, estuviera permitido, a otra empresa que operara a través de agentes o de distribuidores.

Pero, acaso aquí cabría preguntarse si la prohibición de acuerdos verticales no tendría el sentido de proteger la inversión de quien mantiene una infraestructura propia para el sostenimiento de su marca en otro Estado miembro (con mayores costes) frente al comportamiento (menos costoso) de quien sólo recurre a la venta de sus productos a distribuidores locales en otro estado miembro o a su distribución en ese otro estado miembro a través de agentes. Mientras que en el caso de quien cuenta con infraestructura propia en varios Estados “la marca se hace europea” (máximo exponente de integración de mercados), no cabría decir lo mismo en los otros dos casos donde la marca seguiría siendo nacional de un estado miembro, por más que los productos de la misma llegaran a ser comercializados en otros estados miembros (el grado de integración no sería tan elevado).

- **Factores de ponderación.** En cuanto a los factores ponderación de esos efectos anticompetitivos asociados a los acuerdos o restricciones verticales con incidencia en el mercado español de la TV de pago, prescindiremos de aquellos cuya importancia pueda ponerse de manifiesto en atención a las concretas circunstancias concurrentes. Dentro de esos factores cabría distinguir entre, por una parte, los que acentúan esos efectos y, por otra, los que los atenúan.

Los segundos, los de atenuación, apenas si cabría constreñirlos al dato de que, siendo los de TV de pago servicios que pueden llegar a entrañar una parte significativa del presupuesto que el consumidor pueda tener reservado para ocio,

la elasticidad de la demanda será alta y probable, por ende, que el propio consumidor busque más la sustitución.

Dentro de los primeros, cabría citar:

- La elevadísima cuota de mercado de ciertos proveedores de TV de pago y la estabilidad de esa cuota en el tiempo (hasta el punto de dar lugar a mercados monopolísticos o cuasimonopolísticos).
- El dato de que los abonados no ejerzan prácticamente ningún poder de compra que pueda llegar a matizar ese poder de mercado de los proveedores.
- La existencia de fuertes barreras de entrada, sobre todo económicas dentro del mercado de la TV de pago; y, en menor medida, normativas (p.e., en nuestro país, por la sustitución de la exigencia de autorización administrativa para la prestación de servicios de difusión televisiva sobre plataformas de cable y satélite por la de una simple notificación a la autoridad audiovisual). La Comisión, fiel a la tendencia marcada en las *1984 US Merger Guidelines*, entiende que esta competencia potencial (la otra faz de las barreras de entrada) puede venir del potencial de expansión de ventas que tienen las empresas presentes ya en el mercado, de agentes activos en mercados geográficos o de producto distintos, pero cercanos al considerado cuando la presión competitiva no sea tan intensa e inmediata como para intervenir en sede de definición del mercado relevante (sustituibilidad de la oferta), incluso, a veces de los propios clientes que, frente a precios monopolísticos, pueden decidir obtener por ellos mismos los bienes para su producción (este último fenómeno puede apreciarse en la presión que las secciones de producción propia de los organismos de radiodifusión puedan llegar a ejercer sobre las productoras independientes de obras audiovisuales).
- La madurez del mercado español de la TV de pago; *“Un mercado maduro es un mercado que ha existido durante cierto tiempo, en el que la tecnología empleada es conocida, está extendida y no ha experimentado cambios importantes, en el que no se producen innovaciones de importancia en materia de marcas y la demanda se mantiene relativamente estable o en descenso.”* (Considerando 118 de las Directrices).
- El hecho de ser un mercado minorista.
- La heterogeneidad – sin salir del mercado de producto de la TV de pago – existente entre los servicios prestados por una u otra plataforma de TV de pago toda vez que los abonados buscarán menos la sustitución (p.e., en nuestro país, la parrilla de programación ofrecida por *ONO* distaría de ser tan atractiva como la de *Digital Plus*). Cuanto más heterogéneos entre sí – siempre que esa heterogeneidad no llegue a determinar un cambio del mercado pertinente; *Vid Supra*- sean los productos o servicios que conformen el mercado de referencia, mayor riesgo de efectos anticompetitivos derivados de una restricción vertical. Por ejemplo, dentro del mismo mercado de los servicios finales de TV de pago, cuanto más diversas sean entre sí la parrilla de programación de la plataforma de satélite, por un lado, y de las alámbricas basadas en el cable o el

ADSL, por otro, mayor riesgo de que una cláusula de distribución selectiva, por la que un proveedor autorice sólo a la primera a distribuir ciertos contenidos restrinja la competencia, habida cuenta de la menor probabilidad de que la demanda se desvíe en este caso hacia las segundas.

- El alto valor de compra única implícito en el hecho de abonarse a una u otra plataforma de TV de pago, sobre todo, por la adquisición de parabólicas, descodificadores u otros elementos subvencionados por el proveedor de los servicios que puede dificultar el cambio de los hábitos de consumo en el sentido de optar por otro proveedor diferente.
- El largo plazo de duración y la fuerte exclusividad que suelen envolver a la colusión vertical entre los proveedores de contenidos *Premium* y los operadores de TV de pago. Como señala H. Ungerer, en el sector de los medios, la exclusividad es un concepto económico clave y, por tanto, el riesgo de cierre del mercado por compradores o proveedores dominantes está siempre presente.
- El hecho de que la colusión vertical entre el incumbente en telecomunicaciones y el operador dominante en TV de pago suela reproducirse cada cierto intervalo de tiempo (“lloverá sobre mojado”).

❖ **El caso de las tarjetas griegas.** En este mismo contexto podemos situar las conclusiones de la Abogado General en los asuntos C-403/08 y la octava cuestión planteada en el asunto C-429/08. Aunque inicialmente las compartimentaciones de mercado resultan difícilmente imaginables en los ámbitos en que nos movemos, por la propia naturaleza de los servicios de difusión televisiva, en estos dos asuntos acumulados llegaban a darse acuerdos verticales que suponían la compartimentación del mercado europeo en varios mercados nacionales.

Se trataba de que el proveedor de contenidos de programa otorgaba licencias en exclusiva sobre partidos de la Liga Inglesa de fútbol circunscrita, normalmente, al territorio de cada estado. De este modo que se autorizaba al organismo de radiodifusión a emitir el contenido de programas únicamente en ese territorio (incluso por satélite) y se insertaba una obligación contractual en cada una de las licencias por la que se requería al organismo de radiodifusión que impidiese que sus tarjetas decodificadoras de la señal vía satélite, que permitían la recepción del contenido del programa objeto de licencia, se utilizasen fuera del territorio pertinente. El objetivo de tales limitaciones contractuales se veía de alguna manera defraudado cuando los propietarios de pubs ingleses compraban tarjetas decodificadoras procedentes de Grecia que permitían ver en Reino Unido los partidos que estaba previsto pudieran sólo verse en ese país mediterráneo.

Al margen de la vertiente del problema más relacionada con las libertades fundamentales del tratado y con los derechos de propiedad intelectual, afrontadas en otras partes de la tesis, la Abogada General proponía en sus conclusiones que tales acuerdos pudieran ser aptos para impedir, restringir o falsear la competencia de acuerdo con el actual Art. 101 TFUE.

Para ella, una práctica concertada tenía un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribía, era apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no era necesario que se impidiera, restringiera o falsease efectivamente el juego de la competencia ni que existiera una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo [Sentencia de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands* y otros (C-8/08, Rec. p. I-4529), apartado 43]. No era necesario examinar los efectos de un acuerdo para acreditar si perseguía un objetivo contrario a la competencia [Sentencias *T-Mobile Netherlands* y otros citada, apartado 30; de 3 de septiembre de 2009, *Prym und Prym Consumer/Comisión* (C-534/07 P, Rec. p. I-7415), apartado 81; y de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services/Comisión* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291), apartado 55]. Por tanto, en ese asunto había que examinar si los acuerdos de licencia, concedida en los términos expuestos, perseguían un objetivo contrario a la competencia.

Para apreciar el objeto contrario a la competencia de un acuerdo, procedía examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretendía alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribía [Sentencia *GlaxoSmithKline Services/Comisión*, apartado 58].

Un acuerdo entre productor y distribuidor celebrado para restablecer las divisiones nacionales en el comercio entre Estados miembros podía ser contrario al objetivo del Tratado de realización de la integración de los mercados nacionales mediante el establecimiento de un mercado único. El Tribunal de Justicia había calificado en numerosas ocasiones los acuerdos cuyo objetivo era la compartimentación de los mercados nacionales con arreglo a las fronteras nacionales o que dificultaban la interpenetración de los mercados nacionales -concretamente los que trataban de prohibir o limitar las exportaciones paralelas- de acuerdos cuyo objetivo era restringir la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1 101 TFUE, apartado 1. No era necesario demostrar que se había producido realmente tal efecto [Sentencias de 16 de septiembre de 2008, *Sot. Lélos kai Sia* (C-468/06 a C-478/06, Rec. p. I-7139), apartado 65 y jurisprudencia citada, y *GlaxoSmithKline Services/Comisión*, apartados 59 y siguientes].

Una obligación contractual vinculada a una licencia de emisión, en virtud de la cual el organismo de radiodifusión debía impedir que sus tarjetas decodificadoras, que permitían la recepción del contenido del programa objeto de licencia, se utilizasen fuera del territorio pertinente, tenía el mismo efecto que los acuerdos que prohibían o limitaban las exportaciones paralelas. Perseguía el objetivo de excluir toda competencia entre organismos de radiodifusión mediante el cierre recíproco de las zonas para las que se tenía licencia. Este tipo de licencias con protección territorial absoluta era incompatible con el mercado interior [Sentencia de 8 de junio de 1982, *Nungesser y Eisele/Comisión* (258/78, Rec. p. 2015), apartado 61]. Por consiguiente, no había ninguna razón para tratar tales acuerdos de manera diferente a los acuerdos contrarios al comercio paralelo.

El análisis de la libre prestación de servicios confirmaba este resultado, puesto que, en principio, entre las libertades fundamentales y el Derecho de la competencia no debían surgir valoraciones contradictorias.

Por lo demás, cabía señalar que un acuerdo contrario a la competencia, en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, podía justificarse conforme al apartado 3 de esta disposición. Ahora bien, correspondía a quien invocaba dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurrían los requisitos exigidos para obtener una exención [Sentencia *GlaxoSmithKline Services/Comisión* (citada en la nota 99), apartado 82].

❖ **Tipos posibles de restricciones verticales en el mercado español de la TV de pago.**

Pasando ya a las restricciones verticales que, abstracción hecha de un caso concreto, podrían llegar a afectar al mercado español de la TV de pago, decir lo siguiente. Las restricciones inscritas dentro del grupo de marca única cabría imaginarlas cuando se indujera a un operador de TV de pago a adquirir productos (contenidos) o servicios (comunicaciones electrónicas) en los mercados ascendentes, pero, en este caso, sus efectos anticompetitivos se harían sentir más en estos últimos que en el propio mercado de la TV de pago. Las mismas razones cabría esgrimir en el caso de acuerdos verticales de vinculación por virtud de los cuales el operador español de TV de pago quedara obligado a adquirir, por ejemplo, determinados contenidos vinculados al que fuera de su interés; las Directrices sólo se ocupan de esta modalidad de acuerdos verticales cuando pudieran ser reconducidos a la estructura de los de marca única (v. considerando 214).

En segundo lugar, y en cuanto a las restricciones verticales de distribución exclusiva [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.2. Distribución exclusiva” (Págs. 352 y ss.) o de asignación exclusiva [(Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.3. Asignación de cliente exclusivo” (Págs. 354 y ss.)] (incluidas en la vieja versión de las Directrices dentro del llamado grupo de distribución limitada y ahora tratadas como categorías independientes), podrían, en principio y al margen de las que se proyecten sobre los mercados ascendentes, llegar a tener una incidencia directa sobre el mercado de la TV de pago cuando indujeran a cierta plataforma a prestar sus servicios sólo a determinadas categorías de clientes (asignación exclusiva) o únicamente a los incluidos en determinado territorio (distribución exclusiva). Aún cuando lo anterior pueda ser más viable en TV de pago que con relación al servicio público de difusión en abierto, no será, sin embargo, probable que llegue a plantearse toda vez que los servicios de TV de pago suelen prestarse sin discriminaciones a todos los usuarios incluidos dentro del mercado nacional.

Ambos tipos de restricciones podían, sin embargo, encontrarse en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas. Podía haber restricción vertical de distribución exclusiva

porque los derechos se cedían sólo para determinado territorio, pero también la limitación referida al uso privado o doméstico podía interpretarse como un caso de asignación exclusiva. Se trataba de una limitación contractual en virtud de la cual las tarjetas decodificadoras sólo podían utilizarse para uso doméstico o privado en el Estado de origen, y no para uso comercial (p.e., exhibición en pubs), por el que debía abonarse un canon superior.

Una estipulación tal sólo podía, como tal, producir efectos entre las partes en el contrato (la *Premier League* y el organismo de difusión griego). Por otra parte, si las tarjetas sólo pudieran utilizarse en Grecia para uso privado o doméstico, no resultaba discriminatorio impedir su utilización en establecimientos de restauración británicos. Sin embargo, se trataría de una restricción a la libre prestación de servicios porque los establecimientos de restauración, ni griegos ni británicos, podrían hacer uso de dicho servicio. Tal restricción de esa libertad fundamental podría estar justificada si en el mercado interior se reconociesen derechos que permitiesen limitar el consentimiento a la recepción de emisiones televisivas a que ésta se realizase con un fin doméstico o privado.

En principio, los autores tenían interés en participar en las ganancias que se extraían de la utilización de sus obras con fines comerciales (diferentes del uso residencial). Si bien la Unión Europea no protegía dicho interés directamente, al menos sí lo había reconocido ante organizaciones de Derecho internacional (ver más arriba). En caso de que el legislador nacional del Estado miembro que fuese reconociera, respecto a una utilización de ese tipo, es decir, comercial, un derecho de los autores a obtener una mayor remuneración como parte del objeto específico de los derechos de propiedad intelectual, este derecho podía justificar una restricción a la libre prestación de servicios.

Por tanto, una limitación contractual en virtud de la cual las tarjetas decodificadoras sólo pudieran utilizarse en el Estado de origen de la emisión con fines privados o domésticos no justificaba, en principio, una restricción territorial de la libre prestación de servicios, salvo que el Estado miembro de que se tratase estableciera derechos que permitieran a los autores oponerse a la reproducción de sus obras en establecimientos de restauración.

(b) Acuerdos de suministro exclusivo

Podrían, por el contrario, llegar a ser más factibles que las anteriores las cláusulas de suministro exclusivo por fuerza de las cuales los proveedores en los mercados ascendentes al de la TV de pago se vieran obligados o inducidos a vender los productos objeto del contrato única o principalmente a un comprador/operador de pago [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.6. Suministro exclusivo” (Págs. 357 y ss.)]. Tal restricción podría adoptar la forma de una obligación de suministro exclusivo, limitando al proveedor a que vendiera solamente a un comprador, pero, por ejemplo, también podría adoptar la forma de obligación del proveedor de venta de una

cantidad fija, acordándose los incentivos entre el proveedor y el comprador, lo que haría que el primero concentrara sus ventas principalmente en un comprador.

En 2003 la Comisión empezó a aplicar de modo explícito las Directrices sobre restricciones verticales a un caso de colusión vertical entre un operador de telecomunicaciones y una plataforma de TV de pago, además de al caso *Newscorp/Telepiù* referido en otras partes de la tesis, al asunto COMP/C.2/38.287 — *Telenor Broadband Services AS/Groupe Canal+ SA/Canal+ Télévision AB/Canal Digital AS*). El supuesto era muy similar al que podría integrarse en nuestro país a partir de la cooperación vertical entre *Telefónica* y *Sogecable*.

Se trataba de la reestructuración del mercado de la TV de pago en los países escandinavos. En los países escandinavos, el operador de televisión de pago *Canal +* desinvertió de su plataforma de emisión vía satélite por sistema “directo al hogar” (DTH) de televisión de pago en aquellos países, *Canal Digital*, al transferir completamente el 50 % de sus acciones en la plataforma a su empresa copropietaria, *Telenor*. Paralelamente, *Canal +* y *Telenor* firmaron acuerdos bilaterales a largo plazo de exclusividad en la distribución de las emisoras de *Canal +* de televisión de pago y de pago por visión en la región nórdica, a fin de garantizar la continuidad de las ventajas económicas que anteriormente brindaba la integración vertical de *Canal Digital* con *Canal +*.

La Comisión consideró que la operación, unida a la exclusividad contractual vertical y a las cláusulas de no competencia entre empresas económicamente distintas, caían en el ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado CE, y si bien entendió que dichos acuerdos podían ser objeto de exención individual con arreglo al Art. 81.3, atendiendo a eficiencias generadas en la distribución o para los consumidores o a razones objetivas ligadas a la necesidad de las partes de recuperar sus inversiones, también consideró que la exención debía ser por el tiempo estrictamente indispensable para el cumplimiento de esas finalidades.

Como ejemplo de acuerdo vertical con incidencia en el mercado de la TV de pago que obtuvo exención habría que referirse al acuerdo entre *Nordic Satellite AB (NSAB)* y *Modern Times Group (MTG)* (2001). En diciembre de 2001 la Comisión concedió una exención por periodo de 5 años al acuerdo entre *NSAB*, compañía sueca propietaria de los tres satélites *Sirius*, que ofrecían cobertura satelital paneuropea, y *MTG*, grupo de empresas activo en el comercio electrónico, la prensa escrita y la radiodifusión. En virtud de dicho acuerdo *NSAB* se erigió en proveedor exclusivo de capacidad satelital para la difusión de señal de *MTG*. Las partes acordaron que las tarifas aplicadas por *NSAB* serían competitivas y se aceptó, además, el suministro de capacidad satelital también para la transmisión de cadenas privadas que emitieran en abierto. La Comisión concedió la exención al entender que el acuerdo permitiría un uso más racional de la capacidad de transpondedor de *NSAB* y al tener el acuerdo un efecto favorable sobre el mercado afectado.

Si nos centramos en el mercado español, igual que en el mercado de la TV en abierto motivos de regulación impedían que el operador de comunicaciones electrónicas (*Revisión-Abertis*) pudiera prestar sus servicios sólo a ciertas cadenas, en el de la TV de pago no cabría que *Telefónica*, dada su condición de operador con PSM, deje de prestar sus servicios mayoristas de acceso a IT a un operador de TV pago interesado en ofrecer sus servicios a través del par trenzado de hilos de cobre de aquella. Sí cabría, en cambio, que determinado operador de servicios de telecomunicaciones por satélite se comprometiera a suministrar capacidad satelital sólo a ciertas plataformas de TV de pago por satélite, pero en tal caso lo normal sería que la plataforma competidora pudiera acudir a un operador de satélites

alternativo (como ocurría en nuestro país con *Astra* e *Hispasat* antes de la fusión que prestaban, respectivamente, servicios de comunicaciones electrónicas a *Vía Digital* y a *Canal Satélite Digital*).

Este argumento fue, por ejemplo, decisivo en la Decisión de la Comisión, de 26/06/2008 por la que se declaró la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto no COMP/M.5105 - *Abertis/ SEPI/CDTI/INTA/Hispasat*) sobre la base del Reglamento (CEE) n.139/2004 del Consejo.

Abertis (28,39 % en *Hispasat*), *INTA* (16,42 %), *SEPI* (7,41 %) y *CDTI* (1,86 %) celebraban un acuerdo para ejercer un control conjunto sobre *Hispasat*. La Comisión descartó que la operación pudiera entrañar el cierre del mercado de la capacidad satelital por varios motivos. En primer lugar, por el carácter público de los otros tres accionistas que ni tenían participaciones en *Abertis* ni operaban en mercados conexos:

1. La *SEPI* (“*Sociedad Estatal de Participaciones Industriales*”) era una entidad de tenencia de participaciones estatales adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda del Reino de España que ostentaba en ese momento participaciones en sociedades cuyo objeto social abarcaba un amplio espectro de actividades ninguna de las cuales se encontraba relacionada con las desarrolladas por *Hispasat*.
2. El *CDTI* (“*Centro de Desarrollo Tecnológico Industrial*”) era una Entidad Pública Empresarial, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio del Reino de España, que promovía la innovación y el desarrollo tecnológico de las empresas españolas y que no desarrollaba ninguna actividad empresarial.
3. El *INTA* (“*Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial*”) era un Organismo Público de investigación, adscrito al Ministerio de Defensa del Reino de España, especializado en la investigación y desarrollo tecnológico aeroespacial. *INTA* era titular de un 30 % de *Hisdesat*, empresa creada para desarrollar sistemas de comunicaciones por satélite para la Defensa. *Hisdesat* también proveía capacidad satelital a otros Gobiernos para fines militares o gubernamentales.

En segundo lugar, por la existencia de una adecuada competencia real y potencial dentro del mercado de la capacidad satelital (considerandos 33 y Ss.): “*No obstante, de acuerdo a los resultados de la investigación, dicho efecto de cierre no es probable, si bien Hispasat goza de una cuota de mercado elevada (51 %, de acuerdo al Informe Anual de 2006 de la CMT) en el suministro de capacidad satelital en España. Ello es debido a que existen otros operadores de capacidad satelital como SES-Astra, Eutelsat e Intelsat que ofrecen una huella sobre el territorio nacional semejante a la de Hispasat y que disponen en la actualidad de capacidad excedentaria que podría ser alquilada a precios similares a los de Hispasat. De hecho, dos de dichos operadores (SES-Astra y Eutelsat) gozan en la actualidad de cuotas de mercado significativas en España (respectivamente, 23 % y 22 %) y de una cartera de clientes bien establecida. Es necesario señalar además que, de acuerdo a las partes, la capacidad excedentaria en Europa crecerá aproximadamente un 15 % entre 2008 y 2009 debido al lanzamiento de nuevos satélites. Además, los operadores de satélites que actualmente no tienen ninguna actividad o actividad limitada en España, y que operan satélites cuyas huellas cubren Europa, podrían prestar servicios de provisión de capacidad satelital casi instantáneamente si la operación diera lugar a un efecto de cierre*”.

En cuanto a los mercados ascendentes relacionados con los contenidos, las cláusulas de suministro exclusivo a cierta plataforma se revelan esenciales, al punto de ser la base del modelo de negocio, respecto al suministro de contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos, y mucho menos importantes con relación al de contenidos desprovistos de ese valor *Premium* (canales temáticos y obras audiovisuales para TV).

Los efectos perniciosos para el juego de la competencia dentro del mercado de la TV de pago que pudieran derivarse de las cláusulas de suministro exclusivo de contenidos *Premium* podrían especialmente ser: **(a)** la exclusión de otras plataformas competidoras del mercado de compra de esos productos o servicios suministrados en exclusiva; **(b)** si el suministro exclusivo se diera a favor de dos o más operadores de TV de pago (*Sogecable* y *Telefónica*), ello podría generar, al menos en un primer momento, un ambiente de colusión tácita entre ellos en perjuicio de un tercero (*ONO*) al que dichos contenidos no llegarían a ser suministrados con vistas a la exclusión de este último del mercado de la TV de pago.

Tomando el ejemplo, real en nuestro país, de la existencia de suministro exclusivo por parte de los más importantes *majors* norteamericanos a favor de *Sogecable* (lo que se llegó a tachar de “corralito digital” por Eugenio Galdón, entonces en *ONO*), cabría diferenciar entre un primer efecto de lo anterior – la supresión de la competencia intramarca para la distribución de los contenidos *Premium* cinematográficos comercializados por esos grandes estudios – y una ulterior consecuencia, a saber la de la reducción de la competencia intermarcas en el mercado descendente de la TV de pago entre *Digital Plus* y *ONO*.

La duración del acuerdo de suministro exclusivo será un factor primordial, de manera que cuando su duración exceda de los cinco años no cabrá considerar que resulten necesarios para compensar las eficiencias, o éstas no serán bastantes para neutralizar los efectos anticompetitivos (v. considerando 195 de las Directrices).

(c) Mantenimiento del precio de reventa

En cuanto al mantenimiento del precio de reventa, este grupo incluye los acuerdos cuyo rasgo más importante consiste en condicionar la libertad del comprador a la hora de fijar el precio de reventa. Aquí tendrían cabida los siguientes supuestos: **(i)** precio mínimo de reventa (el proveedor impone al comprador el no revender por debajo de cierto precio); **(ii)** precio máximo de reventa (el proveedor impone al comprador el no revender por encima de cierto precio); **(iii)** precio fijo de reventa (el proveedor impone al comprador el revender a cierto precio); **(iv)** precio recomendado (cuando los precios mínimo, máximo o fijo de reventa no son impuestos, sino sólo aconsejados por el proveedor al comprador).

Salvo excepciones (p.e., cuando obedezcan a una finalidad predatoria), los precios máximos presentan menos connotaciones anticompetitivas que los fijos o mínimos. Al margen de lo anterior, un sistema de precios máximos puede asociarse a la consecución de ciertas eficiencias (p.e., en el asunto *BiB*, *BSkyB* se obligaba a no comercializar sus servicios de difusión digital a un precio superior a los de difusión analógica para propiciar el desarrollo de los primeros) [Ver también Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que

contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.8. Precios de reventa recomendados y máximos” (Págs. 359 y ss.)].

Sobre precios mínimos de reventa, es interesante el artículo: Llorente, C. “*Frente a frente: antitrust law y Derecho de la competencia en Europa. La decisión del Tribunal Supremo de los EE UU en el caso Leegin*” en Actualidad jurídica Aranzadi de 11 de octubre de 2007, Año XVII, N.º 736, Págs. 2 y Ss.: “*La decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica (TS) que va a ser objeto de comentario en estas páginas constituye un magnífico ejemplo para ilustrar lo que se acaba de decir. Se trata del asunto Leegin Creative Leather Products, Inc., v. Psks, Inc. (No. 06-480), en el que el TS, en una reñida decisión (cinco a cuatro) emitida el pasado 28 de junio de 2007, ha dejado sin efecto (overruled) un precedente, con casi cien años de vigencia en el Derecho antitrust norteamericano, según el cual los acuerdos verticales entre un productor y su distribuidor sobre precios mínimos de reventa (los llamados «RPM» o Resale Price Maintenance) son per se ilícitos (en contravención de la Sección 1 de la Sherman Act) (el precedente se estableció en el año 1911 con la decisión Dr. Miles Medical Co., v. John D. Park & Sons Co.) (220 U.S. 273). [...] En segundo lugar, el caso Leegin tiene interés porque proyecta singulares elementos de reflexión hacia el otro lado del Atlántico, es decir, hacia el Derecho de la competencia que rige en la Comunidad europea y en sus Estados miembros en los que, no obstante su reciente modernización (p. ej., Reglamento 2709/1999 y Reglamento 1/2003), los acuerdos como los analizados en Leegin siguen estando absolutamente prohibidos, con independencia de sus características y de las circunstancias en que se produzcan*”.

Para las restricciones verticales territoriales estudiadas más arriba dentro del grupo de distribución limitada - restricciones impuestas a los distribuidores por el fabricante respecto al territorio de reventa de sus productos – el mismo autor (Pág. 3) se remite a la jurisprudencia del mismo Tribunal Supremo norteamericano {*Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania Inc.* [433 U.S. 36 (1977)]} a tenor de la cual dichas restricciones podían tener un efecto beneficioso para la competencia y los consumidores razón por la que, a diferencia de las relativas a precios mínimos de reventa, no eran ilícitas *per se* y debían de ser valoradas y sometidas a la llamada “*rule of reason*”. En definitiva, la decisión *Leegin* supondría abrir la puerta a la equiparación del tratamiento dado a unas y otras restricciones verticales (precio mínimo de reventa y restricciones territoriales a la reventa).

Este nuevo enfoque del TS norteamericano respecto de las restricciones verticales basadas en el precio y, a tenor del cual, las mismas dejarían de ser ilícitas *per se* para pasar a ser sometidas a la *rule of reason* en términos similares a los dispuestos para otras restricciones verticales, podría leerse como refuerzo de las tesis mantenidas en nuestro país por el profesor Alfaro (“*Autorizar lo que no está prohibido...*”; V. su nota al pie núm. 27; Op. cit.). Se mostraba crítico este autor con el hecho de que en EE.UU. se siguieran considerando ilícitas las restricciones verticales relativas al precio y siguiendo a H. Hovenkamp (“*Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*”, 2ª edic. St. Paul-Minn. 1999, p 442) apuntaba el dato de que la prohibición se fundara más en un argumento formal y jurídico que de lógica económica, a saber: “*la voluntad del Parlamento norteamericano deducida a contrario de la derogación de la norma que autorizaba las cláusulas de precio impuesto*”. Y, en este sentido, llamaba la atención el mismo Alfaro sobre la existencia de importantes elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales a tenor de las cuales los acuerdos verticales de fijación de precios para ser considerados ilícitos *per se* debían ser protagonizados por empresas con un poder de mercado significativo [Posner R.: “*Antitrust Law*”, 2ª edición, Chicago-Londres 2001, pp. 171 ss.; y para la evolución de la

jurisprudencia v., Roszkowski, M. E.: “*State Oil Company v. Khan and the Rule of Reason: the End of Intrabrand Competition?*”, *Antitrust L. J.* 1998, p 613 ss.; ver también *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), and *Business Electronics Corp. v. Sharp Elec. Corp.*, 485 U.S. 108 (1988)].

El mismo Alfaro (*Ídem* nota al pie n.º 39 de su artículo) entiende que “*en todo caso, la prohibición absoluta de las cláusulas de precio impuesto de reventa no se justifica ni siquiera desde el punto de vista de sus efectos sobre la unidad de mercado (europeo)*”. Desde esta perspectiva, lo único que cabría prohibir “*es la imposición de precios de reventa diferentes para cada distribuidor según el Estado en el que desarrolle su labor porque sólo si los precios de reventa impuestos son diferentes en cada Estado, tienen los consumidores incentivos para hacer arbitraje y se actualiza el riesgo de compartimentación del mercado europeo*”. Se refiere este autor a la restricción vertical de mantenimiento del precio de reventa como forma de evitar el parasitismo y las importaciones paralelas. Si, por ejemplo, existiera en España un distribuidor local de productos de la marca *Bayer* que hubiera realizado las inversiones necesarias en nuestro país para la implantación de dicha marca, una cláusula por la que *Bayer* impusiera la no comercialización en el mercado español de sus productos por debajo de determinado precio disuadiría a los distribuidores de la marca asentados, p.e., en Francia de exportar a España los productos de la marca *Bayer* a precios más bajos que los aplicados por el distribuidor local español, el cual por el esfuerzo inversor realizado estaría mucho más limitado a la hora de bajar los precios que el distribuidor francés, que no sólo no habría realizado ese esfuerzo, sino que además se aprovecharía o parasitaría los resultados de las inversiones del español.

En esta misma línea de revisión del enfoque que ha de darse a la restricción vertical consistente en la imposición del precio mínimo de reventa propone el profesor Alfaro (*Ídem*) una relectura de uno de los casos más significativos que, en este sentido, llegaron a suscitarse dentro de la jurisprudencia norteamericana. En Texas, en la década de los 30, existían salas de cine de estreno (algo así como la primera ventana de TV de pago) y salas de cine de reestreno (algo parecido a la segunda ventana de TV de pago). *Interstate Circuit* era una compañía dedicada al negocio de la exhibición en salas de cine y que ocupaba una posición monopolista en la exhibición en salas de cine de estreno en varias ciudades de Texas. *Interstate Circuit* exhibía en sus salas de estreno los *films* que adquiría de las distribuidoras a 40 centavos, mientras que en las salas de reestreno esos mismos *films* podían llegar a ser exhibidos entre el público por menos de 25 de centavos. Como es lógico suponer, el hecho de que las mismas películas fueran exhibidas más tarde a un precio muy inferior podía incentivar al público para no verlas en salas de estreno y esperar al reestreno. Ante este estado de cosas, *Interstate Circuit* se plantó frente a las distribuidoras negándose a exhibir las películas de aquellas en sus salas de estreno si las propias distribuidoras no imponían a las salas de reestreno la comercialización por encima de los 25 centavos, estimando en 15 centavos el sacrificio que los espectadores estaban dispuestos a asumir a cambio de ver antes en salas de estreno las películas de su elección. Las distribuidoras, que aceptaron la imposición de *Interstate*, fueron demandadas por varios exhibidores de reestreno que se negaban a aceptar la imposición de un precio mínimo.

Bajo el enfoque tradicional, de este asunto se consideró que *Interstate* hacía uso de su poder de mercado frente a las distribuidoras con efectos excluyentes del mercado de la exhibición de las salas de reestreno que no podían comercializar las películas por debajo de cierto precio y ser competitivas con el efecto aparejado de que los espectadores acudieran sólo a salas de estreno para ver las películas. La lectura que hace Alfaro – sintonizando con los

planteamientos de Telser referentes a la utilidad de las restricciones verticales para evitar fenómenos de parasitismo o *free riding* – es la de que el sentido de esta restricción vertical era la de evitar que las salas de reestreno se aprovecharan injustamente de las inversiones en publicidad que debían acometer las salas de estreno para la promoción de las películas entre el gran público. Lo anterior podía dar lugar a prácticas parasitarias de las salas de reestreno, especialmente cuando las mismas pudieran exhibir a cualquier precio y el tiempo transcurrido entre el estreno y el reestreno (lo que acotaba el “mercado temporal” para la exhibición de estreno) fuera excesivamente corto.

Si nos atenemos a los planteamientos del mismo Alfaro, conforme a los cuales los acuerdos verticales quedarían excluidos del ámbito de aplicación del Art. 101 (prácticas colusorias) y sólo cuando fueran protagonizados por empresas con posición dominante podrían reconducirse a la esfera del Art. 102 (abuso de posición dominante), cabría entender que, en este caso, el riesgo era el de un abuso de posición dominante excluyente donde el efecto podía ser el de la exclusión de las salas de reestreno del mercado de la exhibición cinematográfica. Sin embargo, ese riesgo no habría llegado a concretarse o, lo que es igual, no habría llegado a haber abuso de posición dominante al no haberse producido un cierre anticompetitivo del mercado en el sentido de lesivo para los intereses de los consumidores. Todo lo contrario, en este caso la restricción vertical consistente en la imposición de un precio mínimo, si bien podía suponer debilitar la presión a la baja sobre los precios en sentido descendente, también era el medio para que las salas de estreno pudieran rentabilizar sus inversiones en publicidad y para evitar la desaparición de la misma modalidad de exhibición de estreno. En definitiva, como se percibe, se trata de una cuestión de grado y de conseguir mantener un margen o diferencial suficiente como para permitir la subsistencia de los dos canales de distribución; ni imponer a las salas de reestreno un precio mínimo tan elevado como para dejarlas fuera del mercado de la exhibición, ni permitirles tampoco la aplicación de precios tan bajos que impidan a las salas de estreno rentabilizar sus inversiones. O en palabras del mismo Alfaro (*idem*): “*La cláusula de precio impuesto mínimo, en la medida en que no provoca identidad de precios por productos distintos sino, al contrario, asegura que los precios sean suficientemente diferentes pero no tan diferentes como para provocar la desaparición de uno de los dos canales de distribución (el del producto con service), maximiza la oferta, justo el efecto contrario al que se supone que provoca al elevar los precios para el consumidor final por encima del competitivo*”. En este caso, las eficiencias habría que cifrarlas, más que en el predominio de uno u otro canal, en la subsistencia de los dos que permitiría a los consumidores una mayor posibilidad de elección.

Abona lo anterior la idea de que las restricciones verticales, de las que la más importante tal vez sea ésta del mantenimiento del precio de reventa, no son ilícitas por sí mismas, sino que han de valorarse en función de las circunstancias. A efectos prácticos, no varía mucho valorarlas en clave de abuso para decidir si llegan o no llegan a producir un cierre anticompetitivo del mercado o entender que las mismas se incluyen en el Art. 101.1 TCEE y luego decidir si concurren o no eficiencias del Art. 101.3.

Ya se dijo más arriba que el dato de que los servicios de TV de pago se presten contra el abono de una contraprestación por el usuario posibilita la existencia de esta clase de restricciones, a diferencia de lo sucedido con el mercado de la TV en abierto. Con ser cierto lo anterior, conviene, no obstante, matizar que el difusor de TV de pago no actuará, propiamente, como un revendedor, pues lo ofrecido a los televidentes – salvo, tal vez, en los casos de video bajo demanda – no será exactamente el mismo producto adquirido como insumo en los mercados ascendentes de los contenidos, sino una parrilla de programación

conformada por una combinación de todos ellos. No obstante lo anterior, no resulta inimaginable que los proveedores de contenidos que se encuentren en posición de fuerza, especialmente los *Premium* cinematográficos, ejerzan una presión en sentido descendente sobre los difusores condicionando la libertad de estos a la hora de fijar las tarifas aplicadas a los abonados mediante sistemas de precios mínimos, sobre todo, pero también máximos, fijos o recomendados. Teóricamente, también, cabría que un operador de comunicaciones electrónicas con mucho poder de mercado ejerciera esa misma presión competitiva en sentido descendente sobre los precios aplicados a los abonados por el gestor de la plataforma de TV de pago (Vg., un cuasimonopolista en capacidad satelital o en acceso mayorista a IT de banda ancha); sin embargo, lo anterior no responde, como dijimos, a la realidad del mercado español de la TV de pago.

Los siguientes son los principales efectos negativos sobre la competencia de las restricciones inscritas dentro de este grupo de mantenimiento del precio de reventa, a saber:

- a) **Transparencia de precios.** Esta mayor transparencia de precios, sobre todo en los casos de precios fijos y de precios fijos recomendados, y de ir asociada a mecanismos de responsabilidad por incumplimiento de los mismos, puede llevar a la colusión horizontal en el nivel de los proveedores o de los compradores. En el ejemplo de más arriba, podría pensarse en los recientes acuerdos en nuestro país entre algunos estudios de Hollywood y *Telefónica* para la distribución por ésta a través de su RTPC de los *films* de aquellos: en este caso, la referida transparencia de precios podría llevar aparejado que otras plataformas de distribución de esos contenidos entre los usuarios finales los comercializaran al mismo precio hecho público creando un ambiente propicio para la referida colusión horizontal entre dichas plataformas y la de *Telefónica*.

La transparencia de precios juega también a la hora de valorar la creación o refuerzo de una posición dominante en los casos de concentración. Por ejemplo, en el asunto *Knorr/Bremse/Allied Signal* (decisión de 15-10-1993, asunto IV/M.337), la Comisión atendió a la falta de transparencia de precios para autorizar la operación de concentración de los dos principales proveedores de freno y sistemas de frenado dentro del mercado geográfico de referencia a pesar de que la concentrada iba a disfrutar de una elevada cuota de mercado. La razón era, en este caso, la de que los proveedores de estos componentes negociaban individualmente con cada fabricante de vehículos lo que excluía toda posibilidad de transparencia.

En sentido contrario, en el asunto *Nestlé/Perrier* (decisión de 22-7-1992, asunto IV/M.190), la transparencia de precios derivada de que los precios de venta al público del agua embotellada en los supermercados fuera fácilmente comprobable indujo a la Comisión a considerar que la operación crearía o reforzaría una posición de dominio.

- b) **Reducción de la competencia intramarca.** La reducción de la competencia intramarca que, especialmente en los sistemas de precios fijos y mínimos de reventa, pueden dar lugar a que los proveedores no puedan acudir a los precios para competir entre sí lo que da lugar a una total eliminación de la competencia intramarca. En el mismo ejemplo anterior, la imposición por un gran estudio norteamericano a las diversas plataformas de distribución de sus contenidos – cable o satélite – de un precio fijo de reventa de los mismos en *video on demand* dará lugar a que dichas plataformas no puedan competir

entre sí vía precios a la hora de distribuir la misma marca de producto al usuario final con el consiguiente detrimento de este último.

Como observa Alfaro Águila-Real, J. (*Ibidem*; “*Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales*”; Págs. 10 y ss.), la reducción de la competencia intramarca puede contribuir a intensificar la competencia intermarcas, siendo de destacar que algunos de los presuntos efectos negativos de estas restricciones verticales admiten también ser leídos como efectos positivos. Y así, por ejemplo, “*la mayor transparencia de precios que provoca la cláusula de precios de reventa impuestos, aunque facilita la colusión (porque los competidores pueden conocer los precios que practican los demás participantes en el mercado), reduce los costes de búsqueda de los consumidores y, con ello, intensifica la competencia intermarcas (los consumidores no tienen que hacer shopping entre los establecimientos de una misma marca)*”.

El primero que detectó el problema del parasitismo y la virtualidad de determinadas restricciones verticales para acabar con él fue Telser (“*Why should Manufacturers want Fair Trade?*”, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, Págs. 89 a 96), quien se centró sobre todo en la fijación del precio de reventa del productor al distribuidor. En este sentido, se destaca cómo otro efecto procompetitivo de la restricción vertical de fijación de precio máximo es que puede ayudar a evitar el problema de la doble marginalización que surge, tan sólo, cuando tanto el productor como el distribuidor son oligopolísticos. Es en estas situaciones, tanto el productor como el distribuidor establecen márgenes de beneficios por encima de sus costes marginales, lo que hace incrementar el precio final del bien o servicio dos veces por encima de su nivel competitivo, de forma que en muchas ocasiones llega a ser incluso superior que si se tratara de un monopolio.

En general, la doctrina (Zurimendi; Op. Cit.; para quien, contra la opinión de Alfaro, los acuerdos verticales entran dentro del Art. 101.1), dado que el Art. 101.3 TCEE exigen para que la restricción sea lícita que además de producir efectos beneficiosos para la competencia sean indispensables para la consecución de los mismos, habrá que mirar con recelo el uso de esta restricción vertical invocando este objetivo, puesto que, como hemos dicho, el mismo se puede conseguir a través de otros tipos de restricciones verticales de menor intensidad. Mucho más a favor de su admisibilidad se muestra Alfaro (*Ídem*) para quien: “*por lo tanto, sólo debe preocuparnos en mercados muy concentrados de estructura oligopolística en los que la generalización de cláusulas de precio impuesto habrá de ser tenido en cuenta para determinar si hay conductas conscientemente paralelas entre los empresarios del sector o, incluso, abuso de posición dominante colectiva*”.

- c) **Reducción de la competencia intermarcas**. La ausencia de presión competitiva sobre los precios en sentido descendente puede llevar a que la reducción de la competencia intramarca se traduzca en una reducción de la competencia intermarcas. En especial, el mantenimiento del precio de reventa puede llevar a que los proveedores que lo imponen desde una situación de oligopolio o monopolio carezcan de incentivos para rebajar los precios en consideración a la obtención de economías de escala en los mercados descendentes (p.e., si los *majors* imponen un precio mínimo de reventa de los *films* o de los servicios de TV de pago que los incluyan no tendrán incentivos para

rebajar precios a consecuencia de las mayores ventas obtenidas en los mercados aguas abajo).

El planteamiento que se hace es el de que el proveedor impone al distribuidor el precio de comercialización. Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto *Volkswagen* (Decisión 2001/711/CE de la Comisión de 29 de junio de 2001; asunto COMP/F-2/36.693; DO L 262 de 2.10.2001, p. 14), en un procedimiento con arreglo al Art. 101 TCEE en el que la Comisión multó a *VW AG* por establecer unos precios de venta vinculantes para el modelo *VW Passat*. Aunque la comisión concluyó que los miembros de la red de distribución de *VW AG* también participaban en el acuerdo sobre precios, estos no llegaron a ser multados al entender la autoridad de la competencia que los distribuidores se habían visto forzados a aceptar la restricción vertical a consecuencia de la presión ejercida por el fabricante frente al cual no podían oponer un poder significativo de compra. Argumentos similares han sido empleados en nuestro país por las autoridades nacionales de la competencia para la no sanción de los distribuidores (V., por todas, las resoluciones del TDC de 11 de julio de 2001; Expte. 490/00, *Repsol*; de 27 de julio de 2000, Expte. 468/99, *Texaco 2*; de 11 de mayo de 1998, Expte. 387/96, Películas de vídeo, etc.).

En otras ocasiones, los distribuidores no han conseguido, sin embargo, salir indemnes. En el asunto *Hasbro* (Resolución de la OFT de 19 de febrero de 2003, asunto CP/0480-01), la autoridad nacional de la competencia británica (*Office of Fair Trading*; OFT) sancionó al fabricante de juguetes *Hasbro* por el acuerdo vertical de fijación de precios; pero también a las distribuidoras de los juguetes de aquella (*Argos* y *Littlewoods*) pues llegó a demostrarse que cada una de ellas, por separado, tenía concertados en vertical los precios con *Hasbro*. La derivada de estos acuerdos verticales se cifró en la existencia también de colusión horizontal entre los dos distribuidores.

Sin embargo, las cosas no son siempre exactamente así. Cabe, incluso, que la fijación de precios venga impuesta por los fabricantes a instancias de los detallistas que buscan así “*protegerse contra los recortes de precios u otras formas de competencia dentro de su actividad (presionando)... a los fabricantes para que establezcan los precios y los márgenes, asegurándose así la estabilidad de sus rentas*” (RTDC 12-II-1997, *Fabricantes de lencería*). En este caso, el planteamiento sería más bien el del abuso de posición dominante o el del *cártel* de precios (colusión horizontal) (V. J. Montes, “*La fijación en origen de los precios al detalle desde el punto de vista de la competencia. El caso del mercado del libro*”, *Anuario de la Competencia*, 1998, p 277 ss., p 278.).

(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal

(a) Aspectos generales

En esta materia de los acuerdos de cooperación horizontal, es necesario estar a las Directrices de la Comisión sobre la aplicabilidad del Art. 81 del TCEE a los acuerdos de cooperación horizontal (Directrices sobre cooperación horizontal- DO C 11 de 14.1.2011, p. 1/72).

Las Directrices sobre cooperación horizontales se ocupan, tan sólo, de los acuerdos horizontales que buscan incrementar las eficiencias de los competidores puestos de acuerdo, mas no de cualesquiera otros como podrían ser los acuerdos encaminados a destruir las

eficiencias de los competidores de las partes concertadas, lo que podría ser más bien constitutivo de cárteles o abusos de posición dominante anticompetitivos o, incluso, materia más de competencia desleal que de defensa de la competencia (Vg., una maniobra conjunta protagonizada por el operador dominante en TV de pago y el incumbente de telecomunicaciones enfocado a obstaculizar la relación de los cableoperadores con los usuarios finales). Por otra parte, las normativas sobre defensa de la competencia y competencia desleal están bien diferenciadas desde el planteamiento dualista de Fikentscher, *Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz*, Múnich, Berlín, 1958, citado por Paz Ares, C., “*El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la Competencia desleal)*”, RDM, 1981, p. 105.

Ciñéndonos al mercado español, es probable que la creciente presión competitiva procedente del sector del cable determine, cada vez más, la concertación entre *Telefónica* y *Sogecable*, no sólo en vertical, sino también en horizontal dentro del mercado de la TV de pago.

P.e., en verano de 2007, la prensa (*Cinco Días*, *El Mundo*, etc.) informaban del acuerdo entre *Telefónica* y *Sogecable* para el lanzamiento de *Trio +* que implicaba el agrupamiento de los servicios de acceso a Internet y telefonía de *Telefónica* con los de TV vía satélite de *Digital +*. En la medida en que *Telefónica* estaba también activa dentro del mercado de la TV de pago a través de *Imagenio*, este acuerdo podía ser calificado como de cooperación horizontal dentro del mercado de la TV de pago. Por otra parte, dado que ambas empresas seguirían facturando de forma separada a sus respectivos abonados y realizando de forma individual sus respectivas instalaciones y servicios de atención a clientes, no llegaba a verificarse ninguna concentración.

Sogecable ofrecería *Trio +* a sus abonados en todo el territorio nacional, mientras que *Telefónica* lo haría en aquellas zonas en las que *Imagenio* no tuviera cobertura (ciudades de menos de 10.000 habitantes). De esta manera, cada compañía llegaría a beneficiarse de la red comercial de la otra. Adicionalmente, *Sogecable* y *Telefónica* acordaban colaborar para la compra de contenidos de televisión de pago en España, principalmente a las *majors* norteamericanas. De este modo, ambas partes pretendían aprovechar mutuamente la escala conjunta de sus bases de clientes para adquirir contenidos, lo que, consideraban, redundaría en beneficio de los abonados, así como en mejoras en el catálogo de títulos disponibles en sus respectivas ofertas. Los acuerdos alcanzados tendrían una duración inicial de cuatro años y no eran exclusivos por lo que no se descartaba la posibilidad de futuros acuerdos entre las partes y otros operadores.

Será, pues, sobre este último escenario sobre el que debemos centrar nuestras consideraciones sobre acuerdos horizontales de cooperación. En este sentido, ya se puso de manifiesto que el criterio de la Comisión (ap. 12 de las Directrices) es el de que cuando nos encontremos ante restricciones mixtas (verticales/horizontales; el caso paradigmático serían los acuerdos verticales entre competidores, *Vid Supra*), sus efectos dentro del mismo mercado, en nuestro caso, el de la TV de pago, sean examinados desde la perspectiva de la cooperación horizontal, sin perjuicio de que los verticales puedan serlo también desde la de la colusión vertical estudiada más arriba.

Un primer presupuesto, común a la colusión vertical, para que la autoridad de la competencia pase a evaluar los efectos anticompetitivos derivados de la colusión horizontal, es el de que no resulte aplicable ninguna exención por categoría. La tipificación de

exenciones por categoría se basa aquí, como en el caso de las restricciones verticales, en una presunción de que ciertas categorías de acuerdos cumplen con las eficiencias previstas en el ap. 3 del Art. 81; ahora bien, si en el caso de los acuerdos verticales la concesión de las exenciones giraba en torno a la mejora de la distribución, en el de la cooperación horizontal esa misma concesión se basa más bien en el progreso técnico (Vg., exención en I + D) o en la mejora de la producción (p.e., exención en especialización).

La justificación de este diverso tratamiento de la exención por categorías en los acuerdos verticales, mucho más amplia, y de la exención por categorías en los acuerdos horizontales, limitada a aspectos mucho más concretos, encuentra su justificación en la mayor desconfianza de las autoridades de la competencia hacia los acuerdos horizontales.

Lo anterior resulta, asimismo, de las consideraciones de Alfaro, *“Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”*, op. cit., Págs. 7 y ss.). El planteamiento del citado profesor es el de que los acuerdos verticales no han de entenderse comprendidos dentro de la prohibición del Art. 101.1, todo lo contrario que los horizontales. Desde este punto de vista tendría sentido la persistencia del citado Art. 101 como precepto distinto del Art. 102 que regula el abuso de posición dominante, pero sólo para reprimir los acuerdos horizontales, mas no los verticales que serían válidos en todo caso, salvo cuando fueran protagonizados por empresas en posición dominante, en cuyo caso tendrían que ser dirimidos desde la perspectiva del Art. 102 y de la institución del abuso de posición dominante.

Para este autor, los acuerdos horizontales concertados entre empresas, aunque éstas no se encuentren en posición dominante (caso en el que ni tan siquiera cabría plantearse la aplicación del Art. 102 del abuso de posición dominante, pues no se daría el presupuesto de la posición dominante; *vid supra*), pueden presumirse ilícitos. Los acuerdos horizontales de reparto del mercado, de fijación de precios o de limitación de la producción sólo tendrán racionalidad económica para los empresarios cuando les permitan obtener el poder económico necesario para obtener un precio por encima del que permitiría un juego normal de la competencia. Partiendo de que los productos de los empresarios puestos de acuerdo son sustitutivos entre sí, cualquiera que sea el acuerdo, su sentido sólo puede ser el de atenuar la presión competitiva entre sus productos respectivos. Por esta razón cabe entenderlos siempre incluidos dentro del Art. 101.1; y ello sin perjuicio de que, sobre lo anterior, pueda llegar a apreciarse la existencia de eficiencias al amparo del Art. 101.3.

Y esta presunción de ilegalidad, sigue diciendo Alfaro, es razonable *“porque mientras que en relación con las condiciones contractuales, las autoridades de competencia disponen de un criterio para determinar si son “justas” o no, como es el recurso al Derecho supletorio que sería aplicable si la cláusula contractual no existiera, en relación con el precio, las autoridades de competencia no tienen forma de saber cuál es el precio competitivo, precio que tendría que conocer para determinar si el que está aplicando el cártel es supracompetitivo o no”* razón por la que *“una respuesta jurídica eficiente pasa por deducir el carácter supracompetitivo del precio pactado del mero hecho de que haya sido producto de un pacto ya que el precio competitivo, como su nombre indica, es producto de la competencia, esto es, de las decisiones individuales de cada uno de los participantes en el mercado, no de las decisiones coordinadas de los competidores”*.

Ciertamente, podría decirse que las anteriores reflexiones van referidas a la colusión horizontal (cártel) más que a la cooperación horizontal de que ahora tratamos. Sin embargo,

debe tenerse en cuenta que el deslinde entre cártel y cooperación horizontal no es siempre fácil como lo prueba el hecho de que en las mismas Directrices sobre cooperación horizontal se contemple la posibilidad de que los acuerdos de cooperación tengan por objeto fijar precios, recortar la producción o repartir mercados o, al menos, puedan llegar a producir ese mismo efecto, aún sin perseguirlo abiertamente. En definitiva, lo que subyace es la idea de que los acuerdos entre competidores han de verse con una mayor desconfianza que los concertados entre proveedor y cliente, toda vez que, entre estos últimos, no existirá una presión competitiva que pueda llegar a ser atenuada. Lo anterior es lo que justifica que la exención por categorías en el ámbito de los acuerdos horizontales, ya sean estos cooperativos o abiertamente colusorios, deba tener un alcance necesariamente más limitado que en el ámbito de los acuerdos verticales.

Muy diferente sería, en efecto, el caso de los acuerdos verticales, pues, con argumentos similares a los de Zurimendi (*Ídem*), dice Alfaro que los productos de las partes del acuerdo son entre sí complementarios por lo que el sentido del acuerdo no podrá ser el de que los productos dejen de competir entre sí, pues no comparten mercado; lo que entiende respaldado por las propias argumentaciones de la Comisión (Comunicación de la Comisión Europea sobre Directrices relativas a las restricciones verticales 2000/C 291/01, DOCE 13-X-2000; considerando 100) cuando afirma que *“en las relaciones verticales el producto de uno es el insumo de otro, lo que implica que el poder de mercado ejercido por la empresa del mercado anterior o la del mercado posterior influiría, por lo general, negativamente en la demanda del producto de la otra”*.

Así, y volviendo al terreno de las exenciones, el factor de la innovación tecnológica, más que en el mercado de la TV de pago, se sitúa en el accesorio al anterior de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago y en los ascendentes de los servicios de comunicaciones electrónicas (capacidad satelital y acceso a IT de banda ancha). Ello justificará que sea al hilo de estos mercados cuando estudiemos la posible concurrencia de alguna de las exenciones incluidas en el Reglamento de Exención en I + D y en el Reglamento de Exención en Transferencia de Tecnología. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que la colusión horizontal verificada en alguno de esos mercados pueda tener importantísimas repercusiones dentro del de la TV de pago (Vg., un proyecto de I + D para el desarrollo de un nuevo tipo de descodificador puede servir para colocar, dentro del mercado de la TV de pago, a los competidores en una situación de dependencia con relación a los operadores implicados en el desarrollo de aquel proyecto; *Vid Infra* asunto *Telia/Telenor*). Abundando sobre lo anterior, la digitalización (a diferencia de lo ocurrido con la TV en abierto sobre plataforma terrestre) hace tiempo que está ya implantada en TV de pago (satélite y cable); el desarrollo de la TV en alta definición, técnicamente posible sobre todo en TV de pago (cable y satélite) por el ancho de banda exigido por la señal, se relaciona sobre todo con los mercados de comunicaciones electrónicas (capacidad satelital y transmisión de señal sobre redes alámbricas); y, por último, la aparición de servicios de TV de pago sobre terminales móviles (sería, por razones análogas a las verificadas en el ámbito de la telefonía, un mercado de producto diferente al de la TV de pago sobre el televisor) guardaría relación también con los mercados de las comunicaciones electrónicas, si bien, en este caso, sobre plataforma terrestre al constituir ésta la base de la tecnología DVB-H.

El Reglamento (CE) nº 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 (DO L 304 de 5.12.2000, p. 3/6), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (Reglamento de exención en especialización) declara exentos los acuerdos de especialización unilateral o recíproca y los

de producción en común (Art. 1). En los acuerdos de especialización, una de las partes (unilateral), o las dos sobre una base de reciprocidad (recíproca), se compromete a no producir o a dejar de producir un producto o servicio y a adquirirlos de la competidora que, a su vez, se obliga a suministrárselos. En los de producción en común, las partes se comprometen a fabricar ciertos productos o a prestar determinados servicios en común.

La causa última de esta exención cabe encontrarla en el considerando 5 del Reglamento de exención en especialización, a tenor del cual: *“Los acuerdos de especialización de la producción contribuyen en general a mejorar la producción o distribución de los bienes, dado que las empresas afectadas pueden concentrar sus actividades en la fabricación de determinados productos, trabajar así de forma más eficiente y ofrecer los productos a precios más ventajosos. Los acuerdos de especialización en la prestación de servicios producen en general mejoras similares. Cabe esperar, en el supuesto de que exista competencia efectiva, que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes”*.

En cuanto a estas exenciones previstas en el Reglamento de Exención en especialización, los acuerdos de especialización y de producción en común podrían cobrar dentro del mercado de la TV de pago un mayor sentido que en el de la TV en abierto analógica. En cuanto a los acuerdos de especialización, si bien no resultaba imaginable en ese entorno analógico que un difusor en abierto (p.e. *Telecinco*) dejase de emitir su señal para pasar a retransmitir la de otro diferente (p.e. *Antena 3*), no resultaba tan descabellado pensar que un difusor de pago (*Imagenio* de *Telefónica*) pudiera renunciar a difundir su propia programación para sólo retransmitir la señal de *Sogecable*. Sin embargo, el caso *Cuatro* ha servido para mostrar que esos acuerdos de especialización serían ya sí imaginables en el nuevo contexto de la TDT donde los titulares de canales digitales pueden arrendarlos a otros operadores.

Y por lo que se refiere a los de producción en común, resultan aún más factibles que los anteriores dentro del mercado de la TV de pago: frente a lo improbable de que dos difusores en abierto (los mismos *Antena 3* y *Telecinco*) estén dispuestos a renunciar a un título habilitante para pasar a emitir conjuntamente una sola señal, es muy posible que *Telefónica* y *Sogecable* puedan tener interés en integrar sus plataformas respectivas de TV de pago en una sola para beneficiarse de importantísimas sinergias (la capacidad de transmisión de *Telefónica*, incluida la bidireccionalidad para servicios interactivos para la que no resulta tan apta la plataforma satelital, y los contenidos de *Sogecable*).

A diferencia de los otros dos reglamentos (exención en I + D y exención en transferencia de tecnología), que permiten subsumir en ellos ciertas restricciones verticales, éste que ahora nos ocupa sólo cabría aplicarlo a los acuerdos horizontales entre empresas competidoras, de modo que cualquier acuerdo de especialización vertical deberá ser dirimido con arreglo al Reglamento N.º 330/2010 citado más arriba y que se dejó ya estudiado al tratar de las restricciones verticales.

También aquí existe una lista negra de acuerdos respecto de los que en ningún caso jugará la exención, y ello con independencia de cuáles sean las cuotas de mercado disfrutadas por las partes. En efecto, dispone el Art. 5, que lleva la rúbrica de “Acuerdos no amparados por la exención”: *“1. La exención prevista en el artículo 1 no se aplicará a los acuerdos que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan por objeto: a) la fijación de precios a terceros; b) la limitación de la producción o de las ventas; o c) el reparto de mercados o clientes. 2. No se aplicará el*

apartado 1 a: a) las disposiciones sobre la cantidad acordada de productos en el contexto de acuerdos de especialización unilateral o recíproca, ni a la fijación de la capacidad y volumen de producción de una empresa en participación en el contexto de un acuerdo de producción conjunta; b) la fijación de objetivos de venta y de precios que una empresa en participación de fabricación cobra a sus clientes inmediatos en el contexto de la letra b) del artículo 3”.

En cualquier caso, partiendo de que, fuera de esos casos, la exención se aplicará a condición de que la cuota combinada de mercado de las empresas participantes no exceda del 20 % del mercado de producto y geográfico de referencia al que pertenezcan los productos objeto del acuerdo, en nuestro caso el de la TV de pago, este dato podría permitirnos concluir que prácticamente ninguno de dichos acuerdos, dentro del mercado español de la TV de pago, podría llegar a entrar dentro de la categoría de acuerdos cubiertos por la exención.

Una vez resuelto lo referente a la aplicabilidad o no de la exención por categorías a un supuesto determinado de cooperación horizontal dentro del mercado de la TV de pago, el paso siguiente a la hora de evaluar el juego de la competencia será el de determinar si existe o no poder de mercado. La indefinición sobre este particular de las Directrices sobre restricciones horizontales puede ser salvada, como se viene reiterando, acudiendo a la Comunicación *de minimis* conforme a la que no habrá riesgo de restricción sensible del juego de la competencia cuando la cuota conjunta de los difusores de TV de pago que se conciertan no exceda del 10 %. Partiendo de este dato, habría que concluir que cualquier acuerdo horizontal dentro del mercado español de la TV de pago supondrá ese riesgo (sólo *Imagenio* de *Telefónica* disfruta ya de una cuota por número de abonados superior a ese límite). Esta última circunstancia dispensaría de analizar si nos encontramos o no ante alguno de los supuestos de colusión horizontal – “acuerdos entre competidores” – especialmente graves de los que determinarían, aún por debajo de ese límite del 10 %, una restricción sensible al juego de la competencia. Por otra parte, aún cuando por encima de ese límite del 10 %, considera la Comisión que puede llegar a no ser apreciable el riesgo de restricción sensible del juego de la competencia siempre que nos encontremos con un mercado muy desconcentrado, no será, ciertamente, este el caso del mercado de la TV de pago.

Dadas las múltiples formas que tienen la cooperación horizontal de manifestarse no es posible una sistematización de las consecuencias o efectos anticompetitivos derivados de la misma dentro del mercado español de la TV de pago. No obstante, esos efectos serán más bien los asociados a las concentraciones horizontales, aun cuando no lleguen a verse respaldados por los vínculos jurídicos derivados de la integración. Dentro del mercado español de la TV de pago, la cooperación horizontal más probable, la que pudiera darse entre *Sogecable (Digital +)* y *Telefónica (Imagenio)*, tendría un primer efecto cuál sería el de atenuar la presión competitiva entre ambas plataformas y, más allá de eso, podría suponer que ambos operadores entendieran el de la concertación horizontal como modelo económicamente viable en el medio o largo plazo. Partiendo de este modelo, los operadores concertados podrían estar incentivados para rebajar la calidad de la programación ofrecida a los abonados o para subir los precios, aun cuando este riesgo se viera muy matizado dada la presión competitiva ejercida por los cableoperadores. Todo lo anterior nos llevaría a un escenario de cártel como el que dejamos ya estudiado.

Y en lo que hace a la ponderación de los efectos anticompetitivos derivados de la colusión horizontal dentro del mercado de la TV de pago, los factores para esa ponderación cabría dividirlos en tres grupos, a saber: **(a)** los mismos *mencionados más arriba para la*

valoración de las restricciones verticales; (b) los también citados más arriba referidos a las restricciones derivadas de concentraciones horizontales; y (c) los mencionados específicamente en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal:

- (a) **Factores mencionados para la valoración de las restricciones verticales.** Dentro del primero de esos tres bloques, el identificado bajo la letra “a”, habría que distinguir entre los factores que agravan los efectos anticompetitivos y los que los atenúan. Valdrá, en este punto, con aplicar lo dicho más arriba y modularlo atendiendo a las características de la cooperación horizontal.

Se refieren los autores (Briones, J. y otros “*El control de concentraciones...*”, Op. Cit. Pág. 206) al factor de la heterogeneidad como factor procompetitivo, cuando en colusión vertical vimos que podía ser anticompetitivo: “*Al contrario, la heterogeneidad del producto puede dificultar y complicar el tipo de acuerdo tácito y la confianza mutua requeridos para el establecimiento de un comportamiento paralelo por parte de los miembros de un oligopolio. En primer lugar, cuanto más alto sea el número de productos incluidos en el mercado relevante y cuanto mayor sea el grado de diferenciación de los productos en cuestión, más complicada resulta la comparación de precios entre los distintos productos y entre los distintos fabricantes, y más complejas resultan las decisiones sobre las modificaciones y fijación de esos precios. Esto es así en especial cuando las negociaciones de precios con clientes presentan la posibilidad de adaptar el producto a las exigencias particulares de cada cliente en términos de servicio, especificaciones técnicas, etc. En estas situaciones la heterogeneidad del producto complica por lo menos la posibilidad de supervisión mutua de los precios efectivamente aplicados por cada miembro del oligopolio. Este tipo de planteamiento fue el seguido por la Comisión en los asuntos Knorr Bremse/Allied Signal y en RP/SNIA II*”.

Aunque también advierten dichos autores (Pág. 207): “*Si tradicionalmente se ha considerado que la heterogeneidad de producto y la innovación dificultan y obstaculizan la colusión tácita o el comportamiento paralelo (por lo menos en lo que se refiere a precios), una advertencia es necesaria aquí. La literatura económica ha desarrollado modelos en los que la diferenciación de producto es estratégicamente utilizada por las empresas para aislar segmentos de mercado y limitar la competencia dentro de cada segmento o nicho, de tal manera que la heterogeneidad global de producto pudiera cubrir de hecho varios segmentos de mercado o submercados con condiciones más homogéneas y en los cuales el comportamiento paralelo o el ejercicio del poder de mercado fuera posible (véase, por ejemplo, P. J. Williamson, “Dominación oligopolística y la política comunitaria sobre las concentraciones”, publicado en *Economía Europea*, núm. 57, 1994, para un resumen sobre el problema de grupos estratégicos y barreras a la movilidad). Esta idea está cerca del concepto de competencia localizada o de la proximidad de la competencia entre las empresas que podrían ser consideradas como pertenecientes al mismo mercado pertinente (para las implicaciones de este planteamiento del control de concentraciones, véase, por ejemplo, D. T. Levy y J.D. Reitzes “La importancia de la competencia localizada en las Directrices de fusión de 1992...”, *Antitrust Law*, vol. 62, 1994)”*. La bibliografía citada, aunque referida a concentraciones, es perfectamente aplicable a las hipótesis de colusión horizontal.

- (b) **Factores mencionados para la valoración de las concentraciones horizontales.** En segundo lugar, se encontrarían los factores de ponderación resultado de importar los criterios incluidos en las Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales. Al igual que ocurría con los mencionados en el párrafo anterior, tendríamos que distinguir aquí entre factores que agravan los efectos anticompetitivos y los que los atenúan. Entre los primeros se contarían los siguientes: (i) el de que el poder de mercado de los operadores puestos de acuerdo (p.e., *Telefónica* y *Sogecable*) les permita impedir la expansión de los competidores (p.e., *ONO*); (ii) el de que los difusores concertados puedan, efectivamente, influir sobre las condiciones sobre las que se cimenta la coordinación horizontal mediante la activación de mecanismos de castigo o represalia (en el mismo ejemplo, y reiterando lo expuesto más arriba, *Sogecable* podría “cerrar el grifo” de los contenidos en tanto que *Telefónica* podría “cortar la manguera” de la distribución ante cualquier incumplimiento de la otra parte de la estrategia pactada en horizontal sobre las condiciones de prestación de los servicios de TV de pago); (iii) la débil posición de los competidores reales dentro del mercado de referencia que no les permita reaccionar frente a esa colusión horizontal (lo que no resultaría del todo claro en el caso de *ONO*); (iv) la existencia de importantes costes de transferencia que dificulten el que los abonados puedan cambiar de proveedor; (v) la anulación de una fuente de presión competitiva importante como la ofrecida por el sector del cable, dado su papel discolo o innovador.
- (c) **Factores específicamente mencionados en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal.** Tendríamos, en tercer lugar, que remitirnos a los factores de ponderación expresamente contemplados en las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal. Dentro de estos, los de agravación vendrían a ser: (i) que se trate de un acuerdo abiertamente dirigido a restringir el juego de la competencia dentro del mercado de la TV de pago (cártel); (ii) la estabilidad en el tiempo de las cuotas de mercado (p.e., el dato de que, antes de la fusión digital, *Vía Digital* fuera ganando cuota de mercado frente a *Sogecable* denotaría la ausencia de cualquier acuerdo horizontal entre ambas plataformas; de otro lado, el hecho de que *Imagenio* no siga ganando cuota dentro del mercado de la TV de pago podría ser un indicador de la concertación horizontal entre *Telefónica* y la propia *Sogecable*); (iii) el prácticamente nulo poder de compra ostentado por los abonados a TV de pago (pese a ser levemente superior al ejercido por los televidentes dentro del mercado de la TV en abierto); (iv) la ausencia de cualquier eficiencia derivada de la cooperación horizontal lo que, como más arriba se vio, será lo más frecuente dentro del mercado en que nos movemos (partiendo de la situación dentro del mercado español de la TV de pago y de los acuerdos horizontales posibles entre *Sogecable* y *Telefónica*, cabría imaginar como foco principal de esas eficiencias el centrado en el desarrollo de servicios audiovisuales dotados de un mayor grado de interactividad o personalización; sin embargo no parece que esas eficiencias, por sí solas, fueran bastantes a contrarrestar los efectos perniciosos para el juego de la competencia consecuencia de la cooperación); (v) la existencia de elevadas barreras de entrada de tipo económico y, en menor grado, normativas (por la exigencia de autorización; tras la LGCA ya sólo notificación).

Inciendiando sobre los concretos supuestos de cooperación horizontal previstos en las Directrices sobre restricciones horizontales, por lo mismo que se dijo al tratar de la exención por categorías, lo más aconsejable sería estudiar los acuerdos de I + D o de transferencia de tecnología a propósito de los mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas o de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.

Igualmente, los acuerdos horizontales de estandarización, que suponen la estricta sujeción de los servicios prestados a unos determinados requisitos técnicos o cualitativos, tendrán su campo natural de aplicación dentro de los segmentos de las comunicaciones electrónicas (p.e., empleo de la tecnología *multicrypt* o *simulcrypt* en la transmisión de la señal audiovisual sobre red satelital o el de las diversas tecnologías xDSL en esa misma transmisión a través de la RTPC) o en el de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (como el desarrollo de un entorno multiplataforma con APIs y EPGs adaptadas a los criterios de los organismos europeos de normalización en el entorno del proyecto DVB). Es decir, que la cooperación horizontal se daría en el seno de esos mercados, a propósito de los cuales tendría que ser estudiada, con independencia de que los efectos de la misma pudieran caer en vertical sobre el mercado de la TV de pago.

(b) Acuerdos de producción

En lo que concierne a los acuerdos horizontales de producción, se prevé en las Directrices (núms. 150 y ss.) que varias empresas puedan producir conjuntamente un bien a través de una empresa en participación o a través de formas más laxas de colaboración que se corresponderían con los acuerdos de subcontratación. Todas estas formas de cooperación horizontal quedan abarcadas por las Directrices.

En estos acuerdos de subcontratación, una de las partes llamada “contratista” encarga a la otra denominada “subcontratista” la producción de cierto artículo. Los acuerdos de subcontratación entran, por lo general, dentro del campo de aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales que ya dejamos estudiadas. Se exceptúan de esta regla los acuerdos de subcontratación entre competidores reales o potenciales que actúan en el mismo mercado de producto. Dentro de estos acuerdos de subcontratación horizontales quedan comprendidos:

1. **Los acuerdos de especialización unilateral.** Los acuerdos unilaterales de especialización son acuerdos entre dos partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales una de ellas acuerda cesar total o parcialmente la producción de ciertos bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte, que acepta producir y suministrar esos productos.
2. **Los acuerdos de especialización recíproca.** Los acuerdos de especialización recíproca, son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a cesar o abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a suministrárselos.
3. **Los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción.** En el caso de los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción el contratista encarga al subcontratista la producción de un bien, mientras que el contratista no cesa o no limita al mismo tiempo su propia producción del bien

Si nos ceñimos al escenario más viable dentro del mercado español de la TV de pago que sería el de la cooperación horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica*, tendríamos que los mayores riesgos cabría cifrarlos en la posibilidad de que *Imagenio* y *Digital Plus* converjan hacia una plataforma conjunta de TV de pago, lo que podrían articular a través de una

empresa en participación no concentrativa, si bien también podrían imaginarse acuerdos de subcontratación en cualquiera de sus formas: **(i)** unilateral, si por ejemplo *Telefónica* dejara de producir *Imagenio* y se dedicara a distribuir *Digital Plus* a través de su red ADSL; **(ii)** recíproca, si por ejemplo, *Sogecable*, dejara de producir servicios de películas bajo demanda para adquirirlos de *Telefónica* y ésta, a su vez, dejara de emitir partidos de Liga para pasar a adquirir la señal de los partidos de *Sogecable*; **(iii)** de ampliación de la producción, si *Sogecable*, por ejemplo, reforzara sus contenidos bajo demanda con los adquiridos de *Telefónica*.

Los **ámbitos afectados** por los acuerdos de producción que son el **mercado de referencia** y los **mercados afectados indirectamente** (el concepto de “mercado afectado” se maneja también en el Reglamento europeo de concentraciones y en el Reglamento de aplicación en términos como los que vimos en su lugar):

1. **Mercado directamente afectado o de referencia.** El mercado de referencia es el mercado pertinente de producto y geográfico sobre el que incide directamente el acuerdo, en nuestro caso, el español de la TV de pago.
2. **Mercados indirectamente afectados.** Los mercados indirectamente afectados – “*spill-over markets*” – son mercados anteriores, posteriores o adyacentes al de referencia y estrechamente relacionados con este último de modo que la cooperación en él llevara necesariamente a la cooperación de las partes también en estos mercados indirectamente afectados. Un acuerdo de producción en común entre *Sogecable* y *Telefónica* para gestionar una plataforma conjunta de TV de pago podría llevar también aparejada una coordinación horizontal entre ambas partes dentro del mercado ascendente de las obras audiovisuales para TV donde ambas estarían también presentes). Conforme a la sistemática a que nos venimos sujetando, lo pertinente será que nos centremos ahora en los efectos proyectados sólo sobre el mercado de referencia de la TV de pago.

En lo que concierne al presupuesto del **poder de mercado**, será preciso que se dé en relación con el **mercado de referencia** aunque también, en determinados casos, será relevante su existencia en los **mercados indirectamente afectados**. Sólo en el caso de disfrutar de poder de mercado, tendrán las partes la capacidad y el estímulo para coordinar su comportamiento:

1. **Poder en el mercado de referencia.** En lo que pueda relacionarse con este presupuesto bastará con remitirnos a las consideraciones hechas al tratar del mismo de modo genérico más arriba y al ocuparnos de la exención por categorías, sin que haya especialidades que puedan justificar una mención expresa. Sería indudable la existencia de poder de mercado de *Sogecable* y de *Telefónica* en el mercado de referencia de la TV de pago. La existencia de este poder de mercado no tiene por qué determinar que el acuerdo produzca necesariamente efectos restrictivos sobre el juego de la competencia en el mercado de la TV de pago.
2. **Poder en los mercados indirectamente afectados.** Por lo general, lo relevante será la existencia de poder en el mercado de referencia, sin embargo también podrá serlo la de ese mismo poder en los mercados indirectamente afectados si es especialmente intensa la posición de fuerza de las partes en estos últimos. Dada la importante presencia de esos operadores en estos mercados, lo más probable sería que llegara también a darse.

Examinados los ámbitos afectados y el presupuesto del poder de mercado, lo siguiente será analizar los concretos **efectos anticompetitivos** ligados a los acuerdos de producción (aparte de los ya estudiados para las restricciones horizontales en general) en relación con los **factores específicos para su ponderación** (incluido el del poder de mercado, y con independencia de su otra vertiente que es la de presupuesto). Estos efectos y factores de valoración serán, de acuerdo con las Directrices sobre cooperación horizontal:

1. **La eliminación de la presión competitiva entre las partes en su función de proveedores y acercamiento a un entorno de colusión**. Un primer efecto del acuerdo de producción puede ser el de la atenuación o eliminación de la presión competitiva de las partes en su función de proveedores de servicios de TV de pago, efecto que, sin embargo, no sería tan intenso como en las concentraciones horizontales en las que los proveedores concentrados se hacen uno solo. A este efecto podrá seguir el de la coordinación de las partes o resultado colusorio que pueda afectar a las variables competitivas del precio, calidad, cantidad, variedad o novedad de los productos o servicios producidos conjuntamente. Como factores para la valoración de estos particulares efectos anticompetitivos – atenuación de la competencia y resultado colusorio - cabría destacar:

a) El poder de mercado. Es, además de presupuesto, factor de ponderación de los efectos anticompetitivos porque, cuanto mayor sea, mayor estímulo tendrán las partes para coordinarse en su actuación como proveedores y mayor será el riesgo de que esa coordinación llegue a restringir el juego de la competencia. Además, el examen de este factor habrá de completarse con otros más dinámicos como la evolución de las cuotas, el grado de concentración del mercado o la competencia potencial. El importantísimo poder de mercado derivado de la cuota combinada correspondiente a ambas actuaría como estímulo para la coordinación e incrementaría los riesgos de restricción del juego de la competencia dentro del mercado de la TV de pago.

b) La naturaleza del acuerdo. Aquí habrá de acudirse a la consabida distinción entre:

(i) acuerdos de producción que sean anticompetitivos por su objeto (fijación de precios de venta a terceros, limitación de la producción o reparto de mercados). Los acuerdos anticompetitivos por su objeto caen de forma automática dentro del ámbito de aplicación del Art. 101 ap. 1 y se presumen ilegales, teniendo esta presunción un valor *iuris et de iure*, por lo que no cabrá prueba en contrario ni serán tampoco necesarias ulteriores valoraciones sobre sus efectos anticompetitivos. Se trata, como se viene comentando, de acuerdos de cooperación reconducibles a la estructura del cártel que sólo en casos absolutamente excepcionales podrán obtener una exención al amparo del Art. 101.3 TFUE.

Se exceptúan de lo anterior (v. núm. 160 de las nuevas Directrices) aquellos casos en los que: **(1)** “*las partes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción (por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización), a condición de que no se eliminen los otros parámetros de la competencia*”, o **(2)** “*un acuerdo de producción que también contempla la distribución conjunta de los productos fabricados conjuntamente, prevé la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, y solo de*

estos, siempre que esta restricción sea necesaria para la producción conjunta, es decir, que de lo contrario las partes carecerían desde el principio de un incentivo para concluir el acuerdo de producción". En estos dos supuestos estaríamos ante acuerdos que podrán o no producir efectos anticompetitivos en función de las circunstancias concurrentes (v. más abajo).

P.e., en el asunto de Laminados y aleaciones de Cinc (Decisión 82/866/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1982 – DO L 362 de 23.12.1982 p. 40), una de las partes del acuerdo, *PYA*, se comprometía a dejar de producir laminados de cinc y adquirirlos exclusivamente de la otra parte, *CRAM*, que a su vez se comprometió a limitar su producción de aleaciones de Cinc y adquirirlas de *PYA*, que de este modo podría incrementar su producción. El acuerdo se concertó por plazo de 15 años. La existencia de una serie de acuerdos adicionales permitió concluir que las partes pretendían coordinar su política de ventas y abstenerse de desarrollar una política competitiva, por lo que el acuerdo no pudo obtener exención con arreglo al Art. 81.3 entonces vigente.

(ii) acuerdos de producción que, en criterio de la Comisión, nunca entrañen esos efectos anticompetitivos. No producirán, por lo general, efectos anticompetitivos los acuerdos de producción entre empresas no competidoras (ver también Asunto COMP/37.590 *Pfizer*): estos serían más bien acuerdos verticales. Lo anterior no se daría en el caso de un acuerdo de producción en común entre *Telefónica* y *Sogecable*.

En lo que hace a los acuerdos de cooperación horizontal entre competidores que no producirán efectos restrictivos sobre el juego de la competencia, podrían destacarse conforme a las anteriores Directrices de 2001: **(1)** los de subcontratación o especialización unilateral por los que una de las partes adquiera de la otra insumos o componentes que hasta ese momento hubiera producido para consumo propio (p.e., si un operador de TV de pago que viniera produciendo por sí misma las obras audiovisuales integradas en sus canales – producción propia o cautiva – comenzara a adquirirlas de un operador de TV de pago competidor); **(2)** los de subcontratación entre competidores, si se limitan a ventas y compras individuales en el mercado sin más obligaciones y sin formar parte de una relación comercial más amplia entre las partes (en el caso de una subcontratación consistente, por ejemplo, en que *Telefónica* sólo adquiriera obras audiovisuales muy concretas de *Sogecable*); **(3)** los celebrados entre empresas que compitan en mercados estrechamente relacionados con el directamente afectado, si se trata de la única vía razonable en términos comerciales para introducirse en el mercado, para lanzar un determinado producto o para sacar adelante un proyecto (p.e., si dos operadores de comunicaciones electrónicas – uno de redes de cable y otro de una plataforma de satélite – se ponen de acuerdo para suministrar en común servicios de video bajo demanda, cuando sin esa cooperación no resulte posible el lanzamiento de los referidos servicios por la ausencia de bidireccionalidad en la plataforma de satélite) y; **(4)** los que impliquen una escasa asunción de costes en común (Vg., si la producción en común por dos operadores de TV de pago se limita a la difusión de canales temáticos de bajo coste).

Aún no recogiendo expresamente en las nuevas directrices todas estas menciones, las mismas podrían seguir teniéndose por válidas.

(iii) acuerdos de producción que puedan o no llevar aparejados esos efectos anticompetitivos en función de las circunstancias concurrentes. Sólo en este último caso será necesario calibrar del todo las consecuencias del acuerdo sobre el juego de la competencia, pues, en los otros dos, o será irrefutable la concurrencia de efectos anticompetitivos (cártel) o su no concurrencia. Probablemente, un acuerdo como el que proponemos entre *Sogecable* y *Telefónica* podría ser incluido en esta categoría, en cuanto acuerdo que podrá producir o no efectos anticompetitivos en función de las circunstancias que concurran.

c) El grado de asunción común de costes de producción. Cuanto mayores sean los costes asumidos en común por las partes, mayores serán también los riesgos de coordinación de las partes en aspectos como los de la producción o los precios. En la medida en que *Telefónica* y *Sogecable* llegaran, con motivo del acuerdo, a compartir importantes partidas de costes, serían también mayores los riesgos de restricción del juego de la competencia dentro del mercado de referencia.

Por ejemplo, en la Decisión 94/986/CE de la Comisión de 21 de diciembre de 1994 (IV/34.252 – *Philips-Osram*, DO L 378, de 31.12.1994, p. 37) de lo que se trataba era de un acuerdo entre dos empresas para la producción conjunta de un componente intermedio que apenas representaba un 2 o 3 % del coste del producto final. En el mercado del producto final, aunque las partes del acuerdo eran los principales suministradores en Europa con dos tercios del mercado europeo, la Comisión entendió que no se producía restricción de la competencia por la escasa proporción de los costes compartidos. Sin embargo, en el caso del mercado del producto intermedio, en el que las partes disfrutaban también de unos dos tercios de cuota de mercado sí entendió la Comisión que se producía una restricción del juego de la competencia, por lo que se vio forzada a conceder una exención individual atendiendo a una serie de factores relativos a la estructura del mercado como eran, por ejemplo, la existencia de proveedores alternativos y la de excesos de capacidad dentro del mercado.

d) Intercambio de información comercial sensible a consecuencia del acuerdo de producción. En la medida en que el acuerdo de producción produzca este efecto serán mayores los riesgos de resultado colusorio, si bien, como ya destacamos al tratar de los cárteles, la transparencia que impera en el mercado de la TV de pago, por sus propias características, haría muy difícil que este factor pudiera llegar a darse.

e) Efecto red. Otro factor de especial importancia podrá consistir en la existencia de un efecto red muy intenso: si los acuerdos de producción alcanzan a un gran número de competidores con cuotas sólo significativas, sin necesidad de que sean elevadas, en mercados relativamente concentrados puede producirse ese efecto red que propicie la colusión. En el caso de un acuerdo de producción en común entre *Telefónica* y *Sogecable*, si bien no llegaría a darse un efecto red como factor de agravación en este sentido, sí llegaría a darse en otro diferente, a saber, en el de propiciar importantes economías de densidad o red, además de otras como serían las economías de alcance o gama o las de escala.

Deben así distinguirse estos efectos de red derivados de la acumulación de acuerdos horizontales dentro del mercado de referencia de las economías de red, tan características de los mercados de las comunicaciones electrónicas, aun cuando también puedan existir en otros distintos. En la sentencia del Tribunal de Primera

Instancia en el caso *Microsoft* (V. Op. Cit.; apartados 867, 1035, 1036, 1038, 1058, 1060 y 1061) se consideró que el hecho de que una empresa en posición dominante en el mercado de sistemas operativos para ordenadores personales clientes integrase un lector multimedia que permitiera una recepción continua en el sistema operativo para ordenadores personales clientes —sistema operativo que venía preinstalado en la gran mayoría de los ordenadores personales clientes vendidos en el mundo— sin que fuera posible retirar el primero del segundo, permitía a este lector multimedia beneficiarse de la omnipresencia de dicho sistema operativo en los ordenadores personales clientes, omnipresencia que los otros modos de distribución de los lectores multimedia no pueden compensar.

La venta asociada confería así al lector multimedia una presencia sin parangón en los ordenadores personales clientes en el mundo, ya que permitía a este lector multimedia obtener automáticamente un nivel de penetración en el mercado equivalente al del sistema operativo para ordenadores personales clientes de la empresa en posición dominante, sin tener que competir por sus méritos con los productos competidores. Tal venta asociada podía tener además una influencia no insignificante en los proveedores de contenidos y los diseñadores de programas, dado que el mercado de los lectores multimedia que permitían una recepción continua se caracterizaba por importantes efectos de red indirectos.

Los pronunciamientos de las autoridades europeas de la competencia referidas a la vinculación del lector multimedia al sistema operativo *Windows* tuvieron también resonancia en relación con otras aplicaciones, como serían los navegadores para IT. El 16 de diciembre de 2009 *Microsoft* y la Comisión Europea anunciaron un acuerdo referido a esos navegadores. A lo largo de los cinco años posteriores a esa fecha, *Microsoft* proporcionaría dentro del Espacio Económico Europeo una elección de pantalla, a través del mecanismo de actualizaciones de Windows, que debía permitir a los usuarios de los distintos sistemas operativos Windows XP, Windows Vista y Windows 7 elegir el navegador que quisieran instalar, además del propio Explorer, creado por *Microsoft*. Así, la compañía incluiría las opciones de Firefox de Mozilla, el Chrome de Google, el Safari de Apple y los programas de otros siete competidores más pequeños.

A cambio, la Comisión Europea retiraba los cargos impuestos a *Microsoft* en enero de 2009, cuando volvió a acusar a la empresa de obtener ventajas competitivas al vincular el Explorer a su sistema operativo *Windows*, presente en más del 90 % de los ordenadores del mundo. La Comisión había concluido, tras una investigación preliminar, que *Microsoft* había generado una distorsión de la competencia al vender su sistema operativo Windows para PC unido a su navegador Explorer, lo que, en su opinión, le daba una “ventaja de distribución artificial no relacionada con los méritos de su producto en más del 90 por ciento de los ordenadores personales”. A esas fechas de fines de 2009, el Explorer de *Microsoft* controlaba un 63,6 % del mercado mundial de navegadores frente a un 24,7 % de Firefox. Chrome y Safari mantenían una posición minoritaria, según *Net Applications*.

f) Reciprocidad de la especialización. Por lo general, los acuerdos de especialización recíproca, cuando se superen los umbrales de cuota previstos en el Reglamento de exención por categorías en especialización, tendrán siempre efectos anticompetitivos. El riesgo de reciprocidad habría que apreciarlo más en un caso de especialización

recíproca entre ambos operadores de TV de pago que en el de producción en común a través de una empresa en participación no concentrativa.

2. **La exclusión de competidores.** A diferencia del anterior, este efecto no tiene su origen en una relación competitiva entre las partes, sino en una situación de poder de las mismas en un mercado anterior que les permite incrementar los costes de sus competidores en el posterior. En este caso, las partes del acuerdo podrán expulsar a sus competidores en el mercado descendente. Como ahora nos centramos en acuerdos de producción en el mercado minorista de los servicios de TV de pago podremos pasar por alto este efecto que sí se daría, en cambio, de producirse el acuerdo de producción en el mercado ascendente de los contenidos o de las comunicaciones electrónicas, caso este último en el que las partes del acuerdo podrían expulsar a sus competidores del mercado de la TV de pago. En lo demás valdrá con que nos remitamos al resto de factores de ponderación mencionados en el párrafo anterior.

Respecto de la posibilidad de concesión de una ***exención individual***, la misma se sujetará a las condiciones generales del Art. 101.3 TFUE³⁷, a saber:

1. **Ventajas económicas.** Los acuerdos entre partes sin poder de mercado serán procompetitivos, al generar economías de escala y de alcance así como mejoras técnicas de la producción, mejoras la calidad y/o gama de los productos y ahorros de costes que, sin el acuerdo, tendrían que soportar dos veces. Sin embargo, por encima del umbral del 20 % de cuota de mercado que marca el Reglamento de Exención por categorías esas ventajas tendrán que ser demostradas para justificar la concesión de una exención individual. A estos efectos, no se podrán tener en cuenta aquellas ventajas que sólo benefician a las partes o los ahorros de costes que se deban a la reducción de la producción o al reparto de mercados y que no redunden en beneficio de los consumidores.

En algunos de los casos relacionados con empresas en participación, la Comisión concedió una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 por razones que afectaban en particular al sector de las telecomunicaciones. Así, en una Decisión relacionada con este sector, el asunto “fibras ópticas” (Decisión 86/405/CEE, DO n° L 236 de 22. 8. 1986, p. 30), la Comisión consideró que en este caso la empresa en participación permitía a las empresas europeas producir un producto de alta tecnología lo que promovía el proceso técnico y facilitaba la transferencia de tecnología. Por lo tanto, gracias a la empresa en participación, las compañías europeas podían hacer

³⁷ Los autores (Odriozola-Irisarry-Barrantes, Op. Cit.; Vol. 1; Pág 287; Nota al pie 267) citan los siguientes ejemplos de exenciones individuales concedidas para acuerdos de producción conjunta: **77/543/CEE**: Decisión de la Comisión, de 25 de julio de 1977, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/27 093 - De Laval-Stork) en DO L 215 de 23.8.1977, p. 11/21; **83/390/CEE**: Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1983 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/30.437 - Rockwell/Iveco) en Diario Oficial n° L 224 de 17/08/1983 p. 0019 – 0029; **84/381/CEE**: Decisión de la Comisión de 12 de julio de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV.30.129 - Carlsberg) en Diario Oficial n° L 207 de 02/08/1984 p. 0026 – 0036; **88/469/CEE**: Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.902 - Iveco-Ford) en Diario Oficial n° L 230 de 19/08/1988 p. 0039 – 0046; **91/562/CEE**: Decisión de la Comisión, de 18 de octubre de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.737 - Eirpage) en Diario Oficial n° L 306 de 07/11/1991 p. 0022 – 0033; **93/48/CEE**: Decisión de la Comisión, de 21 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.031 - Fiat/Hitachi) en Diario Oficial n° L 020 de 28/01/1993 p. 0010 – 0013.

frente a la competencia de los productores no comunitarios, especialmente de Estados Unidos y Japón, en un terreno de rápidos avances tecnológicos caracterizada por mercados internacionales. La Comisión confirmó este enfoque también en el asunto “Canon-Olivetti” (Decisión 88/88/CEE, DO n° L 52 de 26. 2. 1988, p. 51).

P.e., podría pensarse en la existencia de eficiencias muy importantes en el caso de un acuerdo de producción común entre *Sogecable* y *Telefónica*, como el desarrollo de una plataforma de TV de pago completamente interactiva.

2. **Carácter indispensable**. El acuerdo de producción, para llegar a obtener la exención individual no debe suscitar más restricciones del juego de la competencia que las estrictamente necesarias para la obtención de los fines que son presupuesto de la exención individual.

P.e., en 93/49/CEE: Decisión de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.814 - *Ford/Volkswagen*) en DO L 20 de 28.1.1993, p. 14/22, la institución hubo de enfrentarse al supuesto de creación de una empresa en participación para la fabricación de un vehículo polivalente en Portugal. La cooperación entre estos dos directos competidores obtuvo la exención atendiendo a que podía dar lugar a la aparición de un producto nuevo de alta calidad adaptado a las particulares necesidades de los consumidores europeos en un segmento del mercado relativamente nuevo con altas barreras de entrada y en un corto periodo de tiempo. Esa indispensabilidad ha llevado a la Comisión en no pocas ocasiones a forzar a las partes a introducir modificaciones sobre la propuesta de empresa en participación; ver: **94/322/CE**: Decisión de la Comisión, de 18 de mayo de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.640 - *Exxon/Shell*) en Diario Oficial n° L 144 de 09/06/1994 p. 0020 – 0036; y Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento no 17 del Consejo relativa al **asunto no IV/E-3/35.841 - *Hydro Texaco Holdings A/S-OK Petroleum AB (Preem)*** en Diario Oficial n° C 047 de 15/02/1997 p. 0003 – 0004.

Vg., afirma la Comisión que no se debería restringir el comportamiento competitivo de las partes por lo que se refiere a la producción no relacionada con la cooperación. En nuestro caso, el acuerdo de producción en común, probablemente, no cumpliría con esta exigencia, toda vez que, por ejemplo, el desarrollo de una plataforma interactiva, probablemente, no exigiría la puesta en común de los derechos sobre contenidos titularidad de ambos operadores.

3. **No eliminación de la competencia**. No podrá ser concedida una exención si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos que conforman el mercado de referencia. Los riesgos de lesión de la competencia dentro del mercado español de la TV de pago resultarían indudables en el caso a que nos venimos refiriendo.

En consecuencia, no podrá ser concedida una exención para aquellos acuerdos de cooperación que entrañen la creación o refuerzo de una posición dominante. En el mismo caso *Ford/Volkswagen* (Op. cit nota al pié 525), pese a que las partes eran competidores con importantes cuotas de mercado, concluyó la Comisión que no quedaba eliminada la competencia respecto de una parte importante del mercado dada

la posición dominante disfrutada por un tercero, en este caso, *Renault*, que ya entonces se encontraba fabricando el vehículo polivalente *Renault Espace*.

(c) Acuerdos de compra

Los acuerdos de compra consistentes en la adquisición colectiva de productos pueden instrumentarse a través de una empresa controlada de forma conjunta (supuesto éste que podría también entrar dentro del ámbito de aplicación del Reglamento europeo de concentraciones y de su Reglamento de aplicación; *Vid Supra*), de una sociedad en la que un gran número de empresas poseen pequeñas participaciones, de relaciones contractuales o de formas más laxas de cooperación. A ellos recurren, por ejemplo, las PYMES interesadas en incrementar el poder negociador en el lado de la demanda [ver también, por ejemplo, el expediente 354/94 (*Electrodomésticos de Alicante*), donde se trataba de un acuerdo de compra conjunta dentro de una cadena de pequeños establecimientos].

Habría que concluir la importancia de estos acuerdos cuando son celebrados entre dos o más operadores dentro del mercado de la TV de pago. La finalidad primordial de esos acuerdos sería la de reforzar la posición negociadora de las partes integrantes de esa plataforma conjunta frente a los proveedores en los mercados ascendentes de los insumos necesarios para la prestación a los usuarios finales de servicios de TV de pago (contenidos o servicios de comunicaciones electrónicas, principalmente). Si nos ceñimos al mercado español, poco sentido tendrían esos acuerdos con relación a los servicios de comunicaciones electrónicas: **(a)** no existe operador de TV de pago con el que *Sogecable* pudiera concertarse para adquirir conjuntamente de *Telefónica* servicios de transmisión de señal audiovisual sobre el par de cobre de esta última (*ONO* cuenta con su propio servicio de transmisión); **(b)** siendo *Sogecable* el único operador de servicios de TV de pago por satélite, tampoco habría quien pudiera coordinarse con ella para adquirir capacidad satelital en este mercado ascendente.

Sin salir de ese mismo mercado español de la TV de pago, cobrarían, en cambio, más sentido los acuerdos de compra conjunta con relación a los contenidos; si bien la situación variaría mucho según nos halláramos ante una u otra clase de éstos. La necesidad de acuerdos de compra conjunta sería casi nula con relación a los canales temáticos y las obras audiovisuales para TV sin valor *Premium* por la existencia de una oferta dispersa o por el alto grado de producción propia de esta clase de contenidos dentro de los propios agentes activos dentro del mercado de la TV de pago (sobre todo *Sogecable* y *Telefónica*). En cambio esa necesidad se tornaría más acuciante con respecto a los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos, con relación a los cuales pueden ser la forma más importante de contrarrestar el elevado poder de mercado que disfrutaban los proveedores en los mercados ascendentes (léase estudios de *Hollywood* o clubes de fútbol o titulares de los derechos sobre los partidos).

Si tomamos el ejemplo español de la plataforma conjunta de adquisición de contenidos *Premium* deportivos (*Audiovisual Sport*), el altísimo grado de integración vertical con *Sogecable* dejaría sin sentido un acuerdo de compra conjunta entre ésta y *Telefónica* para la adquisición de contenidos *Premium* deportivos.

Otro tema distinto, y muy interesante, pero que cae fuera del ámbito de nuestro análisis, es el relativo a los contratos a través de los cuales esos derechos se comercializan. En el asunto *Audiovisual Sport* (sociedad formada en origen por tres sociedades, *Sogecable*, al 40%;

Telefónica, al 40%; y *TV3* al 20%, que tenían en nuestro país la totalidad de los derechos de retransmisión en exclusiva de la Liga y la Copa) se ha intentado en fechas recientes, sin éxito, ya que la pretensión ha sido desestimada en 1ª instancia y en apelación, denunciar la monopolización de estos derechos por parte de *Canal Satélite Digital* (como nudo propietario) y *Audiovisual Sport* (como licenciatario). La práctica abusiva consistiría, presuntamente, en la forma de imponer su voluntad y el contenido de los contratos a una serie de cadenas autonómicas [Vid., a este respecto, la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 67 de Madrid, de 11 de junio de 2003 y la Sentencia que la confirma, la núm. 670/2004 (Sección 18ª), de 13 de octubre, de la Audiencia Provincial].

Podríamos, entonces, centrarnos en ese mismo acuerdo pero respecto de los grandes estudios y los contenidos *Premium* cinematográficos.

Descritos los acuerdos de compra en términos como los de los párrafos anteriores, es pertinente ocuparse de los ***ámbitos que pueden resultar afectados*** por los mismos. En este punto distinguiremos, por una parte, la ***proyección*** horizontal de estos acuerdos de la vertical y, por otra, trataremos de los ***mercados afectados o de referencia***:

1. **Proyección del acuerdo.** Un acuerdo de compra conjunta tendrá unos efectos proyectados en horizontal sobre el mercado en el que actúan los compradores y otros más mediatos de carácter vertical sobre los mercados anteriores y posteriores. Lo anterior lleva a que, ante un acuerdo de esta clase, sea necesaria una valoración inicial de los efectos horizontales conforme a las Directrices sobre cooperación horizontal y, en el caso de que al acuerdo pase esta prueba, otra ulterior de los efectos verticales conforme a las Directrices sobre restricciones verticales. Pasamos a centrarnos en lo primero y, para lo segundo, nos remitimos al estudio de los acuerdos verticales.

Vg., tomando un supuesto ficticio y partiendo de una cláusula de no competencia por virtud de la que varios *majors* norteamericano impongan a una plataforma conjunta de adquisición de derechos sobre contenidos *Premium* cinematográficos conformada por *Sogecable (Digital Plus)* y *Telefónica (Imagenio)* el no adquirir contenidos de otros grandes estudios competidores, habría que comenzar examinando si el acuerdo de compra conjunta entre *Sogecable* y *Telefónica* restringe la competencia y, sólo en caso de que no sea así, habrá que dilucidar si la restricción vertical consistente en la cláusula de no competencia produce o no esos mismos efectos restrictivos.

2. **Mercados afectados.** En cuanto a los mercados afectados, serían estos: (i) el mercado de compra de referencia o mercado directamente afectado (en el ejemplo del párrafo anterior, el mercado nacional de compra de contenidos *Premium* cinematográficos); y (ii) el mercado posterior de venta en el que las partes del acuerdo de compra conjunta actúan como vendedores o mercado indirectamente afectado (también en el mismo ejemplo del párrafo anterior: el mercado nacional de los servicios de TV de pago). Es decir, que un acuerdo entre *Sogecable* y *Telefónica* de compra conjunta de contenidos cinematográficos tendría incidencia sobre el mercado español de la compra de derechos sobre los *films* y podría tenerlos sobre el mercado posterior español de la TV de pago e, incluso, podría tenerla sobre los mercados anteriores de venta de derechos. Nos centraremos sólo en los efectos sobre el mercado posterior de la TV de pago.

Por otra parte, hay que subrayar que la metodología para la definición del mercado pertinente de compra es la misma que para la delimitación del de venta que dejamos ya

estudiada; sólo es necesario invertir los términos del análisis (en el ejemplo, para llegar a la delimitación del mercado de venta de los contenidos *Premium* cinematográficos hay que analizar la posibilidad de que los compradores desvíen sus pedidos hacia productos sustitutivos ante un incremento de precios, IRSNTP; en cambio, para obtener el mercado de compra de esos mismos contenidos *Premium* cinematográficos, habrá que examinar la medida en que los proveedores pueden desviar sus ventas hacia otros compradores ante una reducción de los precios satisfechos) (v. núm. 198 de las Directrices).

El presupuesto del ***poder de mercado***, será necesario que concorra tanto si de lo que se trata es de depurar los efectos anticompetitivos derivados del acuerdo sobre el mercado de compra de referencia, como si lo que se pretende es definir esos mismos efectos sobre el mercado posterior de venta. Para la Comisión, pese a la imposibilidad de fijar categóricamente unos umbrales en esta materia, resultará improbable que exista poder de mercado si las partes del acuerdo disponen de una cuota conjunta inferior al 15 % tanto en el mercado de compra, como en el posterior de venta.

La cuota combinada de las partes en el mercado de compra de referencia será igual al porcentaje que las compras de las partes interesadas representen con relación a las ventas totales del producto o servicio comprado en el mercado en cuestión (en el mismo ejemplo, *Ídem Supra*: se tomará el valor total de las ventas de contenidos *Premium* de cine en nuestro país y se calculará el porcentaje de ese valor que representen las compras realizadas por las partes concertadas horizontalmente en virtud del acuerdo de compra conjunta).

Para todo lo demás tocante a este presupuesto valdrá con que nos remitamos a lo dicho en anteriores epígrafes (manteniéndonos dentro del ejemplo de más arriba, dado que la cuota combinada de *Sogecable y Telefónica*, tanto en el mercado de la compra de contenidos *Premium* de cine como en el de la TV de pago, superaría con mucho el umbral del 15 %, sería necesario pasar a valorar los eventuales efectos anticompetitivos derivados del acuerdo de compra conjunta conforme a lo que pasa a decirse). También en el expediente 345/94 del TDC (asunto de las Máquinas recreativas) se entendió que la asociación que funcionaba en funciones de central de compras no era incardinable dentro del Art. 1 de la LDC como práctica restrictiva atendida la ausencia de poder de mercado. Al contrario, en el Expediente A 211/97 *COFAS*, la existencia de ese poder de mercado conjunto disfrutado por las partes determinaba la prohibición del acuerdo de compra conjunta.

Conforme a la sistemática a que nos venimos sujetando, el paso siguiente será el de decantar los ***efectos anticompetitivos*** específicamente vinculados a los acuerdos horizontales de adquisición conjunta (a los que habrá que añadir, modulándolos, los generales de las restricciones horizontales estudiados más arriba) y ligar esos efectos a los factores ***más pertinentes para su ponderación*** (incluido el de la intensidad del poder de mercado). Así:

1. **La reducción de precios.** Este sería el efecto más inmediato derivado del incremento del poder de compra inherente a un acuerdo de compra conjunta. El poder negociador del lado de la demanda, incrementado a consecuencia del acuerdo de compra conjunta, permite a las partes ejercer presión en sentido ascendente sobre los proveedores para obtener una rebaja de precios. Sobre un acuerdo de compra conjunta que incrementaba el poder de compra, ver 91/130/CEE: Decisión de la Comisión, de 19 de febrero de 1991, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE

IV/32.524 - *Screensport*/Miembros de la UER (Diario Oficial nº L 063 de 09/03/1991 p. 0032 – 0044). Como factores de evaluación habría que destacar:

a) *El poder de mercado.* Cuanto mayor sea ese poder de mercado del lado de la demanda, poder de compra, mayor será el riesgo de que los precios queden reducidos por debajo de un nivel competitivo sin perjuicio de que otros factores concurrentes como, p.e., unos niveles bajos de concentración del mercado de compra de referencia (IHH muy por debajo de 1.000) o el elevado poder de mercado de los proveedores sirvan para matizar ese riesgo. En nuestro caso, el elevadísimo poder de mercado de los *majors* estadounidenses casi valdría ya para llegar a neutralizar este efecto anticompetitivo.

b) *Naturaleza del acuerdo.* Un segundo factor de valoración será el genérico que se viene reiterando de la naturaleza del acuerdo, de modo que no será necesaria la valoración de efectos sobre el juego de la competencia – si bien por razones diferentes (*Vid Supra*) – cuando nos enfrentemos a acuerdos anticompetitivos por su objeto ni cuando se trate de acuerdos de compra conjunta de los que nunca perjudican el juego de la competencia conforme al criterio de la Comisión. Estos últimos son, sobre todo, los que median entre partes competidoras en los mercados de compra, pero que no llegan a competir en los posteriores de venta (por ejemplo, si de las partes coordinadas a través una plataforma conjunta de adquisición de contenidos *Premium* de la clase que sea, una actúa como operador de TV de pago y la otra sólo como mero revendedor a operadores de TV de pago de los contenidos adquiridos). Vg., en el asunto *Screensport*/Miembros de la UER (Op. cit.), la Comisión entendió que el canal de deportes *Screensport* competía en los mercados descendentes con otra de las partes del acuerdo, *Sky*. También, ciertamente, en el caso a que nos venimos refiriendo, *Telefónica* y *Sogecable* competirían en el mercado, posterior al de compra, de los servicios de TV de pago en España.

c) *Rebaja de precios aguas abajo.* Un tercer factor de ponderación será el constituido por el traslado de la reducción de precios por las partes del acuerdo de compra a sus propios clientes en el mercado posterior de venta, lo que difícilmente tendrá lugar si dichas partes ocupan una posición de poder en ese mercado posterior (no estarán incentivadas para trasladar las eficiencias en sentido descendente beneficiando, en último extremo, a los consumidores) o si comparten una elevada proporción de sus costes en virtud del acuerdo de adquisición conjunta (será más probable que se coordinen en el mercado posterior de venta, asimilándose esta situación a la de los acuerdos de producción conjunta que estudiamos más arriba). Estos factores valdrían ya para descartar que las partes de nuestro acuerdo, *Telefónica* y *Sogecable*, en el caso de obtener una rebaja de precios, tuvieran incentivos para trasladarla a los abonados a TV de pago.

2. **Exclusión de competidores.** Este efecto podrá derivarse bien del bloqueo del mercado de compra de referencia (si las partes del acuerdo, dada su fuerte posición, logran vetar el acceso de los competidores al mercado de compra) bien del posterior de venta (donde los suscriptores del acuerdo de compra conjunta pueden incrementar los costes de sus competidores ya sea porque estos no tengan acceso a proveedores eficientes en el mercado anterior de compra ya porque, en este último mercado, los proveedores quieran compensar la minoración de los precios aplicados a las partes del acuerdo de compra conjunta con una subida de los precios aplicados a los competidores de estos

últimos). En nuestro caso, el efecto del acuerdo de compra conjunta podría ser el de excluir a *ONO* del mercado de compra de derechos cinematográficos y también del de la TV de pago, si, por ejemplo, los grandes estudios decidieran aplicarle tarifas más elevadas para compensar la rebaja obtenida por la plataforma de compra conjunta.

Cabría aquí remitirse a lo dicho en el número anterior respecto a los diversos factores de evaluación. En cuanto al factor del *poder de mercado* citado en el párrafo anterior, el riesgo de bloqueo de cualquiera de esos dos mercados será directamente proporcional al grado de poder que las partes disfruten en cada uno de ellos. En cuanto al de la *naturaleza del acuerdo*, valdrá con una remisión a lo dicho en ese mismo número anterior. Respecto al tercero, la *rebaja de precios aguas abajo*, la ausencia de un traslado de la reducción de precios en sentido descendente se hará más evidente en una situación de bloqueo de los mercados directa o indirectamente afectados en la que queden excluidos los competidores.

3. *Otros efectos anticompetitivos*. Bajo esta rúbrica cabría encuadrar algunas otras disfunciones asociadas a los acuerdos de compra tales como rebajas de la calidad, recortes en el suministro o disminución de la innovación que podrán darse tanto en el mercado de compra de referencia (donde los proveedores cautivos de las partes del acuerdo de compra tendrán pocos incentivos para mejorar esos parámetros de la calidad, la producción o la innovación, dado que ello no les reportará mayores ingresos), como en el posterior de venta en el que podrá producirse un resultado colusorio entre las partes del acuerdo (en él las partes, especialmente si tienen poder de mercado y comparten importantes costes, tampoco estarán estimuladas para incurrir en los mayores gastos asociados a esa mejora y, en general, buscarán coordinarse). Valdrá, en lo demás, lo dicho en los dos números anteriores respecto a los *factores de evaluación*. Lo anterior no sería muy factible en el caso que venimos refiriendo, pero si cabría imaginar otros sin salir del mercado español de la TV de pago. Vg., partiendo de un acuerdo de compra conjunta de canales temáticos celebrado por los dos únicos operadores de TV de pago, ni los editores de esta clase de canales buscarán, en el mercado anterior de compra, mejorar su calidad o incrementar su cantidad ni los operadores de TV pago tendrán tampoco, en el posterior de venta de servicios de TV de pago, interés alguno por aumentar o mejorar los canales integrados en su parrilla de programación.

En cuanto a la posible concurrencia de una *exención individual*, la misma se someterá a las condiciones generales del Art. 101.3 TFUE (v. Aps. 217 a 220 de las Directrices), es decir:

1. *Ventajas económicas*. Por regla general, los acuerdos de compra conjunta pueden generar ahorros de costes tales como precios de compra más bajos o menores costes de transacción, transporte y almacenamiento, lo que hace posible obtener economías de escala. Además, los acuerdos de compra conjunta pueden dar lugar a mejoras cualitativas de la eficiencia incitando a los proveedores a innovar y lanzar a los mercados productos nuevos o mejorados. La valoración de estas eficiencias deberá ponderarse muy bien en el caso de que las partes disfruten de poder en el mercado de compra o en el posterior de venta, sin que, en ningún caso, deban tomarse en cuenta aquellas eficiencias que respondan al mero ejercicio del poder de compra de las partes del acuerdo y cuyos efectos beneficiosos no terminen de trasladarse a los consumidores a consecuencia del poder disfrutado por esas mismas partes en el mercado posterior de venta.

En el asunto del ácido sulfúrico, la Comisión concedió una exención a un acuerdo de compra conjunta de azufre concertado por la mayoría de los productores de ácido sulfúrico. El azufre constituía en torno al 80 % de los costes de producción del ácido sulfúrico y las partes del acuerdo cubrían todas sus necesidades en cuanto a la adquisición de azufre a través del *pool*, sin embargo la existencia de una fuerte competencia en el mercado aguas abajo de la venta de ácido sulfúrico y de sus derivados garantizaba que los beneficios obtenidos con el acuerdo de compra conjunta fueran, finalmente, trasladados al consumidor final [80/917/CEE: Decisión de la Comisión, de 9 de julio de 1980, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/27.958 - *National Sulphuric Acid Association*) -DO L 260 de 3.10.1980, p. 24/33; y 89/408/CEE: Decisión de la Comisión, de 9 de junio de 1989, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/27.958 - *National Sulphuric Acid Association*) - DO L 190 de 5.7.1989, p. 22/25].

En el caso de la plataforma de compra conjunta de *Sogecable* con *Telefónica*, podría pensarse, p.e., en que el acuerdo de compra conjunta permitiera que los abonados disfrutasen de contenidos que, de otra manera, no cabría que los operadores de TV de pago pudieran insertar en su parrilla de programación o que afrontasen cuotas de abono más reducidas por el traslado de la reducción de precios en sentido descendente o el de que los operadores de TV de pago compartieran importantes partidas de costes. Sin embargo, ya vimos que resultaría improbable, por muy diversos motivos, que tales ventajas pudieran llegar a darse en nuestro caso.

2. **Carácter indispensable.** Para que el acuerdo de compra conjunta pueda ser considerado exento el mismo deberá ser imprescindible para la consecución de las ventajas económicas que son su presupuesto y que, como hemos visto, se asocian a la obtención de economías de escala.

En el mismo asunto del ácido sulfúrico (*ibidem*) la Comisión fue de la opinión de que el acuerdo por el que las partes debían adquirir como mínimo un 25 % de sus necesidades de azufre a través de dicho consorcio era indispensable para programar sus pedidos anuales y para fortalecer la posición e imagen de esa plataforma de compra conjunta frente a los proveedores de azufre que eran pocos y con un gran poder de mercado (en la práctica ese porcentaje se elevaba al 100 %, si bien pesó en el ánimo de la Comisión la posibilidad de que cada una de las partes pudiera llegar a cubrir por su cuenta hasta un 75 % de sus necesidades).

Puesto en otros términos, el acuerdo de compra debe ser el único modo de obtener un volumen de compra que permita a las partes entrar en esas economías de escala, lo que deberá ser objeto de valoración en el contexto del concreto asunto. Admitiendo a efectos dialécticos, que llegara a darse alguna ventaja en el ejemplo a que nos venimos refiriendo, sí podría llegar a defenderse el carácter indispensable del acuerdo conforme a lo que acaba de señalarse.

Como notan los autores (Odriozola y otros, Tratado de Derecho de la Competencia, Pág. 291; Op. Cit.), la Comisión refiere este presupuesto de la indispensabilidad al acuerdo de compra conjunta que implique exclusividad, es decir, al que veta a los miembros del acuerdo la posibilidad de comprar al margen de la plataforma de adquisición conjunta. Sin embargo, debe recordarse que, de acuerdo con la doctrina de

las autoridades de la competencia, no siempre esta exclusividad estará investida de ese carácter indispensable.

P.e., en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de diciembre de 1994 (*Gøttrup-Klim y otros Grovvareforeninger contra Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*. Petición de decisión prejudicial: *Østre Landsret* - Dinamarca. Competencia - Agricultura - Reglamento nº 26 - Sociedad cooperativa de compras - Exclusión de los socios que efectúen compras paralelas - Infracción del apartado 1 del artículo 85 - Abuso de posición dominante; Asunto C-250/92; Recopilación de Jurisprudencia 1994 página I-05641), se entendía que la prohibición del Art. 81 (101 actual) no resultaba ser de aplicación a una sociedad cooperativa de compras que prohibía a sus miembros integrarse en otras formas de cooperación organizada que hicieran competencia directa a aquélla cuando esta restricción se limitara a lo estrictamente indispensable para preservar el buen funcionamiento de la cooperativa y mantener su poder de contratación frente a los productores.

3. **No eliminación de la competencia**. No será posible la exención si se permite a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión mediante la creación o refuerzo de una posición dominante conjunta. Esta evaluación debe referirse tanto al mercado de compra como al posterior de venta. En principio, si las cuotas conjuntas de las partes en esos mercados denotan la existencia de una posición dominante, sólo será posible apreciar la concurrencia de exención si se dieran circunstancias que la compensen, tales como un fuerte poder de mercado de los proveedores en el mercado de compra o la existencia de una fuerte competencia potencial en los mercados descendentes de venta que los haga muy expugnables.

P.e., en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2002, *Métropole* c. Comisión, asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00, se anuló la exención concedida por la Comisión al sistema de adquisición en común de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos de la UER, a pesar de que se preveía un régimen de sublicencias a favor de terceros no miembros de la UER, porque tal sistema implicaba la eliminación de la competencia en el mercado ascendente de la adquisición de tales derechos y también en el descendente de la retransmisión de acontecimientos deportivos.

La aplicación de estos criterios podría permitirnos concluir que la plataforma de compra conjunta de *Sogecable* con *Telefónica* supondría una importante eliminación del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de TV de pago.

(d) Acuerdos de comercialización

Dentro de la amplia categoría de los acuerdos de comercialización se incluyen los casos de cooperación entre competidores para la **promoción o publicidad** de sus productos³⁸, para su **distribución**, para su **venta** o para la prestación de **servicios postventa**.

Tras haber transcurrido el periodo de vigencia de las condiciones impuestas por el Gobierno en relación con la llamada “fusión digital” en nuestro país, se planteaba un escenario donde eran probables los acuerdos de comercialización conjunta entre *Sogecable* y *Telefónica* de sus servicios de TV de pago sobre plataforma de satélite (*Digital Plus*) y ADSL (*Imagenio*), respectivamente, con vistas a enfrentar la competencia creciente procedente, sobre todo, del sector del cable encarnado fundamentalmente en *ONO* (de hecho, llegó a tramitarse ante la CNC el Expediente: S/0020/07 bajo el nombre de *Trio Plus* por una supuesta práctica restrictiva consistente en el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento).

En cuanto a la cooperación horizontal consistente en acuerdos de comercialización celebrados dentro del mercado de la TV de pago, dichos acuerdos se situarían en un estadio posterior al ocupado dentro de la cadena de valor por los acuerdos de compra conjunta (adquisición de insumos para TV de pago) y de producción (producción del servicio de TV de pago). En criterio de la Comisión, aún cuando esos otros acuerdos puedan llegar a hacerse extensivos a la fase de comercialización, ello no los desnaturalizará, de modo que tendrán que seguir siendo examinados a la luz de los criterios arriba expuestos.

Ciñéndonos a la cooperación horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica*, supondrían los acuerdos de comercialización que ambos operadores de TV de pago, aun manteniendo cada uno la titularidad sobre su propio servicio de difusión, se pusieran de acuerdo para, de modo conjunto, promocionarlos, distribuirlos, venderlos o prestar servicios postventa (“servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV de pago”). De los anteriores: **(a)** los de venta conjunta, implicarían que ambos operadores llegaran a ponerse de acuerdo sobre el precio y todas las demás condiciones de comercialización de sus respectivos servicios de difusión, *Imagenio* y *Digital Plus*; **(b)** los de promoción conjunta consistirían, sencillamente, en que los publicitaran de modo conjunto; **(c)** los de prestación conjunta de servicios postventa podrían no ser especialmente útiles al ser diferentes los necesarios para la plataforma satelital de *Digital Plus* y los relacionados con la RTPC en la que se basa *Imagenio*; y **(d)** los de distribución conjunta, en cambio, serían estratégicamente muy interesantes y supondrían que la plataforma satelital pudiera ser empleada para difundir *Imagenio* o que el par de cobre de *Telefónica* pudiera llegar a servir para difundir *Digital Plus*.

³⁸ Sobre cooperación horizontal para la promoción o publicidad de productos o servicios ver, p.e.: **70/346/CEE**: Decisión de la Comisión, de 39 de junio de 1970, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado (IV/412 - A.S.B.L. para la promoción del tubo de acero soldado eléctricamente) en Diario Oficial n° L 153 de 14/07/1970 p. 0014 – 0016; **85/76/CEE**: Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/28.930 - Milchförderungsfonds) en Diario Oficial n° L 035 de 07/02/1985 p. 0035 – 0042; **86/399/CEE**: Decisión de la Comisión de 10 de julio de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.371 - Revestimientos asfálticos) en DO L 232 de 19.8.1986, p. 15/33; **Expte. A 222/97** del TDC (Películas de vídeo) donde se entendía que la realización de una campaña publicitaria corporativa para estimular el alquiler de películas de vídeo no restringía la competencia.

Partiendo de la escasa incidencia de los acuerdos de comercialización enumerados bajo las letras “b” y “c”, podríamos centrar nuestras consideraciones en los de venta conjunta y en los de distribución conjunta. De las diferentes clases de acuerdos de comercialización, los que entrañarían un grado más intenso de coordinación serían precisamente esos y, por encima de todos, los de venta conjunta. Un caso de venta conjunta era, por ejemplo, el de la creación por parte de *BT* y *BSkyB*, principalmente, de una empresa conjunta, *BiB*, para la prestación de servicios de TV digital interactiva. Este caso será objeto de un especial tratamiento en el apartado referido al mercado de los servicios de TV digital interactiva {1999/781/CE: Decisión de la Comisión, de 15 de septiembre de 1999, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto IV/36.539 - *British Interactive Broadcasting/Open*) [notificada con el número C (1999) 2935] - Diario Oficial n° L 312 de 06/12/1999 p. 0001 – 0037}.

En cuanto a los primeros de los acuerdos mencionados, los de venta conjunta, en la práctica, parece improbable que la cooperación entre *Sogecable* y *Telefónica* pudiera llegar al extremo de la venta conjunta (de hecho, en los acuerdos de cooperación referidos en prensa, cada compañía facturaba sus servicios por separado), sin embargo, en un plano más teórico, nada impediría que lo anterior pudiera llegar a darse (otra cosa sería que esa cooperación horizontal pudiera llegar a pasar el filtro de las autoridades de la competencia).

Los acuerdos de distribución conjunta participan de la doble naturaleza de restricción horizontal y vertical: la primera, porque se dan entre competidores dentro del mismo mercado de producto, y la segunda, porque cada uno de esos competidores actúa como distribuidor de los productos del otro. Lo anterior justificará que una primera aproximación al acuerdo haya de hacerse desde el prisma que ofrecen las Directrices sobre cooperación horizontal y, en el caso de que dicho acuerdo pase esta prueba, que deba hacerse una valoración posterior conforme a las Directrices sobre restricciones verticales. Así, por ejemplo, si *Sogecable*, que compite con *Telefónica* en el mercado de la TV de pago, dada la mayor cobertura ofrecida por su plataforma de TV por satélite, comienza a distribuir *Imagenio* en las zonas no cubiertas por la red capilar de la propia *Telefónica*, este acuerdo de distribución conjunta deberá pasar ese doble test de las Directrices sobre restricciones horizontales y verticales. Aquí, sin embargo, nos centraremos en el test horizontal.

Los **ámbitos** que podrán salir afectados por el acuerdo de comercialización aluden al **mercado directamente afectado** y a los **mercados afectados indirectamente**:

1. **Mercado directamente afectado.** Se trata del mercado geográfico de referencia correspondiente al producto directamente afectado por el acuerdo.
2. **Mercados indirectamente afectados.** Aquí quedará comprendido cualquier mercado vecino y estrechamente vinculado al directamente afectado que resulte afectado indirectamente por el acuerdo dada la probabilidad de coordinación, también en él, del comportamiento de las partes.

Partiendo del ejemplo del acuerdo de comercialización conjunta por parte de *Telefónica* y *Sogecable* de sus ofertas de TV de pago, mercado de referencia será el nacional de los servicios de TV de pago y mercado indirectamente afectado podría ser el anterior de la adquisición de contenidos *Premium* donde ambas partes podrían llegar también a coordinarse aun sin llegar al extremo de la compra conjunta.

En lo que se refiere al presupuesto del *poder de mercado*, para la Comisión podrá empezar a plantearse su concurrencia a partir de una cuota combinada de las partes por encima del umbral del 15 % ya sea en el mercado de referencia o en el indirectamente afectado. Valdrá, en lo demás, con que nos remitamos a las consideraciones realizadas a título general con relación a este presupuesto. En un ejemplo como el que acabamos de poner en el párrafo anterior ese umbral del 15 % será probablemente rebasado en los mercados considerados, de donde cabría inferir que las partes del acuerdo dispondrían de poder de mercado.

Pasando ya – conforme a la sistemática habitual – al estudio de los *efectos* y *factores para su ponderación* específicamente ligados a los acuerdos de comercialización (al margen de los generalmente asociados a las restricciones horizontales que se dejaron ya estudiados), serían estos:

1. ***Fijación de precios.*** Este efecto lo producirán directamente los acuerdos de venta conjunta en los que las partes, de común acuerdo, establecen los precios de esa venta. El mismo habrá de ponderarse a la luz del presupuesto del poder de mercado y del factor de la naturaleza del acuerdo: por lo general, los acuerdos que tienen por objeto la fijación de los precios de venta se consideran ilegales sin más; sin embargo, en este caso de la venta conjunta la Comisión considera que, si la cuota combinada de las partes no rebasa el umbral citado más arriba del 15 %, el acuerdo individual podrá beneficiarse de la exención individual prevista en el Art. 101 ap. 3 TCEE (que no debe confundirse con la exención por categorías).

Puede verse, p.e., 72/23/CEE: Decisión de la Comisión, de 16 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (IV/23.514 - *SAFCO*) en Diario Oficial n° L 013 de 17/01/1972 p. 0044 – 0046. Se trataba de la creación de una empresa para la venta de alimentos vegetales en conserva en otro estado miembro (Alemania). En este caso no se trataba de que la Comisión hubiera otorgado una exención individual sino, y antes bien, de que la misma hubiera emitido una declaración negativa al tratarse de una conducta de menor importancia dado el escaso poder de mercado de las partes del acuerdo que eran empresas de reducida dimensión. Por esta razón, se descartó que el acuerdo de cooperación pudiera llegar a entrañar una restricción sensible al juego de la competencia.

Por regla general, la fijación de precios sólo será merecedora de exención individual cuando sea indispensable para la integración de las actividades de comercialización de las partes. Para dictaminar sobre lo anterior podrá atenderse al porcentaje que las actividades de comercialización representan dentro de la estructura de costes globales del producto en cuestión. Este porcentaje será, por ejemplo, mayor en el caso de bienes de consumo de amplia difusión que en el caso de maquinaria industrial que sólo adquieren un número reducido de usuarios de donde cabría extraer que, sólo en el caso de los primeros, la existencia de una fijación de precios podría impedir la concesión de una exención individual.

Por otra parte, si la comercialización conjunta se limita a una agencia de ventas sin inversión alguna, sea probable que se trate de un cártel encubierto que, por tanto, no pueda satisfacer los requisitos del apartado 3 del artículo 81 (Art. 101.3 TFUE; *vid* considerando 153 de las Directrices).

Fuera de las anteriores excepciones, los acuerdos que tengan por objeto la limitación de los precios serán automáticamente considerados ilegales sin necesidad de ulteriores valoraciones de sus efectos anticompetitivos.

Vg., para que la venta conjunta por parte de *Sogecable* y *Telefónica* de sus servicios de TV de pago, con fijación en común de precios, no fuera considerada ilegal de modo automático y para que pudiera ser, en consecuencia, objeto de exención individual sería necesario que la cuota combinada de ambas partes en el mercado de la TV de pago no excediera de ese umbral del 15 %; lo que, claramente, no se daría.

2. **Limitación de la producción.** Este efecto irá asociado al anterior de la fijación de precios, por lo que se dará también en los acuerdos de venta conjunta en los que la coordinación de la política de precios de los fabricantes competidores irá acompañada, normalmente, de restricciones relativas a los volúmenes de producción. En la medida en que el trato que se da a los acuerdos que persiguen la limitación de la producción se equipara al dispensado a los acuerdos cuyo objeto es la fijación de precios valdrá con que nos remitamos íntegramente a lo dicho en el número anterior. En el ejemplo de la venta conjunta por *Telefónica* y *Sogecable* de sus servicios de TV de pago, no sería descartable que llegara a limitarse la cantidad de contenidos puestos a disposición del público y su atractivo.
3. **Reparto del mercado.** Este efecto de reparto del mercado se dará sobre todo en los acuerdos de distribución entre competidores activos en diferentes ámbitos territoriales, especialmente si se trata de acuerdos de distribución recíproca donde cada una de las partes distribuye los productos de su competidora en su propia área geográfica. Como señala Wish R. (*“Competition Law”*, 4th edn., chapter 13, *“Horizontal agreements (I) – cartels”*, p. 426), el establecimiento de cuotas de mercado o el reparto de mercados puede ser un modo indirecto prohibido de fijación de precios: *“Indeed, agreements to divide markets or produce fixed quotas can in a sense be seen as covert price-fixing agreements, in that they limit the extent to which firms can compete with one another on price”*.

En los de distribución no recíproca también podrá llegar a darse lo anterior si el acuerdo encubre un compromiso de una de las partes de no entrar en el mercado de la otra o constituye un medio de controlar el acceso o la competencia potencial en el mercado importador. Por lo demás, y dado que el tratamiento que se da a los acuerdos que persiguen este efecto especialmente grave es equiparable al que se da a los acuerdos referidos en los dos números anteriores valdrá con hacer una remisión a lo dicho en ellos.

En el ejemplo de distribución unilateral puesto más arriba, donde *Sogecable* distribuía *Imagenio*, a través de su plataforma de TV por satélite, allí donde *Telefónica* no alcanzara con su par de cobre, pudiera tal acuerdo llegar a ser considerado ilegal si tras él latiera el compromiso de la propia *Telefónica* de no extender su red en esa zona no cubierta por la misma.

4. **Intercambio de información comercial.** Este efecto, consistente en el intercambio de información comercial de carácter confidencial entre las partes del acuerdo relativas, sobre todo, a estrategias de mercadotecnia y precios es característico de los acuerdos de comercialización conjunta diferentes de los de venta conjunta, cuyos efectos van

mucho más allá del simple intercambio de información comercial y tienden a absorberlos y superarlos.

Así ocurría, en efecto, en la Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento no 17 del Consejo sobre el asunto no IV/34.563 – *ECOMET* (Diario Oficial n° C 223 de 29/08/1995 p. 0002 – 0013). El supuesto era el de que unos veinte institutos meteorológicos nacionales europeos creaban una empresa en participación para la venta conjunta de informes meteorológicos. Se trataba de que esa plataforma de venta conjunta ayudara a sufragar los costes de una infraestructura de ámbito europeo dirigida a recabar informaciones meteorológicas. La Comisión aprobó la operación subordinándola a la implantación de determinados métodos de contabilidad analítica, la libertad de los miembros de *ECOMET* para fijar individualmente sus precios y la posibilidad de que los terceros pudieran acceder a la información. Bajo estas premisas, entendió la Comisión que el intercambio recíproco y gratuito de informaciones entre los diversos institutos meteorológicos nacionales, cualquiera que fuera la finalidad para la que dicho intercambio se realizara, no restringía la competencia en el sentido del Art. 81.

Como factores de valoración especialmente conducentes cabría citar en este caso:

a) Poder de mercado y grado de concentración. Un factor primordial de ponderación de este efecto será, como es habitual, el del poder de mercado y el asociado a él del grado de concentración del mismo: cuanto más concentrado esté el mercado y mayores sean las cuotas y el poder de las partes en el mismo, más útil resultará el intercambio de información y más motivadas estarán las partes para ese intercambio [Las sentencias de 28 de mayo de 1998 en los asuntos “Tractor” (C-8/958 P: *New Holland Ford* y C-7/95 P: *John Deere*) y de 11 de marzo de 1999 en los asuntos “Steel Beams” (T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 y T-157/94) brindan aclaraciones útiles a este respecto].

Vg., un acuerdo de comercialización por el que *Telefónica* y *Sogecable* se comprometían a promocionar y publicitar en común sus servicios de TV de pago sin llegar al extremo de la distribución o de la venta conjunta, dado su poder en un mercado concentrado como es el de los servicios de TV de pago, propiciará ese intercambio de información sensible.

b) Naturaleza del acuerdo. A diferencia de los acuerdos que persiguen los efectos referidos en los tres números anteriores, los cuales serán automáticamente ilegales si se rebasa el umbral de cuota del 15 %, los que tienen el objeto o efecto del intercambio de información pueden entrar en cualquiera de las otras dos hipótesis posibles, a saber: **(i)** acuerdos que en ningún caso tendrán la consideración de ilegales, dentro de los cuales se incluirán aquellos acuerdos de comercialización que constituyan para las partes la única forma de abrirse la puerta de entrada al mercado de producto al que no podrían acceder aisladamente; y **(ii)** acuerdos que podrán o no tener esa consideración dependiendo de las circunstancias, dentro de los cuales se incluirán todos aquellos no incluidos en el inciso anterior y que además no persigan ninguno de los efectos especialmente graves enunciados en los tres números anteriores.

Dentro de los primeros podría citarse el caso de los consorcios que permiten a las empresas participantes presentar ofertas verosímiles para proyectos que no podrían

llevar a cabo o en los que les estaría vetado el participar individualmente [así, p.e., en **88/568/CEE**: Decisión de la Comisión de 24 de octubre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.437/8 - *Eurotunnel*) en Diario Oficial n° L 311 de 17/11/1988 p. 0036 – 0039 y en **90/446/CEE**: Decisión de la Comisión, de 27 de julio de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.688 - consorcio ECR 900) en Diario Oficial n° L 228 de 22/08/1990 p. 0031 – 0034]. En cambio, se rechazó que una empresa conjunta de exportación fuera la única vía de acceder al mercado comunitario en **91/301/CEE**: Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.016 - *ANSAC*) en Diario Oficial n° L 152 de 15/06/1991 p. 0054 – 0060.

5. **Puesta en común de costes**. Este efecto, característico, al igual que el anterior, de todos aquellos acuerdos de comercialización que no sean los de venta conjunta, en los que va de suyo, supone que, dependiendo de la estructura de costes de la comercialización, las partes pueden compartir una proporción importante de sus costes finales y, como consecuencia de ello, verse limitado el alcance real de la competencia de precios en la fase de las ventas finales. Dado que los acuerdos que persiguen este efecto no tendrán por qué quedar inscritos en la categoría de los especialmente graves considerados ilegales de modo automático, es dable que nos remitamos íntegramente a lo dicho en el número anterior.

P.e., partiendo de un acuerdo de distribución – en el que no se persiga un reparto del mercado ni una fijación de precios ni una limitación de la producción - por el que dos organismos cualesquiera de radiodifusión de pago se pongan de acuerdo para distribuir sus canales a través de una plataforma de cable o de satélite determinada compartiendo los costes de esa distribución, ello determinará una disminución de la competencia por la vía de precios en la entrega de los servicios de TV de pago a los destinatarios de estos últimos.

A diferencia de lo sucedido con otros acuerdos de cooperación horizontal (ver más arriba), no hay prevista para los acuerdos de comercialización exención por categorías. Y en lo que atañe a la ***exención individual***, cabría hacer las siguientes observaciones. Hemos visto que cuando la cuota de mercado combinada de las partes se sitúe por debajo del umbral del 15 % determinados acuerdos de comercialización, aun siendo constitutivos de cártel (fijación de precios, reparto de mercados, limitación de la producción, etc.), podrán llegar a beneficiarse de la exención individual mientras que, en los que no den lugar a un cártel, esa exención ni tan siquiera sería necesaria pues no habría llegado a darse el presupuesto del poder de mercado. Por encima de ese umbral del 15 %, los acuerdos de comercialización que entrañen cártel no podrán llegar a beneficiarse de la exención individual, mientras que los demás sin esa cualidad sí. Para un caso de exención individual para un acuerdo de comercialización en un mercado altamente concentrado [ver Decisión de la Comisión, de 07/08/2002 por la que se declaraba la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común, Asunto no COMP/M.2838 - P & O *Stena Line (Holding Limited)*, sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo en DO C 206 de 30.8.2002, p. 5/5]. Las partes alcanzaban un acuerdo para prestar conjuntamente servicios de trasbordo en el Canal de la Mancha, sin embargo descartó la Comisión el riesgo de coordinación entre, por un lado, los suscriptores del acuerdo y, por otro, la empresa *Eurotúnel*.

La valoración de si se dan o no los presupuestos de la exención individual se sujetará a las condiciones generales del Art. 101.3 TFUE (v. Aps. 151 a 155 de las Directrices), es decir:

1. **Ventajas económicas.** Estas ventajas o eficiencias habrán de ser, en todo caso, comprobables, por ejemplo, porque exista una aportación significativa de capital, tecnología u otros activos por ambas partes o porque exista un ahorro de costes mediante la reducción de la duplicación de recursos e instalaciones, y siempre, claro está, que de ellas se beneficien los consumidores. Por tanto, no basta con el incremento de poder de mercado asociado a la eliminación de la competencia entre las partes del acuerdo de comercialización, sino que se exige un plus asociado a la creación de sinergias ligadas a la integración de actividades de comercialización de esas mismas partes.

Ver, por ejemplo, **2003/300/CE**: Decisión de la Comisión, de 8 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C2/38.014 — IFPI “Emisión simultánea”) [notificada con el número C(2002) 3639] en Diario Oficial n° L 107 de 30/04/2003 p. 0058 – 0084, donde se trataba de acuerdos de ventanilla única para las licencias que permitirían difundir música de radio y TV a través de Internet. Puede verse también **Expte. A 183/96** (*Franquicia Hotelera B. W.*), donde el TDC entendió que la comercialización en común, el establecimiento de programas de calidad y el uso de una central de reservas en el ámbito de una cadena de hoteles, máxime cuando los socios mantendrían su independencia e identidad corporativa, estimulaba y favorecía la competencia.

Ciertamente, esta ventaja podría llegar a darse en nuestro ejemplo; bastaría pensar en la no duplicación de coberturas por ambas plataformas, satélite y cable, que podría hacer imaginar la existencia de importantes ahorros de costes.

2. **Carácter indispensable.** Un acuerdo de comercialización no podrá acogerse a una excepción si impone restricciones que no sean indispensables para alcanzar las ventajas antes mencionadas. Esta indispensabilidad puede concurrir sólo en una primera fase de lanzamiento del producto, transcurrida la cual será ya razonable que los clientes puedan llegar a adquirirlo de una u otra de las partes del acuerdo según prefieran.

Puede verse, por ejemplo, **77/543/CEE**: Decisión de la Comisión, de 25 de julio de 1977, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/27 093 - *De Laval-Stork*) en DO L 215 de 23.8.1977, p. 11/21; o también **84/381/CEE**: Decisión de la Comisión de 12 de julio de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV.30.129 - *Carlsberg*) en Diario Oficial n° L 207 de 02/08/1984 p. 0026 – 0036.

Como observan los autores (Odriozola y otros; Op. cit.; pág. 297), en ocasiones, ese carácter indispensable vendrá dado por la propia dimensión internacional del mercado geográfico que justificará la creación de una red comercial de esa misma dimensión. Por ejemplo, en la decisión de la Comisión de 12 de julio de 1989 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/30.566 - *UIP*) (89/467/CEE) en DO L 226 de 3.8.1989, p. 25/34: *Paramount, Universal y MGM* celebraban un acuerdo para la distribución conjunta de largometrajes para exhibición cinematográfica en todo el mundo y la Comisión concedió la exención. En el caso de

un acuerdo de comercialización entre *Sogecable* y *Telefónica*, muy probablemente habría formas menos restrictivas para el juego de la competencia de obtener las eficiencias.

3. **No eliminación de la competencia**. No será posible la exención si se permite a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión. Para decidir sobre lo anterior, podrán tomarse las cuotas de mercado conjuntas de las partes para, a continuación, evaluar si las mismas reflejan una posición dominante y calibrar la concurrencia de factores atenuantes, como la ausencia de barreras de entrada especialmente significativas. Si el acuerdo de comercialización lleva a que una empresa sea dominante o se haga dominante será muy improbable que el acuerdo llegue a beneficiarse de una exención individual. Ver, por ejemplo, para el caso de un acuerdo de comercialización conjunta en un mercado muy concentrado que llevaría a la colusión expresa o tácita en materia de precios, **91/301/CEE**: Decisión de la Comisión, de 19 de diciembre de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.016 - *ANSAC*) en Diario Oficial n° L 152 de 15/06/1991 p. 0054 - 0060. También este presupuesto de la eliminación de la competencia dentro del mercado de la TV de pago resultaría indudable en el ejemplo a que nos hemos venido refiriendo.

vii) Sobre el análisis del mercado de la televisión de pago y la evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos

(1) En el caso Cablevision

Partiendo de que los varios casos estudiados en anteriores epígrafes, salvo *Gol TV*, eran supuestos de concentración, será clarificador realizar la evaluación del juego de la competencia en los mismos a la luz de los criterios incluidos en las Directrices sobre Concentraciones horizontales y no horizontales, el vigente Reglamento europeo sobre concentraciones y el Reglamento de Aplicación del anterior (lo que de modo abstracto y general hemos hecho ya en los párrafos que anteceden).

Lo anterior, como en otros casos, exigirá proyectar la concreta operación notificada sobre el mercado de la TV de pago, en el estado en que se encontrara al tiempo de la notificación, para, de esta manera, destilar posibles restricciones al juego de la competencia en el mismo. En este sentido, el dato de que en los casos *Cablevisión*, *Vía Digital*, *Stream* y *AVS III* nos encontráramos ante operaciones dirimidas por las autoridades de la competencia nacionales no tendría por qué llevar a cambiar este enfoque toda vez que las normativas nacionales en materia de defensa de la competencia tienden, cada vez más (*Vid* la Ley española 15/2007 de Defensa de la Competencia) a identificarse con la europea.

Un examen de los casos de concentración analizados puede servir para confirmar la idea de que, normalmente, cuando nos encontremos ante proyectos de concentración de varias empresas activas en diferentes eslabones (Vg., transmisión y difusión) de la cadena de valor (Vg., en el caso *BiB*, *BSkyB* y *BT*; y, en el asunto *Cablevisión*, *Sogecable* y *Telefónica*), la operación se traducirá en un grado mínimo de integración jurídica y en la creación sólo de una empresa en participación (en los ejemplos, las propias *BiB* y *Cablevisión*, respectivamente) o en simples tomas de control (p.e., el de *AVS III* por *Sogecable*).

En cambio, cuando se trate de la concentración de empresas activas dentro del mismo eslabón (Vg. difusión televisiva de pago), por lo general, ese grado de integración jurídica será máximo y se traducirá en la unificación, bajo una misma personalidad jurídica, de los operadores involucrados dada la inutilidad de mantener dos o más personalidades diferentes para sendas empresas dedicadas al mismo ramo de negocio (así, p.e., en la integración de *Stream* en *Telepiù* o en la de *Vía Digital* en *Sogecable*).

Del pronunciamiento del TDC en el asunto *Cablevisión* no cabía deducir un análisis estructural propiamente dicho del mercado de la TV de pago el cual estaba, por entonces, emergiendo en nuestro país.

En este asunto *Cablevisión*, ya vimos que la esencia de la operación notificada era la creación de una empresa para la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales a los cableoperadores y a las operadoras locales de cable (OLCTs) de *Telefónica* - finalmente, no llegarían a existir al no ejercitar *Telefónica* la opción de despliegue de cable a escala local al amparo de la Ley 42/95 - y que además podría llegar a operar como prestador de servicios de TV de pago. De esta manera, el mercado de la TV de pago era uno de los mercados de referencia en los que podría llegar a estar activa esa nueva entidad y, de hecho, en opinión del TDC, era en el que corrían riesgo de producirse los efectos más restrictivos para el juego de la competencia por la existencia de relaciones horizontales y, como enseguida veremos, también verticales. El hecho de que el mercado de la TV de pago estuviera entonces sólo emergiendo en España y la consiguiente ausencia de datos sobre cuotas de mercado imposibilitaría la fijación de la cuota correspondiente a *Cablevisión* así como el cálculo del IHH y de *delta* tras la operación.

En *Cablevisión*, llegaban a darse los efectos anticompetitivos no coordinados porque la concertación de *Sogecable* y *Telefónica* en el seno de la nueva compañía suponía una fuente de eliminación de la competencia potencial dentro del mercado de referencia de la TV de pago entre ambas empresas, pudiendo destacarse como factores de agravación de lo anterior: **(a)** las dificultades que la operación crearía para que los abonados pudieran optar por otros servicios de TV de pago sobre plataforma alámbrica diferentes de los suministrados por *Cablevisión* o por las OLCTs de *Telefónica*, como consecuencia del control ejercido por las partes en el terreno de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago; y **(b)** el hecho de que este último control junto con el suministro de contenidos *Premium* por parte de *Sogecable* para su difusión por la nueva compañía o por las propias OLCTs permitiera dificultar la expansión de los cableoperadores en el mercado de la TV de pago.

La creación de *Cablevisión* suponía reforzar y dar carta naturaleza en el mundo del derecho a la concertación que hasta entonces pudiera existir entre *Telefónica* y *Sogecable* instrumentándola a través de la creación *ad hoc* de una persona jurídica. Sin embargo, no podía hablarse de efectos anticompetitivos coordinados, en el sentido de crearse un ambiente propicio para la colusión entre *Cablevisión* y el resto de operadores activos en el mercado de la TV de pago, pues precisamente esa nueva entidad nacía frente a la presión competitiva ejercida por el sector del cable.

Por lo demás, en *Cablevisión*, era clara la no concurrencia de factores de neutralización de todos esos efectos anticompetitivos: **(a)** el ya débil poder de compra de los abonados se vería aún más debilitado por la dificultad referida en el párrafo anterior para que los mismos pudieran optar por los servicios de TV de pago de los cableoperadores; **(b)** la competencia

potencial procedente del entonces naciente sector del cable era aún muy reducida; y (c) no cabía imaginar eficiencias que de esa concertación entre *Telefónica* y *Sogecable* pudieran derivarse para los usuarios o para el mercado (más bien todo lo contrario, al tratarse de una operación directamente encaminada a obstaculizar la expansión de una plataforma, la del cable, apta para la prestación de servicios innovadores, tanto audiovisuales como de telecomunicaciones, a los usuarios finales).

Todo lo anterior quedaría referido a los aspectos horizontales de la concentración en el mercado de referencia de la TV de pago, sin embargo, en *Cablevisión* se hallaban también muy presentes los aspectos verticales que habría que dirimir con sujeción a las Directrices de la Comisión sobre esta clase de operaciones. Lo anterior respondía a que *Telefónica* y *Sogecable* estaban activas en el mercado, anterior con respecto al de la TV de pago, de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago.

Desde este otro prisma, los efectos anticompetitivos no coordinados dentro del mercado de la TV de pago consistirían en que la operación podría desincentivar a los cableoperadores para competir en ese mercado como consecuencia del bloqueo de insumos (*Cablevisión* podría negarse a prestar a los cableoperadores los servicios técnicos, administrativos y comerciales para que los mismos pudieran funcionar en el mercado de la TV de pago) y de clientes (*Cablevisión* bloquearía el acceso de los cableoperadores a los abonados a TV de pago gracias al control ejercido sobre el par de cobre de *Telefónica* y el parque de descodificadores de *Sogecable*). Este cierre del mercado (*customers and inputs foreclosure*) se vería agravado por la existencia de fortísimas economías de densidad, escala y gama dentro del mercado español de la TV de pago, aun cuando entonces sólo fuera emergente.

No se producirían, en cambio y sin salir de esta perspectiva vertical, efectos anticompetitivos coordinados dentro del mercado de la TV de pago, por las mismas razones apuntadas al tratar del enfoque horizontal. Y lo mismo podría decirse respecto de la concurrencia de neutralizadores de los efectos anticompetitivos. En el caso concreto de las eficiencias, la teoría de monopolio llevaría a desconfiar de la posibilidad de que *Cablevisión* pudiera trasladar a los abonados a TV de pago los beneficios económicos y ahorros derivados de las sinergias verticales que la operación pudiera reportarle. En resumidas cuentas la operación iba a suponer la elevación de barreras de entrada absolutamente infranqueables dentro del naciente mercado español de la TV de pago y de ahí que el TDC rechazara de plano la operación.

(2) En el caso BiB

Tampoco en el caso *BiB*, ya vimos que por razones de confidencialidad, se vertieron datos por la Comisión sobre cuotas de mercado dentro del mercado de la TV de pago ni sobre su dimensión global, lo que imposibilitaría las tareas de análisis estructural (los datos facilitados sobre número de cadenas o tasas de penetración de la TV de pago en el Reino Unido tampoco permitirían un análisis indirecto).

Recordemos que se trataba de un acuerdo entre el operador histórico de telecomunicaciones en Reino Unido (*BT*), un operador de TV de pago por satélite (*BSkyB*), un grupo bancario y financiero (*Midland*) y un fabricante de equipos electrónicos (*Matsushita*) con vistas a la creación de una plataforma de suministro de servicios interactivos por TV. Aun cuando los efectos anticompetitivos de la concentración se dejaran sentir sobre todo en el mercado de los

servicios de TV interactiva, en el que iba a estar activa la nueva entidad, podría especularse con algunos otros de incidencia sobre el que nos ocupa de la TV de pago.

En este caso, el mercado de la TV de pago era uno de los cuatro identificados como “mercados de referencia” en la decisión de la Comisión; y, en primer lugar, lo era por la existencia de relaciones horizontales (*BSkyB* y *BT* eran competidores reales y potenciales en el mercado de la TV de pago a través de plataformas de satélite y cable, respectivamente).

El dato de que la empresa resultante de la operación no fuera a actuar dentro del mercado de la TV de pago suponía que la concentración no fuera a entrañar de forma directa e inmediata una cuota incrementada dentro de dicho mercado, lo que haría innecesario el cálculo de *delta* para este mercado cuyo grado de concentración tendría que seguir siendo el mismo. Desde esta perspectiva horizontal, tampoco cabía apreciar efectos anticompetitivos coordinados o no coordinados directamente derivados de la operación dentro del mercado de la TV de pago: ni la operación incrementaba los riesgos de coordinación de *BSkyB* con otros operadores de TV de pago ni tampoco – al menos de no de forma directa e inmediata – suponía eliminar la presión competitiva preexistente entre la propia *BSkyB* y esos competidores (en este caso, a diferencia de lo ocurrido en *Cablevisión*, la concertación entre el operador incumbente de telecomunicaciones y el dominante en TV por satélite proyectaba sus efectos sobre el mercado de los servicios interactivos pero no, al menos no directamente, sobre el de la TV de pago).

En segundo lugar, el mercado de la TV de pago podía ser mercado de referencia por la existencia de relaciones verticales (*BT* estaba activa en los mercados de las telecomunicaciones anteriores al de la TV de pago y *BSkyB* lo estaba en los mercados de los contenidos anteriores también al de la TV de pago). Dado que en el mercado de la TV de pago, *BSkyB* disponía de su propia plataforma (satelital), y también los operadores terrestres así como los cableoperadores, la presencia de *BT* en los mercados anteriores de las telecomunicaciones y en el posterior de la TV de pago no planteaba riesgo de restricción de la competencia en el mercado posterior de la TV de pago. Sin embargo, el punto de partida dentro del mercado de la TV de pago era el de la fuerte dependencia de los cableoperadores y los operadores terrestres con relación a *BSkyB* que suministraba a los anteriores contenidos deportivos y cinematográficos, además de servicios técnicos para sus respectivas plataformas de televisión. Aquí sí existían riesgos de restricción de la competencia por efectos anticompetitivos no coordinados (los competidores de *BSkyB*, en TV de pago por cable y terrestre, podían verse excluidos del mercado por bloqueo de insumos y clientes) y, además coordinados, por el riesgo de que *BT* y *BSkyB*, que subsistirían como operadores independientes en el mercado de la TV de pago, tuvieran la capacidad y el estímulo de coordinarse en este mercado en detrimento de esos otros operadores.

En tercer lugar, era el de la TV de pago un mercado en el que la operación podía tener impacto significativo (*BiB*, la nueva entidad funcionaría en el mercado, estrechamente relacionado con el de los servicios de TV de pago, de los servicios de TV digital interactiva). En este punto, los riesgos de restricción de la competencia eran también importantes, p.e., por el hecho de que pudiera recurrirse a técnicas de vinculación entre los servicios de TV de pago y los interactivos. En este sentido, podía llegar a ser una opción el empleo de los servicios interactivos, por su novedad y atractivo, como producto vinculante que sirviera para reforzar la posición de *BSkyB* en el mercado de la TV de pago. Si a esta situación se añadía que lo previsto era que el público en general terminara por identificar los servicios de *BSkyB* y los de *BiB* bajo una misma marca, la unificación de servicios de TV de pago y de TV

interactiva en una sola plataforma podía llevar a reforzar aún más la posición de aquella dentro del mercado de la TV de pago incentivando a los usuarios para la contratación de sus servicios de difusión en detrimento de sus competidores.

En definitiva, los riesgos que la operación planteaba para el juego de la competencia en el mercado de la TV de pago se daban más desde un punto de vista vertical y conglomeral que horizontal.

Finalmente, en cuanto a las fuentes de neutralización de posibles restricciones al juego de la competencia dentro del mercado británico de la TV de pago al tiempo de plantearse esta operación, partiendo de la existencia de un nulo poder de compra conforme a lo que más arriba se dijo y de que las posibles eficiencias se cifraban en el desarrollo de servicios innovadores más vinculados a la TV interactiva que a la de pago, las más destacables tendrían que ser la competencia (real y potencial) procedente del segmento del cable.

Partiendo de lo expuesto en párrafos anteriores y de lo que se dirá al tratar el caso *Vía Digital*, cabría apreciar indudables paralelismos (también diferencias) entre el mercado español y el británico de la TV de pago. Así, p.e.: **(a)** la fuerte posición de operador de TV de pago por satélite [*BSkyB* (*Grupo Murdoch*) y *Canal Satélite Digital* (*Sogecable*)] en contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos y en servicios técnicos accesorios de los de TV de pago; **(b)** un sector del cable cada vez más fuerte merced a procesos de integración que llevaron en UK a su concentración en torno a tres plataformas (*Cable & Wireless Communications*, *NTL* y *Telewest*) y en España en torno a una (*ONO*); **(c)** en parte como reacción a lo anterior, la concertación en vertical entre el operador de TV de pago por satélite (los antes mencionados) y el histórico de telecomunicaciones (*BT* y *Telefónica*).

(3) En el caso Vía Digital

En cuanto al análisis del mercado que nos ocupa en el caso *Vía Digital*, se trataría nada más que de retrotraer el análisis realizado más arriba referido a 2006 al momento inmediatamente anterior a la concentración planteada, es decir, 2000. Por otra parte, podrá ser interesante más adelante, ya en sede de evaluación del juego de la competencia, superponer los análisis correspondientes a ambas fechas.

Como más arriba se dejó ya entrever, el TDC para fijar cuotas de mercado acudió más al criterio del volumen de las ventas (expresado en número de abonados) que al del valor de las mismas (ingresos obtenidos). La dimensión global del mercado español de la TV de pago traducida en número de abonados era, por entonces, la de 3.544.729 abonados. Las cuotas de mercado, también por número de abonados, eran las siguientes: *Sogecable* (a través de sus dos canales: el digital por satélite y el analógico terrestre) disfrutaba de una cuota del 56,9 % dentro del mercado español de la TV de pago (2.016.951 abonados); *Vía Digital* disfrutaba de una cuota del 22,7 % (804.653 abonados); los cableoperadores en su conjunto (hoy todos integrados en *ONO*) sumaban una cuota del 16,7 % (591.970 abonados) y *Quiero TV* contaba con una cuota del 3,7 % (131.155 abonados). Por otra parte, el lanzamiento del proyecto *Imagenio* de *Telefónica* estaba previsto para 2003, con lo que no procedía la asignación al mismo de ninguna cuota de mercado.

Por plataformas de entrega estos datos arrojaban las siguientes cuotas de mercado, por orden de importancia: **(1)** la digital por satélite (*Canal Satélite Digital* y *Vía Digital*) con 2.034.674 abonados representaba el 57,4 % del mercado español de la TV de pago; **(2)** la

analógica terrestre (*Canal +*) con 786.930 representaba el 22,2 % del mercado español de la TV de pago; (3) el cable (*ONO, AUNA, Asociación de Operadores de Cable/AOC y cableoperadores locales*) con 591.970 abonados representaba el 16,7 % del mercado español de la TV de pago; (4) la digital terrestre (*Quiero TV*) con 131.155 abonados representaba el 3,7 % del mercado español de la TV de pago.

Los datos reflejados en el párrafo anterior ponían de manifiesto como en 2000 el mercado español de la TV de pago era también un mercado altamente concentrado con un IHH, atendiendo al número de abonados, de 4.045, casi idéntico al de 4.038 calculado para 2006 (ese IHH, presumiblemente y aun no facilitando datos el TDC, sería muy superior atendiendo al valor de los ingresos). Se trataba de un mercado muy concentrado con tendencia al monopolio en manos de *Sogecable*, que empezaba a estar maduro y con una demanda (abonados) fragmentada y sin poder de compra. En ese mercado español de la TV de pago en 2001 cabía, perfectamente, sostener la posición dominante individual de *Sogecable* atendiendo a que su cuota de mercado más que duplicaba, hasta casi triplicar, la de su inmediato perseguidor *Via Digital*; sin que la presión competitiva que hasta 2001 había venido ejerciendo *Via Digital* o la que, sobre todo para lo sucesivo, fueran a ejercer las plataformas de cable fueran bastantes a desvirtuar esta afirmación. La existencia de esa posición dominante individual hacía innecesario el acudir a concertaciones que pudieran dar lugar a posiciones dominantes colectivas; lo que, por otra parte, ya vimos sí podría llegar a darse en un futuro más o menos lejano entre *Sogecable (Digital +)* y *Telefónica (Imagenio)* con vistas a neutralizar el creciente poder de mercado de las plataformas de cable (ya hubo un conato en la creación de *Cablevisión* y ya han intentado ambas plataformas lanzar ofertas conjuntas).

Siguiendo por la evaluación del juego de la competencia en el caso *Via Digital*, hacer también las siguientes reflexiones. A diferencia de lo sucedido en el caso *BiB*, al que acabamos de referirnos, en *Via Digital* el mercado de la TV de pago sí era el mercado de referencia en el que iba a estar activa la nueva entidad surgida de la concentración. Así pues, la evaluación del juego de la competencia en este caso pasaba por proyectar sobre el mercado español de la TV de pago en 2000-2001 la operación notificada a fin de determinar en qué medida, como resultado de la misma, podía llegar a resentirse ese juego de la competencia.

Los indicadores de esto último vendrían a ser los habituales, a saber, el riesgo de que la nueva plataforma incrementara sus precios en perjuicio de los abonados, el de que rebajara la calidad de su programación o servicios o el de que retrasara la innovación (p.e. la introducción de nuevos servicios interactivos o de TV de alta definición). Ese riesgo derivaba, en este caso, del refuerzo – más que de la creación – de la posición dominante que *Sogecable* disfrutaba en el mercado español de la TV de pago, refuerzo que podía incentivarla para abusar de la misma en perjuicio de sus clientes (los abonados), proveedores (p.e. los editores de canales temáticos), competidores (p.e. cableoperadores) y del mercado en general.

Las restricciones al juego de la competencia más inmediatas derivadas de ese abuso de posición dominante podían ser de carácter horizontal (la exclusión de competidores activos dentro del mercado de la TV de pago por abusos anticompetitivos), pero también podía haberlas de carácter vertical (como en el caso citado de imposición de precios abusivos a los abonados – abuso explotativo puro -o, aguas arriba, en el de abuso de su poder de compra incrementado en detrimento de sus proveedores de contenidos sin valor *Premium*, como, por ejemplo, los editores de canales temáticos que, por entonces, carecían de las alternativas de

compra que ofrece hoy la TDT – abuso explotativo mixto que podría afectar a la segunda línea defensa constituida por la competencia en el mercado ascendente de los canales temáticos, colocando a unos proveedores en situación de desventaja frente a otros). Por otra, parte dado el carácter dinámico y cambiante del mercado de la TV de pago, la simple concertación o colusión horizontal entre las dos plataformas de TV por satélite existentes hasta entonces en nuestro país no parecía bastante para la consecución de la deseada coordinación de comportamientos haciendo necesario el *plus* de integración jurídica que ofrecía la concentración.

Dicho lo anterior, la siguiente observación debía ser la de que la cuota de mercado atribuible a la entidad resultado de la concentración dentro del mercado de la TV de pago debía corresponderse con la suma de las individuales de las concentradas. Así, partiendo de los datos que se dejaron reflejados en sede de análisis del mercado, esa cuota era, prácticamente, del 80 %. Procedería, a continuación comparar el IHH anterior a la concentración (4.045) con el posterior (6.629) para extraer el coeficiente *delta* que sería, en este caso, de 2.584. A la vista de estos parámetros los riesgos para el juego de la competencia dentro del mercado de referencia derivados de la operación eran palmarios. Lo anterior vendría a reforzarse por el hecho de que, ya antes de la concentración, una de las concentradas viniera disfrutando de una cuota de mercado por encima del 50 %; por el de que la operación implicara también a un competidor potencial en TV de pago como era *Telefónica* con su proyecto *Imagenio* (la propia *Telefónica*, tras la integración de *Vía Digital* y *Canal Satélite Digital*, podía quedar desincentivada para promover su proyecto de TV sobre ADSL; aún cuando, finalmente, no ocurriera sobre todo por la necesidad de neutralizar al cable en *triple play*); por el de que ya existieran experiencias pasada con intentos de coordinación de *Sogecable* y *Telefónica* (caso *Cablevisión*); o, finalmente, por el de ser el español de la TV de pago un mercado muy concentrado y protegido por elevadas barreras de entrada, sobre todo económicas.

En *Vía Digital* los efectos anticompetitivos no coordinados eran muy intensos: la operación implicaba eliminar la principal fuente de competencia dentro del mercado, no otra que la que enfrentaba a *Vía Digital* de *Telefónica* con *Canal Satélite Digital* de *Sogecable* y que había permitido a la primera ir ganando cuota frente a la segunda (cualquier subida o no bajada de precios por parte de cualquiera de esas dos plataformas se traduciría en un incremento de la cuota de mercado de la competidora). En este caso, el hecho que ambas plataformas representaran un 80 % por número de abonados del mercado de referencia de la TV de pago suponía una importante agravación de esos efectos por la vía del incremento del IHH y del grado de concentración del mismo. En cuanto a la posibilidad de que esa nueva plataforma pudiera dificultar la expansión de los cableoperadores, su concreción iba a depender de qué terminara por pesar más en el ánimo de los usuarios si las ventajas del *triple play* o el disfrute de contenidos especialmente atractivos. De ser lo primero, los cableoperadores terminarían por expandirse en el mercado de la TV de pago; de ser lo segundo, no lo conseguirían.

Por lo que se refiere a los efectos anticompetitivos coordinados, su importancia en el caso *Vía Digital* tampoco era desdeñable. En ese sentido, los riesgos de esa coordinación se daban sobre todo en horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica*, porque *Telefónica* era potencial competidora de *Sogecable* dentro del mercado de la TV de pago a través de su proyecto *Imagenio*. Tal vez, el más importante efecto anticompetitivo coordinado derivado de la integración de las plataformas digitales en nuestro país pudiera cifrarse en la posibilidad, dentro del mercado de la TV de pago, de suministrar los contenidos de *Sogecable* a través del servicio *Imagenio* de *Telefónica* sin incluirlos a la vez en la oferta de los cableoperadores.

Por otra parte, vimos más arriba que se darían todas las condiciones necesarias para la perdurabilidad de estos efectos anticompetitivos coordinados:

- **El control por las partes de los presupuestos de la coordinación.** La posibilidad de influencia efectiva de las partes sobre las condiciones en las que se basa la coordinación se verá facilitada por la simplicidad del mercado que pueda deberse a la existencia de un corto número de competidores - entre los que resultará más fácil la concertación y mantener la opacidad – y de productos (en mercados caracterizados por una fuerte innovación y por la aparición incesante de nuevos productos, como los tecnológicos, resultará más difícil la concertación pues un determinado avance puede ya conferir una ventaja sustancial a un competidor respecto a los demás) o a la simetría de las empresas concertadas en cuanto a sus cuotas de mercado, grado de integración vertical y estructuras de costes.

En nuestro caso, ya vimos que tanto *Sogecable* como *Telefónica* mantendrían un control sobre instalaciones esenciales de acceso a los abonados. El número de operadores activos en el mercado español de la TV de pago no resultaría excesivo. La variable tecnológica, al menos en difusión televisiva, no parece que hubiera de ser decisiva. Tanto *Telefónica*, en TV de pago y comunicaciones electrónicas, como *Sogecable*, en TV de pago y contenidos, presentarían un importante grado de integración vertical.

- **La posibilidad de represalia frente el apartamiento de la otra parte de la estrategia pactada.** La existencia de algún mecanismo disuasorio de castigo o represalia que cada empresa pueda activar si alguna otra se aparta del camino pactado puede, en general, servir para agravar los efectos anticompetitivos. La respuesta del competidor defraudado por el incumplimiento del pacto que el otro protagoniza debe ser cierta y darse en tiempo oportuno. Y así, en el caso de mercados caracterizados por pedidos esporádicos y de un importante volumen dicha reacción puede no llegar a tiempo de corregir la desviación respecto a lo acordado.

Ya vimos que *Sogecable*, recortando el suministro de contenidos, como *Telefónica*, bloqueando el acceso a sus abonados, estarían en disposición de activar mecanismos de represalia cada una respecto de la otra que llegara a separarse de la estrategia coordinada.

- **La impotencia del sector del cable a la hora de neutralizar esta última.** El resguardo de la acción concertada de modo que quede al abrigo de reacciones de competidores actuales o futuros y de clientes constituye otro importante factor a tener en cuenta. Su cumplimiento podrá verse perturbado por la existencia de un cliente importante que, concentrando sus pedidos en una empresa con compromisos de larga duración, pueda inducir a ésta a apartarse de lo acordado. En cuanto a posibles reacciones de los competidores, Vg., una práctica concertada consistente en una reducción de la producción puede exigir, para ser efectiva, que dichos competidores no tengan capacidad de reacción con incrementos de producción.

Realmente, parecería muy complicado que los cableoperadores pudieran llegar a contrarrestar esa estrategia coordinada de que venimos hablando por la casi irreplicable capilaridad de la red de *Telefónica* y por el peso editorial de *Sogecable*.

En cuanto a la neutralización de efectos anticompetitivos en el asunto *Vía Digital*, su principal fuente tendría que ser la competencia potencial ejercida por los cableoperadores que se iría tornando en real o efectiva a medida que los mismos pudieran destinar los réditos del *triple play* a la puja por los contenidos *Premium*. En cuanto a la presión competitiva procedente de los difusores en abierto, ya vimos más arriba cual será el doble efecto asociado a la digitalización de la TV terrenal (de poco tendría que servir, a estos efectos, una mejora en la gama y calidad de los servicios televisivos en abierto como consecuencia de esa digitalización si los difusores, dentro del mercado de la TV en abierto, se ven obligados a soportar una competencia que no tiene que soportar el monopolista en el de la TV de pago).

Y en cuanto a las posibles eficiencias derivadas de la operación, hizo mención en su informe el TDC (contra el voto particular de los vocales discrepantes) al dato de que la operación pudiera propiciar la entrada en beneficios de la nueva plataforma estimulándola para trasladarlos a los usuarios mediante una rebaja de precios. Lo anterior podía ser cierto en un escenario dentro del mercado de la TV de pago en el que la nueva plataforma hubiera de enfrentar una mayor competencia, pero no tanto en el escenario que arrojaba la operación notificada; en este sentido, conviene recordar que una de las condiciones impuestas fue precisamente la de que la nueva plataforma no pudiera elevar las cuotas cobradas a los abonados y uno de los riesgos advertidos el de que esa misma plataforma pudiera fragmentar el mercado español de la TV de pago subiendo los precios en las demarcaciones en las que no se viera obligada a competir con el cable y bajándolos en las que sí tuviera que hacerlo.

Terminando con las conclusiones relativas a la evaluación del juego de la competencia en el caso *Vía Digital*, desde un enfoque horizontal, adelantamos ya que podría ser interesante centrar la atención en la situación actualizada a 2006 dentro del mercado español de la TV de pago. Lo anterior permitiría concluir lo siguiente: antes de la integración de las dos plataformas de TV de pago por satélite el IHH era de 4.045, tras esa integración pasó a ser de 6029 y seis años después volvió a situarse en 4.038. Lo anterior permitiría concluir que lo que se ha producido en el mercado español de la TV de pago ha sido que la nueva plataforma satelital resultado de la concentración ha perdido cuota de mercado a favor de las plataformas alámbricas (cable de *ONO* y ADSL de *Telefónica*). En esto las previsiones del TDC en cuanto a la fuerte presión competitiva procedente, sobre todo, de los cableoperadores se habrían revelado acertadas (ya antes de la operación, como se vio en su lugar, las tasas de crecimiento de esta plataforma dentro del mercado de la TV de pago habían venido siendo muy superiores a las de la satelital).

Ahora bien, esta primera conclusión tendría que ser muy matizada a la luz de las siguientes consideraciones: **(a)** los datos facilitados por la autoridad de la competencia española se basaban en el número de abonados (volumen de ventas) cuando, por lo dicho más arriba, parecería más acertado atender a los ingresos obtenidos (valor de las ventas) y, conforme a estos, la cuota de mercado de *Sogecable* en 2006 rayaba el 80 %; **(b)** un efecto perverso de la digitalización de la TV terrestre puede ser el de atenuar la presión competitiva ejercida por los difusores en abierto sobre el actual cuasimonopolista en TV de pago, *Sogecable*, conforme a lo dicho más arriba; **(c)** el cableoperador *ONO* se ve actualmente en la tesitura de competir en dos frentes, a saber, el de la TV de pago (*Digital Plus* e *Imagenio*) y el de la prestación de servicios de telecomunicaciones o *triple play* (*trío* de *Telefónica*); y ese escenario puede contribuir a colocarlo en una posición de especial vulnerabilidad frente a cualquier concertación en horizontal o vertical entre el operador líder en contenidos (*Sogecable*) y el operador líder en transmisión y redes y acceso a IT de banda ancha

(*Telefónica*). Este último escenario puede hacer temer la aparición de prácticas colusorias y abusos de posición dominante al hilo de las ofertas conjuntas de esos dos operadores dominantes.

Aún cuando en el asunto de *Vía Digital* los efectos horizontales de la concentración, a examinar a la luz de las Directrices sobre concentraciones horizontales, eran los de mayor importancia, tampoco cabría descartar la existencia de efectos verticales y de conglomerado, que habría que calibrar más bajo la perspectiva que ofrecen las Directrices sobre Concentraciones no horizontales. Los efectos verticales sobre el mercado de la TV de pago podían plantearse en el eje contenidos/TV de pago, más que en el eje comunicaciones electrónicas/TV de pago. En cuanto a lo primero, porque la nueva plataforma coparía los derechos sobre la producción de los 7 grandes estudios y los derechos sobre los principales acontecimientos deportivos futbolísticos, de manera que podía excluir a *ONO* del mercado de la TV de pago bloqueando su acceso a estos insumos lo que la llevaría a no poder dar servicios de pago en condiciones mínimamente competitivas (efectos no coordinados) y, además, podía tender a crear un ambiente de colusión entre la plataforma satelital de *Sogecable* y la de *Telefónica*, en detrimento de la propia *ONO* (efectos coordinados), teniendo en cuenta, además, el riesgo de suministro de contenidos atractivos a esas dos plataformas. En el eje comunicaciones electrónicas/TV de pago ese riesgo no era, en cambio, tan importante por razones casi idénticas a las señaladas en el caso *BiB*, aunque no podía desconocerse tras la operación el riesgo de acuerdos de comercialización o producción común entre *Telefónica* y *Sogecable* como los que dejamos expuestos al ocuparnos del fenómeno de la cooperación horizontal en el mercado español de la TV de pago (p.e., *Trio Plus*: suministro de *Canal Plus* a través del par de cobre de *Telefónica*, sin necesidad de instalar parabólica, y con el efecto de producir fuertes economías de escala, densidad y alcance en el mercado de la TV de pago).

Menos importantes que los verticales podrían ser los efectos conglomerales de la operación en el mercado español de la TV de pago. A pesar de la fuerte presencia de *Telefónica* en los otros dos mercados del *triple play* (acceso minorista a IT y telefonía fija), vimos ya, al estudiar este fenómeno, que los efectos del apalancamiento se harían sentir en esos otros dos mercados, más que en el mercado vinculante de la TV de pago. Tampoco eran importantes esta clase de efectos, a diferencia del caso *BiB*, en relación con el mercado de los servicios digitales interactivos, dado el escaso desarrollo de los mismos en España en aquel momento.

(4) En el caso Stream

En lo que concierne al análisis del mercado de la TV de pago en el asunto *Stream*, conforme a los datos consignados por la AGCM en su pronunciamiento, la dimensión global de dicho mercado se cifraba en 2000 en 2.226.559 abonados de los que 1.557.991 (cuota del 70 % en el mercado de la TV de pago) eran clientes de *Telepiù* y 668.568 (cuota del 30 % en ese mismo mercado) lo eran de *Stream* (*Stream* y *Telepiù* eran los dos únicos operadores activos en TV de pago). A diferencia del TDC español, que omitió cualquier referencia al valor de las ventas, la AGCM sí hizo constar que, en ese mismo año 2000, la cuota de mercado por ingresos de *Telepiù* era del 79 % y la de *Stream* del 21 %. Estos datos reflejaban un mercado italiano de la TV de pago en 2000 más concentrado, incluso, que el español: el IHH era de 5.800 por número de abonados (volumen de ventas) y de 6.682 por ingresos (valor de ventas). Al igual que el español, el italiano era un mercado con tendencia al monopolio en manos de *Telepiù* y con una demanda (televidentes) sin poder negociador. Por otra parte, y a diferencia del mercado español, no existía un sector del cable que prestara

servicios de TV y pudiera ayudar a mitigar los efectos de la posición dominante individual de *Telepiù* en el mercado relevante.

También la Comisión, en su decisión relativa al asunto COMP/M. 2876 — Newscorp/Telepiù (considerando 204 y nota al pie n.º 34), se encargó de resaltar: “*Todas las pruebas muestran que es muy poco probable que cualquier competidor alternativo esté en condiciones de competir eficazmente con las partes en un futuro próximo, por cualquier medio de transmisión. El único posible competidor en el mercado del cable, e.Biscom, sólo tendrá capacidad para llegar en un futuro próximo a un millón de hogares (el 5 % de los hogares italianos), mientras que el satélite tiene la capacidad de llegar a prácticamente todos los hogares. Por otra parte se espera que la TDT, según los planes del Gobierno, empiece a funcionar en Italia solamente a principios de 2007. Sin embargo la investigación de la Comisión ha mostrado que esto probablemente no ocurrirá y que se debe prever un plazo más largo*” [...] “*Incluso Newscorp ha afirmado en conferencias y presentaciones públicas a empresas que en Italia la entidad combinada no sufrirá "ninguna competencia del cable"*(véase *The News Corporation Goldman Sachs Media Conference de 1 de octubre de 2000*, <http://www.newscorp.com/investor/presentations.html>.)”

La similitud, casi identidad, entre el caso *Via Digital* y el caso *Stream*, junto con el hecho de ser en ambos el de la TV de pago el mercado de referencia, nos permitirá centrarnos, a la hora de destilar conclusiones sobre evaluación del juego de la competencia en el segundo caso, sólo en las diferencias más importantes con respecto al primero. Si en *Via Digital* la cuota de la nueva plataforma dentro de ese mercado de referencia de la TV de pago iba a ser la del 80 %, en el caso *Stream* esa misma cuota, por número de abonados, iba a ser la del 100 %. Lo anterior suponía también que el IHH tras la operación se situara en 10.000 (frente al de 6.629 de *Via Digital*) y que el coeficiente delta que expresa el incremento del grado de concentración del mercado a consecuencia de la operación fuera de 4.200 (frente al de 2.584 de *Via Digital*). Si a todos estos datos se añade el de la ausencia de competencia real y potencial ejercida, dentro del mercado italiano de la TV de pago, por las plataformas de cable habría que concluir que los riesgos de lesión del juego de la competencia eran mucho más elevados en el caso italiano que en el español.

En este sentido, a la nueva plataforma resultado le integración le bastaría con mantener los niveles calidad/precio dentro de los parámetros estrictamente indispensables para competir con los difusores en abierto, pero no más allá de eso, toda vez que no se vería en la necesidad de competir con otras ofertas de pago. Lo anterior podía llegar a tener su traducción inmediata en una subida de los precios o en rebajas de la calidad de la programación ofrecida a los abonados.

En el caso italiano, a diferencia del español, otro factor de agravación de los efectos anticompetitivos de la operación notificada era el de la ausencia de competencia interplataformas – cable y satélite – desde el mismo momento en que ambos modos de difusión quedarían en manos de una única plataforma (tanto *Stream* como *Telepiù* eran los únicos difusores en satélite y cable; *Telepiù* disponía, además, de título habilitante para digital terrestre). Tal vez, y precisamente, la ausencia de un sector del cable fuerte dentro del mercado italiano de la TV de pago fuera lo que permitiera al operador italiano de telecomunicaciones *Telecom Italia* desinvertir en *Stream* para abandonar el mercado de la TV de pago y centrarse en sus actividades de telecomunicaciones; razón por la que la operación presentaría menos efectos verticales que en el caso *Via Digital* y un riesgo de efectos conglomerados aún menor, incluso, que en el caso español.

En general, la existencia de mayores riesgos para el juego de la competencia que en el caso español, podría ser la razón de la imposición, primero por la autoridad nacional de la competencia y luego por la propia Comisión, de condiciones mucho más rigurosas. En este sentido, no dejan de ser ilustrativas ciertas afirmaciones realizadas por el Magistrado Espín Templado en su voto particular para la STS 7.11.05: *“Es cierto que esta última decisión - asunto COMP/M.2876, Newscorp/Telepiu - aprobó bajo determinadas condiciones la creación en Italia de una plataforma televisiva única, controlada por Newscorp, que integra las dos hasta entonces existentes (Stream y Telepiu). Ocurre, sin embargo, que las condiciones impuestas para la autorización no sólo incorporan rigurosos compromisos estructurales sino que los de comportamiento son más exigentes –y de mucha mayor duración– que los insertos en el Acuerdo ahora impugnado. Sin necesidad de extenderme más en este punto (y, obviamente, sin aventurar cuál hubiera sido el resultado de una eventual impugnación jurisdiccional de la decisión comunitaria, en la medida en que supone un cambio de orientación en la práctica de la Comisión), baste decir que los compromisos asumidos por la plataforma italiana integrada sobre los contratos exclusivos, tanto en curso como futuros; sobre las retransmisiones deportivas y películas, así como sobre sus relaciones con competidores; y, en especial, la obligación de desprenderse de todos los activos digitales y analógicos terrestres de difusión televisiva, distintos de la propia plataforma integrada, así como el compromiso de la empresa Newscorp de no participar en ninguna otra actividad de televisión digital terrestre ni como red ni como operador, todo ello hasta el 31 de diciembre del año 2011 (apartado 225 de la Decisión de 2 de abril de 2003 [LCEur 2004\1526]), tienen unos efectos compensadores de la restricción competitiva que no se encuentran en nuestro caso. Sólo a partir de la inclusión de condiciones estructurales de este género (renuncia a contratos de exclusividad en vigor y desinversión de otros activos de difusión televisiva, por poner sólo dos ejemplos) podría, a mi juicio, hablarse en el presente caso de condiciones que verdaderamente limitasen los muy graves efectos anticompetitivos que genera la concentración sujeta a nuestra revisión”*.

(5) En el caso AVS III

(a) En clave de concentración vertical

En el caso *AVS III* el mercado de la TV de pago era mercado afectado principalmente por la existencia de relaciones verticales, pues la operación entrañaba que *Sogecable*, activa en el mercado descendente de la TV de pago, tomara el control exclusivo de *AVS*, activa en el mercado ascendente de los derechos sobre contenidos deportivos *Premium*.

Las herramientas para el análisis de este caso podrían ser, por ello, las Directrices sobre concentraciones no horizontales (verticales) de la Comisión y, en la medida en que resultan compatibles con las anteriores, las Orientaciones de la misma Comisión sobre abuso excluyente. Esto es así porque el principal riesgo de la operación era el del refuerzo de la posición dominante de *Sogecable* en el mercado español de la TV de pago que pudiera llevarla a protagonizar abusos anticompetitivos dentro del mismo, tanto en la ventana de pago como en la de pago por visión.

En cuanto al análisis estructural o estático del mercado español de la TV de pago, recordaremos los datos expuestos más arriba:

- **Tasa de penetración del mercado español de la TV de pago.** En cuanto a la tasa de penetración de la TV de pago en España era en 2006 la del 21,7 % de todos los hogares.
- **Número de abonados a TV de pago.** En cuanto al número de abonados a TV de pago en nuestro país los datos eran: 3.497.422 en 2003, 3.385.130 en 2005 y 3.467.242 en 2006.
- **Volumen de ingresos en el mercado de la TV de pago.** El mercado español de la TV de pago representaba por volumen de ingresos: 1.835,69 millones de euros en 2003, 1.854,60 millones de euros en 2005, 1.906 millones de euros en 2006 y 1.969 millones de euros en 2007.
- **Distribución de ingresos entre ventana de pago y ventana de pago por visión.** El volumen total de ingresos en el mercado español de la TV de pago se distribuía entre sus ventanas de la siguiente manera: 1.369 millones de euros eran por cuotas de abono y 224 millones de euros por pago por visión en 2006 y 1.323 millones de euros eran por cuotas de abono y 174 por pago por visión en 2007.
- **Evolución del ingreso medio por abonado (ARPU o Average Revenue per User).** La evolución del ingreso medio por abonado de *Sogecable* mostraba un crecimiento del 21% del año 2003 al año 2005 (pasando de 635 a 774 euros por abonado). Por su parte, los operadores de cable mantenían un ingreso medio por abonado que era alrededor de un 30 % del que se atribuía a *Sogecable*.

Estos datos permitían inferir: (i) que el mercado de la TV de pago estaba estancado y que entre 2002 y 2007 había experimentado un crecimiento inferior al 8 % en términos de número de abonados; (ii) que entre 2003 y 2005 se había reducido el número de abonados, pero habían crecido los ingresos, por un incremento de los precios aplicados a los abonados; (iii) que la escasa tasa de penetración no permitía trasladar los elevados costes de programación a una base cada vez más elevada de abonados para incurrir en economías de escala y densidad y redundaba en unos precios a pagar por los abonados especialmente elevados, sobre todo, en el caso de *Sogecable*.

Por plataformas de entrega se observaba la siguiente evolución (ver también más arriba):

- **Satélite.** En TV por satélite, en 2002 el volumen de ingresos era de 1.015,73 millones de euros y el número de abonados de 1.995.669; en 2005 de 1.377,35 millones de euros y de 1.960.030 abonados.
- **Cable.** En TV por cable, en 2002 el volumen de ingresos era de 149 millones de euros y el número de abonados de 811.378; en 2005 de 318,07 millones de euros y de 1.217.278 abonados.
- **Terrestre.** En TV de pago terrestre (el único operador era la malograda *Quiero TV*), en 2002 el volumen de ingresos era de 301,89 millones de euros y el número de abonados de 720.199; en 2005 de 141,61 millones de euros y de 1.250 abonados.
- **ADSL.** En TV sobre protocolo Internet (TVIP), en 2005 (no había datos anteriores) el volumen de ingresos era de 17,58 millones de euros y el número de abonados de

206.572; en 2006 (tomando los datos de sólo los tres primeros trimestres) de 56,73 millones de euros y de 306.266 abonados.

Los datos sobre plataformas de distribución permitían concluir: **(i)** la plataforma de peor evolución había sido la digital terrestre; **(ii)** algo mejor había sido la satelital que, a pesar de ello, presentaba una regresión en número de abonados; **(iii)** la plataforma de cable presentaba, en cambio, una progresión lenta pero constante en número de abonados; **(iv)** la plataforma de más rápida progresión parecía ser la de TVIP, gracias, en parte, a la ventaja tecnológica de que disfrutaba *Telefónica* consistente en la disponibilidad de la red telefónica y en los escasos costes de adaptación de la infraestructura del par de cobre para la difusión de televisión, lo cual le permitía ser muy competitiva en precios; **(v)** por la similitud del atractivo de sus ofertas, basado en el *triple play*, la mayor presión competitiva se daba entre *ONO* y *Telefónica*; en tanto que *Sogecable* quedaba algo al margen, al basar ese mismo atractivo en el valor especialmente *Premium* de sus contenidos.

Por cuotas de mercado de operadores la situación era la siguiente en 2005:

- **Sogecable (satélite).** *Sogecable* contaba con 1.960.030 abonados (cuota del 57,9 %) e ingresó 1.518,96 millones de euros (cuota del 81,9 %). *Sogecable* cobraba 774,97 euros por abonado.
- **ONO (cable).** *ONO* contaba con 871.817 abonados (cuota del 25,75 %) e ingresó 233,93 millones de euros (cuota del 12,61 %). *ONO* cobraba 268,32 euros por abonado.
- **Telefónica.** *Telefónica* contaba con unos 206.572 abonados (cuota del 6,1 %) e ingresó 17,58 millones de euros (cuota del 0,95 %). *Telefónica* cobraba 85,10 euros por abonado.

De estos datos podía inferirse: **(i)** la posición dominante de *Sogecable* dentro del mercado español de la TV de pago; **(ii)** en este sentido, se observaba que en ventana de TV de pago sólo *Sogecable* disfrutaba del derecho a la retransmisión en exclusiva de un partido por jornada liguera a través de *Digital +*.

Los datos correspondientes a la ventana de pago por visión dentro del mercado de la TV de pago eran los siguientes:

- **Número de contrataciones de partidos (pinchazos).** El número de pinchazos de los abonados para partidos de fútbol había sido: 8.525.133 en 2003, 13.535.470 en 2005 y más de 16.000.000 en 2006.
- **Número de contrataciones de films en pago por visión.** El número de pinchazos de los abonados para películas *Premium* había sido: 7.879.884 en 2003 y 8.235.565 en 2005.

Es decir, que era mayor el número de contrataciones para ver partidos de fútbol en pago por visión que para ver cine de estreno, lo que denotaba la importancia del fútbol para la ventana de pago por visión.

En cuanto a la particular posición de *Sogecable* en la ventana de pago por visión:

- **Titularidad de los derechos sobre contenidos deportivos Premium para pago por visión.** Canal Satélite Digital era el titular del 100 % de la nuda propiedad y AVS era titular del 100 % del usufructo. Otros operadores suscribían contratos con esas dos entidades para poder explotar los derechos en *pay per view* contra el pago de una retribución mínima garantizada o de otra fijada atendiendo al número de pinchazos.
- **Cuotas de mercado por número de pinchazos en fútbol.** Sogecable contaba con una cuota superior al 80 % de las contrataciones de fútbol en pago por visión de ámbito nacional mientras que la cuota, tanto de ONO como de Imagenio, se situaban por debajo del 10 %.

Estos datos permitían inferir: (i) que la cuota de mercado por número de abonados a TV de pago de Sogecable no era 8 veces superior a la de ONO o Telefónica; (ii) que si Sogecable disfrutaba de 8 veces más pinchazos para fútbol que esos otros operadores, la explicación sólo podía encontrarse en el hecho de contar Sogecable con la explotación en ventana de pago del partido más atractivo de la jornada de liga y en el efecto de arrastre que lo anterior ejercía en la contratación de otros partidos en pago por visión; (iii) que, aun admitiendo, a efectos dialécticos, la existencia de un mercado separado para la ventana de pago por visión, Sogecable también disfrutaría de posición dominante.

La operación suponía la toma de control exclusivo por Sogecable de AVS, al suprimir el derecho de veto que hasta entonces había venido disfrutando el accionista minoritario (TVC) y suponía atribuir a Sogecable la explotación en exclusiva de la Liga y Copa de S.M. el Rey en televisión de pago y ppv durante los años siguientes a la operación.

Sogecable/AVS iba a disfrutar no sólo de poder de mercado en el mercado ascendente y en el descendente (umbral del 30 % conforme a las Directrices de Concentraciones verticales), sino además de monopolio en el mercado ascendente de los derechos deportivos (cuota del 100 %) y de posición dominante reforzada en el mercado de la TV de pago, comprendiendo tanto la ventana de pago como la de pago por visión.

Los efectos anticompetitivos de la operación eran, principalmente, los no coordinados derivados de la exclusión de los competidores de Sogecable (ONO, principalmente) del mercado descendente de la TV de pago, básicamente bloqueando su acceso a un insumo esencial, los contenidos Premium deportivos. Este bloqueo de insumos, por razones regulatorias, no había surgido hasta entonces en su manifestación más radical de la denegación suministro, pero sí en otras más atenuadas que pasaban por subidas de precios o degradaciones de calidad.

Lo anterior era así por las condiciones impuestas por las autoridades de la competencia en el caso de la integración de Via Digital en Sogecable y, fundamentalmente, de la que obligaba a Sogecable a conceder licencia a otros operadores de pago sobre los contenidos deportivos Premium para emisión en pago por visión, en el caso de que llegara a adquirir derechos exclusivos sobre los mismos. Sin embargo, no cabía desconocer que tales condiciones expiraban en noviembre de 2007, por lo que, si bien hasta la temporada 2006/2007, 8 de los 10 partidos de cada jornada habían llegado a emitirse en pago por visión, la situación probablemente revertiría a partir de la expiración de las condiciones impuestas.

La capacidad de *Sogecable/AVS* para el bloqueo de insumos sería indudable atendiendo a las características del insumo y a la falta de competidores activos en el mercado de suministro del mismo.

Los contenidos *Premium* deportivos eran un insumo esencial para permanecer el mercado descendente de la TV de pago, en cualquiera de sus modalidades o ventanas, no sólo por representar una parte importante del coste total del producto descendente, sino además porque el fútbol aportaba un importante valor de diferenciación a los servicios de TV de pago, hasta el punto de que no pudiera hablarse de servicios de TV de pago que no incluyeran esos contenidos.

En cuanto a la falta de otros proveedores competidores de la sección ascendente de *AVS/Sogecable*, este efecto se veía agravado por el propio modelo español de comercialización de los derechos deportivos. Como examinaremos en detalle al tratar de los mercados de los contenidos *Premium* deportivos, el modelo vigente (derecho de arena/titularidad del club anfitrión + derecho de veto del club visitante) alentaba la progresiva y cada vez más rápida concentración de derechos en la plataforma de adquisición que ya contara con un mayor número de derechos adquiridos, bajo una especie de progresión geométrica. Es decir, que la competencia potencial en el mercado ascendente era mínima.

Además de la capacidad, *Sogecable/AVS* tendría el estímulo para realizar ese bloqueo de insumos. Este factor dependería del nivel de rentabilidad que el bloqueo pudiera suponer para la concentrada. *“Esencialmente – considerando 40 de las Directrices -, la entidad resultante de la concentración debe llegar a un equilibrio entre el beneficio perdido en el nivel superior del mercado debido a una reducción de las ventas de insumos a los rivales (reales o potenciales) y el aumento del beneficio, a corto o a más largo plazo, resultante del incremento de las ventas descendentes o, según los casos, de la capacidad de subir los precios a los consumidores”*.

Como elementos de los que cabría que dependiera esa rentabilidad podrían destacarse los *márgenes en sentido ascendente* y las *economías obtenidas en sentido descendente*.

En cuanto a los *márgenes en sentido ascendente*, cuanto menores fueran menor sería también la pérdida derivada de la restricción de las ventas de insumos. En este sentido, podía esperarse que el precio cobrado por *Sogecable/AVS* a *ONO* por la cesión de los derechos fuera no mucho más que el que *Sogecable/AVS* había previamente abonado a los clubes para el disfrute de los mismos, dado el fuerte poder de mercado de estos últimos. Es decir, que era muy posible que para *Sogecable/AVS* no supusiera un gran sacrificio dejar de cobrar de *ONO* el precio que ésta pagaba por el disfrute de los derechos.

Y respecto a las *economías obtenidas en sentido descendente*, las mismas no quedarían limitadas a la cuestión de los márgenes. Obviamente, cuanto mayores fueran los márgenes en sentido descendente – en el nivel situado entre la división descendente de la concentrada y sus competidores, por una parte, y los clientes (abonados a TV de pago) de todos los anteriores, por otra - mayor sería el beneficio derivado del incremento de la cuota de mercado descendente a expensas de los rivales bloqueados, lo que podría verse además alentado por la existencia de importantes economías de escala, alcance o densidad. Esto era, precisamente, lo que sucedía en este caso, pues el mercado de la TV de pago era un mercado con fuertes economías de escala, de alcance y de densidad.

Además, debía considerarse la probabilidad de que la división inferior de la concentrada pudiera llegar a capturar la cuota de mercado liberada por los rivales bloqueados [cita la Comisión – Nota al pie n.º 36 de las Directrices sobre concentraciones no horizontales - el asunto COMP/M.3943 — *Saint-Gobain/BPB* (2005), apartado 78, donde consideró que sería muy poco probable que *BPB*, el principal proveedor de placas de yeso en el Reino Unido, recortara los suministros a los distribuidores rivales de *Saint-Gobain*, en parte por la dificultad que entrañaba la ampliación de la capacidad de la distribución de *Saint-Gobain*] y, asimismo, la posición dominante de la sección descendente de *Sogecable/AVS* en el mercado de la TV de pago. A partir de aquí *AVS/Sogecable* tendría plena capacidad para diseñar una estrategia coordinada que le permitiera maximizar sus beneficios en las dos ventanas de TV de pago. En este sentido, podría derivar el suministro de contenidos deportivos hacia la ventana de pago o hacia la de pago por visión, dependiendo de cuál fuera su interés en cada momento.

En cuanto al impacto probable del bloqueo de insumos en el mercado de la TV de pago, lo más creíble era que llegara a darse en el mercado español de la TV de pago, como consecuencia de que *ONO* vería incrementados sus costes en el mismo y se vería obligada a incrementar los precios aplicados a sus abonados a TV de pago o a limitar la cantidad y variedad de contenidos *Premium* deportivos presentes en sus emisiones. En definitiva, la operación suponía elevar barreras de entrada casi infranqueables dentro del mercado de referencia.

En cuanto al riesgo de efectos anticompetitivos coordinados, tampoco resultaba descartable que la exclusión de *ONO* del mercado descendente de la TV de pago fuera acompañada de colusión o cooperación horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica* (ver más arriba). Otra fuente de efectos anticompetitivos coordinados cabía plantearse, como hizo el TDC, en su informe sobre los derechos del fútbol, en un escenario de plena implantación de la TDT de pago que podía llevar a que todo el área conformado por el mercado ascendente (derechos deportivos) y el segmento descendente de la difusión televisiva pudiera verse atravesado por dos columnas verticales, a saber, la que suponía *AVS/Sogecable* y la que conformaba *Mediapro/La Sexta*. Lo anterior podía alimentar la colusión tanto en el nivel de los proveedores como en el de los difusores.

En cuanto a la concurrencia de neutralizadores, podía plantearse la existencia de competencia potencial por la integración vertical (transmisión de señal audiovisual/TV de pago) y conglomeral (TV de pago/Internet/telefonía), tanto de *ONO* como de *Telefónica*, que les permitiera expandirse en el mercado de la TV de pago, sin embargo lo anterior no podría compensar los efectos anticompetitivos, sobre todo por la ausencia de insumos alternativos adecuados respecto del fútbol. Tampoco había poder de compra en los abonados a TV de pago ni proveedores en reventa de derechos deportivos alternativos a la nueva entidad verticalmente integrada. Finalmente, la posición dominante de la nueva entidad *AVS/Sogecable*, tanto en el mercado ascendente como en el descendente, iba a ser tal que probablemente carecería de incentivos para trasladar a los abonados a TV de pago cualquier eficiencia económica obtenida como consecuencia de las fuertes sinergias verticales y de la internalización de márgenes dobles en la nueva entidad.

El hecho de que la operación propuesta llegara a afectar al juego de la competencia en el mercado de la TV de pago, conforme a cuanto se acaba de exponer, es lo que llevó al TDC a imponer dos restricciones de comportamiento que luego habrían de desarrollarse mediante

acuerdo del Consejo de Ministros, a saber, en la medida en que AVS disfrutara de derechos exclusivos sobre contenidos deportivos *Premium*: (i) debía conceder licencia a terceros en condiciones de sana competencia para la explotación en pago por visión; (ii) de decidir *Sogecable/AVS* un aumento de los partidos a emitir por la ventana de pago debía conceder ese mismo acceso a los terceros para la explotación en dicha ventana de pago.

(b) En clave de abuso anticompetitivo

Otro aspecto esencial, relacionado con la concentración vertical y perfectamente compatible con ella, era el de la existencia de abusos de posición dominante anticompetitivos por parte de *Sogecable* para excluir a *ONO* del mercado descendente de la TV de pago. Por otra parte, a diferencia del enfoque estructuralista de las concentraciones, que buscaría determinar con “prospectiva” si la integración vertical afectaría a la estructura del mercado de la TV de pago, con el abuso de lo que se trataría sería de precisar con “perspectiva” si habían llegado a darse comportamientos anticompetitivos. Hecha la anterior aclaración, podríamos, sin embargo, referirnos a la existencia efectiva de abuso antes de la concentración y al riesgo potencial de abuso después de la misma.

El resultado lesivo para la competencia, uno de los elementos configuradores del abuso de posición dominante, podía pasar en este caso (v. Orientaciones de la Comisión) por un cierre anticompetitivo del mercado. No bastaba, para que pudiera haber abuso, con que el mercado de la TV de pago se hubiera llegado a cerrar para *ONO*, sino que resultaba además necesario que ese cierre hubiera sido anticompetitivo, en el sentido de lesivo para los intereses de los abonados a TV de pago por traducirse en incrementos de precios o rebajas de calidad de los servicios de TV de pago. En este sentido, no se veía por qué razón el cierre del mercado frente a *ONO* podía llegar a ser competitivo o beneficioso para los consumidores. Para valorar ese efecto cierre, la posición más que dominante de *Sogecable/AVS*, después de la concentración vertical, y de *Sogecable*, antes de la misma, debía ser tenida muy en cuenta, como también el carácter esencial del insumo o *input* al que hicimos relación más arriba.

En cuanto a la posible concurrencia de eficiencias, la misma no sería importante por las mismas razones puestas de relieve al referirnos a la concentración, debiendo aquí añadirse la reticencia de la Comisión, puesta de manifiesto en sus orientaciones, a la hora de admitir eficiencias en el caso de comportamientos restrictivos desplegados en mercados monopolísticos u oligopolísticos, como era el caso, precisamente, del español de la TV de pago. Tampoco cabría pensar en la existencia de justificación objetiva para el abuso anticompetitivo de *Sogecable*, por el hecho de no responder el mismo a finalidades impuestas por el ordenamiento jurídico español ni ser estrictamente indispensable para la consecución de los fines de interés general del servicio televisivo.

En cuanto a las posibles formas de tal abuso anticompetitivo, podía empezar por pensarse en la existencia de abusos por acuerdos exclusivos. Dentro de esta modalidad habría que centrarse sólo en los tipos de abuso que pudieran llegar a producir efecto sobre el mercado que nos ocupa, el español de la TV de pago. Así, nos podríamos referir a la posibilidad de que *Sogecable* impusiera a *AVS* el suministro exclusivo de contenidos deportivos para sus ventanas de pago y de pago por visión (obligaciones de suministro exclusivo) o, al menos, abusara de su posición dominante en el mercado de la TV de pago para alentar a la misma *AVS* a ese mismo suministro exclusivo (incentivos de suministro exclusivo).

La consecuencia sería que *ONO* tendría bloqueado el acceso a los suministros de *AVS* (*inputs foreclosure*). Este no era un riesgo importante antes de noviembre de 2007, por la restricción de comportamiento que obligaba a *Sogecable*, para el caso de hacerse con derechos exclusivos, a conceder licencia a *ONO* para la ventana de pago por visión y a los operadores en abierto. Sin embargo, sí pasaba a serlo a partir de esa fecha. Es decir, que el riesgo de este abuso se refería sobre todo al escenario posterior a la concentración y se agravaba por la posición inexpugnable de la entidad integrada en el mercado ascendente y en el descendente y, relacionado con ello, por la ausencia de competencia real, potencial o residual en el mercado ascendente y el debilitamiento de la misma en el mercado descendente y, en términos generales, por la existencia de fortísimas barreras a la entrada en ambos mercados. Contribuirían a acentuar los efectos anticompetitivos la duración de los acuerdos, presumiblemente larga, por la integración vertical de *Sogecable/AVS* y la existencia de efecto red y escala en el mercado de la TV de pago. Y respecto de la ausencia de eficiencias y de justificación objetiva para tal comportamiento, nos remitimos a lo ya dicho con carácter general.

En cuanto al riesgo de abuso de posición dominante por denegación de suministro o compresión de márgenes, su importancia sería capital. Ambas prácticas tienen de común el hecho de que la empresa dominante sólo estará incentivada para incurrir en ellas cuando compita tanto en el mercado ascendente de venta del insumo como en el descendente, en el que ese insumo es necesario, y donde querrá excluir a sus competidores. Aquí cabrá que la empresa dominante quiera que sus competidores en el mercado descendente no tengan el insumo (denegación del suministro) o quiera que los tengan, pero a unos precios que no le permitan luego, al revender el producto manufacturado, obtener un margen de beneficio suficiente como para poder sobrevivir en el mercado (compresión de márgenes).

Tanto en el caso de ***denegación del suministro*** como en el de ***estrechamiento de márgenes***, para que la Comisión pase a controlar estas conductas será necesario que se dé la condición de que el insumo sea objetivamente necesario para que los competidores puedan actuar en el mercado descendente en el sentido de que esos mismos competidores no puedan hallar para ese insumo ningún sustituto real ni potencial en el que basarse ya adquiriéndolo de otros proveedores ya desarrollándolo por sí mismos. La Comisión refiere (nota al pie n. 58 de las orientaciones) que “*generalmente es probable que sea imposible copiar un insumo cuando interviene un monopolio natural debido a economías de escala o de alcance, cuando hay efectos de red importantes o cuando se refiere a la denominada información de fuente única*”. El insumo “*información de fuente única*” era, justamente, el que se daba en el caso *Magill* (ver más abajo). Los efectos de red o economías de densidad serían característicos de los mercados de las comunicaciones electrónicas y se darían, precisamente, con relación al insumo del bucle local a que nos venimos refiriendo para el que no habría a corto plazo un sustituto idóneo (p.e., bucle local inalámbrico); pero también, aunque en menor grado, se daría en el mercado de la TV de pago, junto con las economías de escala.

En términos generales, dentro de la práctica abusiva de denegación de suministro se comprendería no sólo la denegación de suministro de productos, sino también la de otra clase de insumos importantes para que los clientes puedan sobrevivir en el mercado descendente como, p.e.: derechos de propiedad intelectual o industrial [como en el citado caso *Magill* – Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comisión (Magill)*, Rec. 1995, p. 743, asunto C-418/01; *Vid Infra* - donde se denegaba la información sobre la programación de televisión para la confección de guías de programas pretextando que la propiedad de esa información era de los

organismos de difusión televisiva]; licencias de tecnología [la Comisión cita el Asunto T-201/04, *Microsoft/Comisión*, Rec. 2007, p. II-3601, en el que la empresa dominante supeditaba la entrega de su sistema operativo para ordenadores personales a la simultánea adquisición del lector multimedia, o, a nuestros efectos, denegaba la concesión de la licencia; en los ámbitos de la TV de pago esto podría llegar a plantearse en relación, p.e., con la apertura de los descodificadores instalados en los hogares a la oferta de los servicios de TV de pago de otros operadores distintos del que los instaló]; o recursos o instalaciones esenciales (dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas la denegación del acceso de los competidores a recursos o instalaciones esenciales debieran haber quedado descartada gracias a la imposición de remedios u obligaciones específicas – interconexión, coubicación, etc. - a los incumbentes con Poder Significativo de Mercado).

También, por ejemplo, el 1 de agosto de 1984, la Comisión aceptó el compromiso unilateral de *IBM* de suministrar a otros fabricantes la información técnica sobre interfaces necesaria para utilizar productos rivales con la gama de ordenadores más potentes de *IBM*: los System/370. Acto seguido, la Comisión suspendió el procedimiento que había iniciado con arreglo al artículo 86 contra esa empresa en diciembre de 1980.

En nuestro caso concreto, por cuanto se viene diciendo, los riesgos de denegación de suministros se planteaban, sobre todo, en el escenario posterior a la concentración con relación a los derechos de propiedad intelectual para la explotación de eventos deportivos en TV de pago.

Y, en cuanto a la compresión de márgenes, esta práctica abusiva es de las más importantes en el ámbito de los mercados relacionados con el acceso de los competidores del incumbente de telecomunicaciones a la infraestructura de éste para competir con ese mismo incumbente en la prestación de servicios minoristas de telecomunicaciones a los usuarios finales (singularmente, en el caso del bucle local).

Sobre estrechamiento de márgenes son ya clásicas las afirmaciones de los Profesores Areeda y Turner (Phillip Areeda & Donald F. Turner; *“Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act”*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975): “... a new producer with a monopoly on an entirely new product might also find it rational to set an initial price below the high marginal costs incurred at early low outputs. But no defence is needed for these declining costs cases. They can be taken care of by a sensible interpretation of the rule that a monopolist is entitled to price at or above reasonably anticipated marginal costs. In other words, to establish predatory pricing, it should be necessary to show that a monopolist has priced both below immediate marginal costs and below the marginal cost at the output which he reasonably anticipated he would attain within a reasonable period of time”.

Una característica del *price squeeze* es la de que surge en el caso de mercados nuevos o emergentes. Esto dificulta el análisis de las autoridades de la competencia porque las compañías que lanzan esos nuevos productos o servicios pueden sentirse en la necesidad de amortizar los costes de las infraestructuras o inversiones necesarias para el lanzamiento del producto. De ahí que pueda tener justificación el que durante un corto periodo apliquen precios bajos en el segmento minorista o altos en el mayorista por razones que nada tendrían que ver con la exclusión de un competidor de su mercado (estas razones pueden incluso dar lugar a una justificación objetiva ex Art. 82 y buscar que otras empresas no se aprovechen o parasiten su esfuerzo inversor). En la práctica puede resultar difícil distinguir entre unos y

otros supuestos (legítimas pérdidas de partida y pérdidas que obedecen a una estrategia de exclusión). La situación se agrava partiendo de la ausencia de unos criterios claros emanados de las autoridades de la competencia. En ocasiones, el único elemento de juicio vendrá constituido por el Plan de Negocio de la nueva empresa y, a menos que se base en un intento expreso de exclusión o que se asuma la imposibilidad de obtener beneficios en el futuro, resultara realmente difícil determinar la existencia de estrechamiento de márgenes.

El estrechamiento de márgenes no es fenómeno que afecte de modo exclusivo a los mercados de las comunicaciones electrónicas y tiende a darse también en otros mercados muy distintos (PLC – *Practical Law Company – Cross-border Handbooks, Communications*, 2005, Pp. 47 y Ss. Paolo Palmigiano and Beatrice Roxburgh de *British Telecommunications*. Ponencia del primero en 16 th *Annual Communications and Competition Law Conference*, Madrid, 23 y 24 mayo de 2005, auspiciada por la *Internacional Bar Association*):

- ***National Carbonising*** (DO 1976 L 35/6). Fue el primer caso (1976) de estrechamiento de márgenes que se planteó. *NCC* (*National Carbonising company*) compraba todo su carbón del *National Coal Board* (*NCB*) cuya subsidiaria *NSF* producía carbón en competencia con *NCC*. *NCB* era casi monopolista en el mercado de la venta mayorista de carbón y, a través de *NSF*, copaba un 90 % del mercado descendente de la producción. *NSF* era quien lideraba los precios en el mercado descendente, es decir, que sus precios sentaban un precedente para el resto de industrias del sector. Por lo anterior no era posible para *NCC* incrementar sus precios por encima de los de *NSF* sin quedar fuera del mercado. Como consecuencia de los incrementos de precios aplicados por *NCB* a *NCC* por el material bruto, el coste de producción de ésta ascendió a las 10,39 GB £ por tonelada mientras que su filial *NSF* aplicaba en el mercado minorista un precio de 6,70 GB £. La comisión sentó el principio de que una empresa dominante que suministre un recurso esencial a sus rivales “*tiene la obligación de ajustar sus precios de modo que permita a un manufacturero razonablemente eficiente del producto derivado obtener un margen de beneficio suficiente como para permitirle sobrevivir en el largo plazo*”. Aunque, en este supuesto, la Comisión manejó el parámetro del operador razonablemente eficiente, en otros maneja el del operador igualmente eficiente al dominante, lo que puede entrañar una menor indefinición y, por tanto, una mayor seguridad.
- ***British Sugar (BS)/Napier Brown (NB)*** (DO 1988 L 284/41). *BS* era dominante en el mercado del azúcar en bruto y de los productos derivados. *NB* era comprador y revendedor de azúcar en competencia con *BS*. En este caso, el estrechamiento de márgenes era sólo una de las prácticas restrictivas que no permitirían sobrevivir a *NB*. Aunque en este caso sobre estrechamiento de márgenes la empresa dominante verticalmente integrada era dominante no solo en el mercado mayorista sino también en el minorista, las autoridades de la competencia no consideran este último requisito indispensable porque la empresa dominante en el mercado ascendente puede aprovechar su posición para mejorar su posición en el mercado descendente prescindiendo de los propios meritos competitivos (efecto bola de nieve).
- ***Industrie des Poudres Sphériques (IPS)*** (Case T – 5/97[2000], ECR II-3755). La Comisión rechazó la reclamación de ésta frente a *Pechiney Electro Metallurgie (PEM)* que era el principal productor de metal de calcio en la UE. El TPI de la UE confirmó la decisión de la Comisión porque *IPS* podía encontrar fuentes alternativas de suministro en Norteamérica, China, Rusia. El TPI afirmó que el estrechamiento de márgenes surge

si una empresa dominante verticalmente integrada suministra un recurso a sus rivales “a un nivel en el que aquellos que compran el recurso no obtienen en el procesamiento un margen suficiente de beneficio para seguir siendo competitivos en el mercado del producto”. El TPI sugería que lo anterior podía tener lugar por dos vías: **a)** cuando fueran abusivos los precios del recurso mayorista; **b)** cuando fueran predatorios los del recurso minorista.

En otros ámbitos, como el que ahora nos ocupa, podría también imaginarse, p.e., si una plataforma de adquisición de importantes derechos audiovisuales vinculada a un operador de TV de pago los vende a otros difusores a precios tan elevados que impidan a estos rentabilizar su inversión y permanecer en el mercado de la TV de pago.

En *AVS III*, a diferencia de la denegación de suministro, que sólo cabría que se planteara en el escenario posterior a la concentración, el riesgo de estrechamiento de márgenes se planteaba tanto en el escenario posterior a la concentración como en el anterior a ella, si bien, en este último escenario, el riesgo sería menor, por la ausencia de integración vertical total (por el derecho de veto de *TVC* en *AVS*). En efecto, antes de la notificación de la toma de control de *AVS*, las condiciones en que *Sogecable* y *AVS* habían venido dando acceso a los cableoperadores a los contenidos deportivos había suscitado muchísimas controversias y litigios.

Lo característico del estrechamiento de márgenes o “pinzamiento” es que el operador dominante puede llevarlo a efecto bien subiendo el precio de los insumos que vende en el mercado ascendente bien bajando el precio de sus propios productos en el mercado descendente. En el ejemplo del bucle local, lo mismo podrá ser que el incumbente de telecomunicaciones eleve los precios que cobra a otros operadores por acceder a su par de cobre como que baje los precios que cobra a los usuarios finales por sus propios servicios de acceso a Internet; o ambas cosas. En cambio, tratándose de precios por la adquisición de derechos deportivos, por lo elevadísimo de su coste, los riesgos se darían más que por la comercialización de los mismos en el mercado minorista de la TV de pago a precios muy bajos, e incluso predatorios, por el cobro a los competidores (*ONO*) de precios muy elevados en el mercado ascendente que les impida rentabilizar su inversión en el mercado descendente.

Para decidir sobre su existencia, las autoridades de la competencia deben concluir si es o no probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado a resultas del estrechamiento de márgenes, para lo que deberán atender a los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta.

La práctica de rebaja de los precios minoristas podrá conectar con la de precios predatorios a que acabamos de referirnos. Para decidir si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quedará excluido del mercado a resultas del estrechamiento de márgenes, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. En casos de compresión de márgenes el parámetro que suele utilizar la Comisión para determinar los costes de un competidor con igual grado de eficiencia es el *LRAIC* de la división descendente de la empresa dominante integrada. Normalmente, sólo los precios inferiores al *LRAIC* pueden excluir del mercado a los competidores con igual grado de eficiencia que el dominante. El coste incremental medio a largo plazo es la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurre una empresa para fabricar un determinado producto. El hecho de no cubrir el *LRAIC* indica que la empresa

dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado.

El sistema de retribución que vimos existía en España permitía a *Sogecable* controlar el coste marginal de sus competidores en el segmento del pago por visión de partidos de fútbol, impidiéndoles rentabilizar su inversión en la adquisición de contenidos, obtener economías de escala y reducir sus costes de programación por abonado para así rebajar sus precios e incrementar su base de clientes. Los riesgos se relacionaban, en efecto, más con la aplicación de precios abusivos en el mercado del insumo que con el recurso a precios predatorios en el mercado descendente de los servicios de TV de pago. Recordemos que los cableoperadores entablaron varios procedimientos arbitrales ante la CMT sobre la base de que los mínimos garantizados, o precio mínimo garantizado, que les cobraba *Sogecable* habían superado en ocasiones hasta seis veces la cifra de consumos reales (pinchazos) por parte de sus clientes. Frente a ese modelo algunos operadores de cable defendían un sistema de sublicencia, basado en el pago de una retribución a *AVS/Sogecable* que no dependiera del número de pinchazos o de los resultados obtenidos por los cableoperadores en pago por visión, a fin de hacer posible de esta manera una concurrencia en precios y servicios.

En cuanto a las posibles eficiencias, tanto en la denegación de suministro como en el pinzamiento, hay ciertas ideas de las que partir para valorar estas eficiencias. La idea esencial será la de que tales prácticas habrán de ser beneficiosas para los consumidores. Se parte de la libertad de la empresa para disponer de los bienes de su propiedad como mejor le parezca y para elegir libremente a sus proveedores y clientes. Además, la anterior es la forma de que las mismas empresas puedan rentabilizar sus inversiones y evitar ser parasitadas por los competidores que, lejos de invertir por sí mismos, prefieren aprovecharse de las inversiones acometidas por la empresa dominante.

Si acudimos al ejemplo del despliegue de las redes de nueva generación en nuestro país o en Alemania, tendríamos que los incumbentes de telecomunicaciones exigen para acometer las inversiones ciertas medidas – p.e., vacaciones regulatorias – que les permitan rentabilizar la inversión y evitar que otros operadores de telecomunicaciones puedan aprovecharse, sin más, de su esfuerzo inversor. Desde esta óptica, cabría plantearse la existencia de eficiencias que pudieran justificar el que *Telefónica* o *Deutsche Telecom* pudieran quedar legitimadas para no permitir el acceso de los competidores a su Red de Nueva Generación, al menos durante cierto tiempo, y así permitir el definitivo despliegue de una red que permite el disfrute de servicios audiovisuales novedosos por parte de los consumidores. La otra cara de esta medida podría cifrarse, por ejemplo, en el riesgo de que esos mismos incumbentes pudieran aplicar precios abusivos a los usuarios finales en la provisión de esos servicios novedosos, al no tener que enfrentar la competencia de otros operadores de telecomunicaciones en los mercados minoristas.

Llevando lo anterior al caso de *AVS/Sogecable*, la regla de la que partir era la de la libertad de la misma para la amortización de la fuerte inversión que comportaba la adquisición de contenidos Premium. Sin embargo, esa libertad no podía ser tal que le permitiera excluir a los cableoperadores del mercado de la TV de pago (ventana de pago por visión) por el carácter lesivo que tal exclusión podía llegar a tener para el buen funcionamiento del mercado y para los intereses de los abonados.

(6) En el caso Gol TV

En el caso *Gol TV* se trataba de que *Mediapro*, activa en la comercialización de derechos deportivos, y su filial *Gol TV*, podían haber protagonizado prácticas restrictivas para el juego de la competencia (colusión o abuso de posición dominante) en el mercado de la TV de pago. *Mediapro* estaba integrada verticalmente con *La Sexta*, activa en el mercado de la TV en abierto, y con *Gol TV*, activa en el mercado de la TV de pago, la cual utilizaba, precisamente, para la emisión de sus contenidos deportivos en modalidad de pago uno de los canales digitales asignados a *La Sexta*.

Tales prácticas podían haberse dado en la reventa, en el primer semestre de 2009, de derechos sobre partidos fútbol de Liga y Copa del Rey para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012 a otros operadores audiovisuales, a saber: *Sogecable*, *Telefónica*, cableoperadores, operadores de TV en abierto, otros operadores de TV de pago de poca implantación (operadores locales de cable, operadores de comunicaciones móviles como *Jazztel*, titulares de páginas web, etc.). A lo anterior se sumó la denuncia por *DTS/CSD* de abuso por *Mediapro* de su posición dominante por la vinculación de la compra de partidos en PPV para establecimientos de hostelería (*Gol Bar*) a la de esos mismos partidos en su modalidad residencial. Esta denuncia se dejó, sin embargo, sin efecto tras llegar ambas partes un acuerdo sin esa vinculación.

Aunque *Mediapro* disfrutaba de posición dominante en el mercado ascendente de la reventa de derechos, los efectos de la exclusión se dejaban sentir en el mercado descendente de la TV de pago, al ser el fútbol un insumo esencial para la prestación de estos servicios.

En cuanto al análisis estático de la estructura del mercado de la TV de pago en el caso *Gol TV*, lo esencial era lo siguiente. A diferencia de lo que ocurría en el mercado de la TV en abierto, en el que un operador cualquiera perfectamente podía sobrevivir en el mismo sin fútbol en su parrilla, el fútbol sí era un insumo esencial para sobrevivir en el mercado de la TV de pago. En todos los acuerdos *AVS* (I, II y III), *Sogecable* había quedado como principal titular de los derechos de emisión de partidos en la modalidad de TV de pago (ventana de pago + ventana de pago por visión), si bien, a consecuencia de la intervención de las autoridades de la competencia, con obligación de otorgar sublicencias a otros operadores para la ventana de pago por visión.

Así, en la temporada 2006/2007: (i) *Sogecable* explotaba en exclusiva un partido de Liga de Primera División por jornada en la ventana de pago; (ii) la misma *Sogecable*, *Telefónica* y los principales operadores de cable explotaban ocho partidos de Liga de Primera División por jornada en la ventana de pago por visión; (iii) los partidos de Liga de Segunda División no eran emitidos en modalidad de pago, sino de TV en abierto; (iv) los partidos de Copa del Rey podían emitirse en la modalidad en abierto o en la ventana de pago por visión (modalidad de pago), dependiendo de quién llegara a hacerse con los derechos de los dos equipos en liza.

Como consecuencia, primero, del Real Decreto Ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regulaba, para las concesiones de ámbito estatal la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional y, luego, de la Ley General de Comunicación Audiovisual de 2010, la opción de la TDT de pago se hizo realidad en la normativa. A resultas de lo anterior, comenzó *Gol TV* a partir de verano de 2009 a emitir su canal de pago de contenidos deportivos utilizando uno de los canales digitales que dentro del canal múltiple digital tenía adjudicado *La Sexta*.

En 2009, el mercado español de la TV de pago representaba por volumen de ingresos 1.825 millones de euros y 4,1 millones de clientes que representaban una cuarta parte de los hogares españoles. Sin que ello determinara un cambio del mercado pertinente, sí se observaba una cierta diferenciación de producto entre la oferta de *Telefónica* y los cableoperadores, cuyo gancho era el *triple play*, y la de *Sogecable* y *Gol TV*, cuyo gancho venía del fuerte atractivo de sus contenidos exclusivos.

Sogecable era el operador preeminente del mercado de televisión de pago, tanto en términos de abonados (48,5 % en 2009) como de ingresos (68,7 % en 2009), si bien su posición se había visto desgastada, entre otras cosas, por la entrada de nuevos operadores, como *Gol TV*, que se había convertido en el cuarto operador más importante en TV de pago, o las ofertas agrupadas de televisión de pago y otros servicios de sus competidores. Ello determinó que la autoridad de la competencia no se decantara abiertamente a favor de la existencia de una posición dominante de *Sogecable*. El dato de que su cuota en términos de ingresos fuera muy superior a su cuota en número de abonados implicaba que los precios medios que aplicaba *Sogecable* a sus abonados eran bastante superiores a los aplicados por sus competidores gracias a sus contenidos exclusivos.

En 2010, el número de abonados a TV de pago creció hasta los 4.188.035. Sin embargo, la evolución del número de abonados por operador estaba siendo desigual. *Sogecable* perdía abonados en términos absolutos, hasta los 1.772.677 en el tercer trimestre, lo que suponía un 42,3 % de cuota en el mercado de la televisión de pago en términos de abonados. También lo hacía *ONO* con 954.267 (22,8 % de cuota en términos de abonados). Aumentaban fundamentalmente *Telefónica*, con 771.299 abonados en el tercer trimestre (un 18,4 % de cuota de mercado), y *Gol TV*, que había conseguido alcanzar en ese mismo período los 276.977 abonados (un 6,6 % de cuota). Las cuotas en ingresos reflejaban también esta evolución.

Centrados sólo en la ventana de pago por visión, el fútbol, de representar el 53,3 % del total de “pinchazos” en 2007, había pasado a representar sólo el 34,2 % en 2009. Este descenso había obedecido, entre otros factores, al conflicto entre *Sogecable/AVS* y *Mediapro* sobre la aplicación del acuerdo de 24 de julio de 2006 durante las temporadas 2007/2008 y 2008/2009, que había impedido o dificultado la emisión en PPV de algunos partidos de la Liga de Primera División. En la temporada 2009/2010, el número de partidos en PPV descendió de los ocho de la temporada 2006/2007 hasta los 4/5, no siendo ninguno de los partidos emitidos en PPV en esta última temporada del *Real Madrid* o del *Barcelona*, los equipos con más capacidad de atracción de pinchazos.

Pasando ya a la evaluación dinámica del juego de la competencia, siendo el fútbol un insumo esencial para sobrevivir en el mercado de la TV de pago, un primer aspecto a sintetizar sería el relativo a la configuración unilateral por *Mediapro* de los paquetes de derechos para su reventa a los operadores de TV de pago. La exposición detallada hecha en su lugar permitiría extraer las siguientes conclusiones:

- 1.^a Los paquetes relacionados con el mercado de la TV de pago eran, sobre todo, el 2 (un partido por jornada de Liga de Primera División + un programa resumen), el 3 (dos partidos por jornada de Liga de Primera División + un programa resumen), el 4 (un partido por jornada de Liga de Segunda División + un programa resumen), el 6 (dos partidos por jornada de Liga de Segunda División + un programa resumen), el 10 (un

partido por jornada de Copa del Rey + un programa resumen) y el 11 (resto de partidos de Copa del Rey + un programa resumen).

- 2.^a En todos los paquetes la cesión de derechos sobre partidos comprendía la emisión en directo.
- 3.^a En todos los paquetes la cesión de derechos sobre partidos y resúmenes era a título exclusivo con las siguientes excepciones de cesión no exclusiva: **(i)** el programa resumen del paquete 2; **(ii)** los partidos y el programa resumen del paquete 3; **(iii)** el programa resumen del paquete 4; **(iv)** los partidos y el programa resumen del paquete 6.
- 4.^a Los derechos correspondientes a los paquetes 2, 4 y 10 se cedían para su emisión a través de un canal *Premium* generalista de TV de pago, mientras que los derechos correspondientes a los paquetes 3, 6 y 11 se cedían para su emisión por un canal temático de fútbol o deportes de televisión de pago.
- 5.^a En todos los paquetes se establecían unas reglas para la elección de partidos y se establecían limitaciones temporales para la emisión (hora o franja horaria de emisión de resúmenes o de partidos, topes de duración de los resúmenes, imposibilidad de coincidir horarios de emisión de diferentes paquetes, etc.).
- 6.^a En todos los paquetes se contemplaba la posibilidad de emisión a través de cualquier plataforma tecnológica de TV de pago (satélite, TVIP, cable y ondas hertzianas) salvo en el caso de los paquetes 2, 4 y 10, los de mayor atractivo, en los que se excluía la TDT.

El laberinto de contratos celebrados por *Mediapro* y/o *Gol Televisión* entre sí y con otros operadores de TV de pago (*Sogecable*, *Telefónica*, *ONO*, otros cableoperadores, otros operadores móviles y de comunicaciones electrónicas, titulares de páginas web, etc.) se dejó expuesto con todo lujo de detalles en la resolución de la CNC cuyo contenido reproducimos en el epígrafe correspondiente. Aquí en conclusiones, las referencias a su contenido sólo tendrá sentido en cuanto los mismos se relacionaran con las concretas prácticas restrictivas imputadas. Por otra parte, ya vimos también que esos contratos no se ajustaron al final exactamente al contenido de los paquetes ofertados inicialmente.

Respecto a la compatibilidad del modelo de explotación con el Derecho de la Competencia, dejó la CNC apuntadas también ciertas ideas esenciales: **(i)** el titular de derechos deportivos debía sublicenciar aquellos contenidos que no explotase por sí mismo; **(ii)** no resultaba inadmisibles que un *pool* de derechos deportivos presentara vínculos verticales con operadores audiovisuales, pero la comercialización de derechos a favor de otros operadores debía verificarse en condiciones de competencia y, por ende, objetivas, transparentes y no discriminatorias para evitar el cierre del mercado aguas abajo; **(iii)** de acuerdo con la LGCA estaba permitida la adquisición y explotación en exclusiva de derechos deportivos, pero su duración no podría exceder de los cuatro años y tampoco podría perjudicar el derecho del público al seguimiento de acontecimientos de interés general; **(iv)** por tanto, *Mediapro* había ganado por la vía de la competencia una posición dominante en el mercado de la reventa de derechos deportivos y podía explotarlos y/o cederlos con sujeción a los anteriores límites para maximizar su valor; **(v)** así, dada su participación en el mercado descendente de la TV de pago a través de *Gol TV* y esa posición dominante en el mercado ascendente de la reventa

de derechos, le era exigible la responsabilidad cualificada de cualquier operador dominante de modo que la comercialización de derechos no condujera al cierre del mercado descendente de la TV de pago.

Además de los acuerdos de reventa propiamente dichos, en el caso *Gol TV* se planteaba el acuerdo de puesta en común de los derechos sobre partidos de Liga y de Copa de SM el Rey del *Betis* y el *Tenerife*. En su virtud, se cedían a *Mediapro* por *Sogecable* los derechos audiovisuales de esos clubes para cinco temporadas en el caso del *Betis* y cuatro en el *Tenerife*. La autoridad de la competencia consideró que, como consecuencia de lo dispuesto por la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, la adquisición originaria por *Sogecable* a esos clubes había visto limitada su duración a los tres años. Como consecuencia de ello, la puesta en común detectada de *Mediapro* con *Sogecable* no podía ir más allá de tres temporadas y por ello la misma podía llegar a beneficiarse de la exención prevista en los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

Pasando a la valoración de los acuerdos de reventa a las cadenas de pago en clave de colusión vertical y/o abuso, la misma se hacía depender de dos factores, a saber, cuáles eran los derechos puestos en el mercado y cuáles eran las condiciones de esa comercialización. Esto afectaba no sólo al mercado de la reventa, sino también al descendente de la TV de pago en el que los derechos futbolísticos eran insumos esenciales y en el que *Mediapro* estaba activa a través de *Gol TV*.

En cuanto al primero de los factores, reconoció la CNC que el nivel de puesta de derechos en el mercado por parte de *Mediapro*, que intentaba maximizar la rentabilidad de su inversión en la adquisición de contenidos sin dejar derechos sin comercializar, se ajustaba a las exigencias del derecho de la competencia. *Mediapro* había optado por comercializar todos los derechos para TV de pago sin reservarse derechos exclusivos para sí y sólo había conferido derechos exclusivos sobre un partido, pero ello había sido a favor de su principal competidor *Sogecable*. Además, *Mediapro* había editado su propio canal temático, *Gol Televisión*, que comercializaba a sus competidores en el mercado descendente (*Sogecable* tenía su propio canal: *Canal +Futbol*). Además, *Mediapro* daba acceso en PPV al resto de partidos no empaquetados a través de *Gol TV* o de *Canal +Futbol*. A pesar de que, en algunos casos, la cesión era en exclusiva, se trataba de una exclusividad fuertemente limitada ya fuera en relación con los partidos a emitir en un determinado ámbito geográfico, con la tecnología de difusión, o la exclusividad horaria temporal para la emisión de resúmenes, o por el hecho de no ir nunca más allá de los tres años.

En cuanto a las condiciones de la puesta en disposición, de lo que se trataba era de determinar si la misma se daba con arreglo a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios de modo que pudieran excluirse los riesgos de colusión (Art. 1 LDC) y abuso de posición dominante (Art. 2 LDC).

En cuanto a la colusión, se descartó. En el caso del acuerdo de reventa entre *Mediapro* y su filial *Gol TV*, porque, dada la identidad entre ambas, no podía hablarse de una multilateralidad que permitiera aplicar el Art. 1 LDC. En cuanto a los acuerdos de reventa entre *Mediapro/Gol TV* y el resto de operadores porque ninguno de los acuerdos iba más allá de los tres años ni contenía derechos de adquisición preferente y porque la exclusividad estaba fuertemente recortada con arreglo a criterios temporales, territoriales o relacionados con la plataforma tecnológica de distribución (v. *supra*), de modo que lo anterior hacía posible aplicar la exención prevista en el Art. 1.3 LDC.

En lo que se refiere a la valoración en clave de abuso del comportamiento en la reventa de *Mediapro/Gol TV*, resultaba indudable la posición dominante de *Mediapro* en el mercado de la reventa, lo que le había permitido configurar unilateralmente los paquetes de derechos. El esquema de los posibles comportamientos abusivos podía ser:

1) **La configuración del modelo de explotación audiovisual de los derechos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol sin ajustarse a criterios de transparencia, objetividad y no discriminación en la formulación de su oferta de 2009 para las temporadas 2009 y siguientes.**

La CNC consideró que *Mediapro* desoyó los criterios enunciados en el “Informe Fútbol” que la CNC aprobó en 2008, privilegiando a *Gol Televisión* (su propio canal de televisión de pago) y, en menor medida, y de forma temporal, a *Sogecable* y excluyendo a la mayoría de los operadores de televisión de pago que, en la práctica, sólo dispusieron de la alternativa de emitir *Gol Televisión* para tener acceso a partidos de Liga y Copa de SM el Rey más atractivos. Lo anterior por los siguientes motivos:

a) ***Por la exclusión de determinadas modalidades de explotación en la configuración de los paquetes.*** Para la DI, la exclusión de la emisión a través de la TDT respecto de ciertos paquetes; la necesidad de que, dentro de la ventana de pago, la emisión hubiera de efectuarse a través de un canal *Premium* generalista (*Canal+* de *Sogecable*) para ciertos paquetes y a través de un canal temático de deportes para otros (*Canal+Liga* de *Sogecable* y *Gol Televisión* de *Mediapro/Gol TV*); la vinculación de la adquisición de derechos a la emisión de resúmenes en determinados paquetes, etc. encubría, en realidad, que los derechos ya habían sido adjudicados. En el caso de la TV de pago, la configuración de los paquetes excluía a la mayoría de los operadores potencialmente interesados, pues a los paquetes más atractivos sólo podían de facto aspirar *Sogecable* (paquetes 2, 4 y 10, que además se adjudicaban en exclusiva) y *Sogecable* más la propia *Mediapro* (paquetes 3, 6 y 11).

b) ***Por las restricciones impuestas a Sogecable respecto a la TDT de pago.*** Para la DI, las restricciones a las que se sometió a *Sogecable* en relación con la TDT de pago y *Canal+Liga*, evidenciaban la voluntad de *Mediapro* de reservarse una posición privilegiada en la explotación televisiva de los derechos de cara a la TDT de pago y la reventa de *Gol Televisión* a terceros operadores de televisión de pago. También para la DI ello habría contribuido a entorpecer el desarrollo de la TDT de pago a través de canales temáticos de fútbol y el lanzamiento de *Canal+Liga* de *Sogecable* en esa plataforma.

No fue ésta, sin embargo, la opinión del CCNC: en primer lugar, porque *Mediapro* experimentó un fuerte sacrificio económico para hacerse con los derechos en exclusiva; en segundo lugar, porque había cedido los derechos de retransmisión de un partido de Liga de Primera División por jornada a *Sogecable* para su emisión a través de la plataforma de televisión de pago por satélite; en tercer lugar, porque en el contrato no se excluía a futuro que pudiera negociarse la cesión a *Sogecable* también para TDT de pago que era una ventana emergente por la que *Sogecable* no había llegado a apostar decididamente; en cuarto lugar; por la existencia de justificación objetiva, pues *Mediapro* era un entrante en el mercado de la televisión de pago que intentaba rentabilizar su inversión en contenidos en una ventana en la que su principal competidor no estaba presente y porque ello alentaba la competencia entre plataformas.

- c) ***Por la exclusión de determinados partidos en la configuración de los paquetes.*** En TV de pago, *Mediapro* no llegó a ofertar públicamente para la ventana de pago por visión aquellos partidos que no había cedido para la ventana de pago (canal *Premium* generalista o canales temáticos de fútbol). Buscaba con ello modificar unilateralmente el modelo de explotación, como más abajo se verá.
 - d) ***Por la no concreción de los criterios a seguir para seleccionar ofertas.*** Como *Mediapro* no llegó a hacer públicos los criterios a emplear para la selección de los cesionarios de los derechos, era imposible verificar si *Mediapro* había asignado los derechos a las mejores ofertas (teniendo en cuenta, además, que uno de los cesionarios fue su participada *Gol TV*).
 - e) ***Por el plazo extremadamente corto ofrecido por Mediapro para la presentación de ofertas.*** Este plazo de apenas poco más de quince días era revelador de que la adjudicación estaba ya decidida previamente conforme a un modelo definido de antemano (ver más arriba). A consecuencia de lo anterior, prácticamente todos los competidores de *Sogecable* se habían visto abocados a la adquisición de *Gol Televisión*.
 - f) ***Por la falta de individualización de los precios en cada uno de los paquetes ofertados.*** Esta circunstancia impedía la comparación de los que habían sido efectivamente aplicados a cada operador (ver letra d anterior).
- 2) **Las modificaciones unilaterales del modelo de explotación televisiva de los derechos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol inicialmente configurado, antes y durante la temporada 2009/2010.** También consideró la autoridad de la competencia que los actos de *Mediapro/Gol TV* posteriores a la formulación de su oferta supusieron un abuso de exclusión respecto de *Sogecable* y de su canal *Canal+Liga* en beneficio del canal temático *Gol Televisión* que era emitido por aquélla y por otros operadores a los que se lo había cedido. *Sogecable* había adquirido para su emisión a través de *Canal+Liga* los derechos sobre los mismos partidos que debían ser emitidos por *Gol Televisión*. En concreto las modificaciones unilaterales fueron:
- a) ***Primera modificación.*** Se produjo en agosto de 2009, al incrementar de 2 a 3 los partidos emitidos por jornada a través de *Gol Televisión* por la vía de una modificación del contrato entre *Mediapro* y *Gol TV*, en la que se dejaba también abierta la opción de que *Gol TV* emitiera también otros partidos que pudieran estar disponibles. Esto se produjo en un momento crucial, justo antes de empezar la Liga, en el que se daba la mayor parte de las contrataciones. Suponía reducir los partidos disponibles para la ventana de pago por visión que *Mediapro* no podía usar en TDT, por lo que la principal perjudicada era *Sogecable*. Como consecuencia de esta modificación, *Sogecable* estuvo durante siete jornadas emitiendo a través de *Canal+Liga* un partido menos que *Gol Televisión*.

Luego *Sogecable* tuvo que incrementar el precio pagado a *Mediapro* para hacerse con ese tercer partido, quedando en una posición de desventaja competitiva respecto de *Gol TV* y el resto de operadores (p.e., *ONO*), que habían adquirido el canal *Gol Televisión* y que no vieron modificadas sus condiciones económicas. Además, el precio de venta a los televidentes del canal *Gol TV* se redujo para responder a la bajada de precios de *Canal+Liga*. Esto se tradujo en que esos otros operadores vieran también reducido el precio pagado al por mayor a *Mediapro/Gol TV* por la cesión del canal.

- b) ***Segunda modificación.*** Se produjo en febrero de 2010 al incrementar de 3 a 4 los partidos emitidos por jornada a través de *Gol Televisión* previa autorización de la Real Federación Española de Fútbol para la emisión el lunes del partido adicional. Sus efectos eran menos lesivos que los de la modificación anterior (a pesar de que privilegiaba a los competidores de *Sogecable* que redifundían *Gol Televisión* que podían emitir el cuarto partido sin pagar más dinero): se producía en un momento menos dañino, *Sogecable* continuaba emitiendo ese cuarto partido en la ventana de pago por visión y era casi imposible que el mismo llegara a coincidir con alguno de los disputados por Real Madrid o Barcelona.
- 3) **La discriminación de Sogecable a la hora de tener acceso a los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol.** Otras conductas que discriminaban de forma injustificada a *Sogecable* frente a terceros operadores de televisión de pago y a la propia *Mediapro* eran:
- a) ***Restricciones impuestas a través del contrato con Sogecable el 4 de junio de 2009.*** Estas restricciones sobre la reventa de derechos de retransmisión televisiva de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol impedían a *Sogecable* comercializar *Canal+* en TDT de pago incluyendo estos partidos, e impedía comercializar *Canal+Liga* por tecnologías distintas al satélite. Ello limitaba la posibilidad de *Sogecable* de competir a través de la TDT con *Mediapro* y otros operadores y, asimismo, de vender al por mayor y al por menor su canal temático de fútbol para esa misma plataforma tecnológica.
- b) ***Restricciones impuestas a través del contrato con Sogecable el 11 de septiembre de 2009.*** En PPV el sistema de comercialización de *Mediapro* en el nivel mayorista se basaba en un precio unitario por pinchazo, si bien, en el caso de no superarse los mínimos garantizados, era este último importe el que debía ser abonado por el operador adquiriente. Pues bien, el sistema seguido para la fijación del mínimo garantizado en el caso de *Sogecable* era diferente y mucho más gravoso que en el caso de los cableoperadores. Lo anterior se veía agravado por la política de *Mediapro* de reducir cada vez más el número de partidos para la ventana de pago por visión; lo que en todo caso llevaba a que *Sogecable* nunca rebasara los mínimos garantizados.

Esta opinión de la DI no fue, sin embargo, compartida por el CCNC que consideró que no se trataba, en uno y otro caso, de situaciones equiparables y que debía valorarse en globo los derechos y contraprestaciones pactados para todas las modalidades, y no sólo para el PPV. Por ello no consideraba acreditada la existencia de abuso por este motivo (aunque sí por la exclusión de partidos de la ventana de PPV: ver más arriba).

Otra restricción, aunque finalmente fuera dejada sin efecto ante la posible adopción de cautelares por la autoridad de la competencia, dimanaba de la negativa de *Mediapro* de ceder la señal de partidos para PPV a clientes residenciales ante la falta de acuerdo sobre la comercialización de su canal *Gol Bar* en locales comerciales.

- c) ***Restricciones impuestas a través del contrato con Sogecable el 21 de octubre de 2009.*** Este contrato para la reventa de derechos de retransmisión a través de

Internet de resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol contenía limitaciones más estrictas en la duración de los resúmenes, el período que podían estar disponibles al público, etc., respecto a los contratos firmados por *Mediapro* con otros operadores (*Telefónica*, etc.) en relación con los mismos derechos. Estas diferencias de tratamiento podrían ser discriminatorias pues no contarían con una justificación objetiva razonable.

- d) ***Imposición a Sogecable de la firma de contratos escritos.*** En algunos casos y modalidades (PPV, tercer partido para *Canal+Liga*, derechos para clientes no residenciales, resúmenes de partidos, etc.), *Mediapro* había condicionado la entrega a *Sogecable* de la señal de partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para su emisión en PPV a clientes residenciales a la firma previa de un contrato escrito. Este condicionamiento de la entrega de la señal a la firma previa de un contrato, había llevado a que durante las primeras jornadas de Liga de Primera División de fútbol, *Sogecable* hubiera visto limitada su capacidad de captación y retención de clientes de televisión de pago, frente a otros operadores a los que no se había impuesto tal limitación.

A la vista de lo anterior, la autoridad de la competencia concluyó que *Mediapro* estaba aplicando una estrategia abusiva, recurriendo a condiciones no objetivas, no transparentes y discriminatorias en la comercialización de los derechos, para excluir a *Sogecable* del mercado de la TV de pago. Especialmente reveladora había sido la reducción de los abonados comerciales de *Sogecable* con el producto fútbol contratado entre junio de 2009 (37.643 abonados) y el 30 de octubre de 2009 (5.175 abonados), producto directo de la imposibilidad de *Sogecable* de emitir *Canal+Liga* y partidos en PPV a abonados comerciales durante las siete primeras jornadas de la temporada 2009/2010. La conducta de *Mediapro* también había resultado contraria al interés de los consumidores que habían visto así limitada su posibilidad de elección.

Por ello se sancionó a *Mediapro/Gol TV* por abuso de posición dominante con multa de medio millón de euros atendiendo a ciertos criterios de atenuación, a saber: *Mediapro* no llegaba al 7 % de cuota de mercado en TV de pago por número de abonados (cifra aún menor por número de ingresos); *Gol Televisión* resultaba ser un producto novedoso y atractivo para los consumidores; a pesar de que los derechos no se habían comercializado en condiciones transparentes objetivas y no discriminatorias, se habían puesto en el mercado más derechos que en el pasado; el efecto exclusionario se había verificado en un periodo muy concreto (primeros meses de la temporada 2009-2010); etc.

En el caso *Gol TV* de lo que se trataba era de un abuso de exclusión dentro del mercado de la TV de pago. Lo particular era que, aunque el comportamiento abusivo se daba en el mercado ascendente de la reventa de derechos, en el que *Mediapro/Gol TV* disfrutaban de posición dominante, los efectos de tal comportamiento abusivo se producían en el mercado de la TV de pago en el que no disfrutaban de esa posición dominante. Como se expuso en otros lugares de la tesis (v. supra “*La extensión del poder significativo de mercado a mercados vinculados*” al tratar de los mercados de las comunicaciones electrónicas), en tales casos, se aprecia por las autoridades de la competencia la existencia de abuso de posición dominante extendiendo el especial deber o responsabilidad impuestos a las empresas dominantes más allá del estricto ámbito o mercado en el que se disfruta esa posición dominante [v. los casos: Asunto *Zoja* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, *Comercial Solvents/Comisión*, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. pp. 223 y ss.);

Asunto *Telemarketing* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 octubre de 1985, as. 311/84, CBEM, Rep. I-3261); Resolución del TDC *Tubogas/Repsol*, de 7 de marzo de 2002]. Esto fue, precisamente, lo que hizo la CNC en el caso *Gol TV*.

La posición dominante de *Mediapro/Gol TV* en el mercado de la reventa resultaba más que acreditada (como veremos cuando nos ocupemos del mercado de la reventa). La misma se pudo comportar con absoluta independencia de sus competidores y clientes (otros operadores audiovisuales que le compraban derechos para competir con ella en el mercado aguas abajo de la TV de pago), lo que se puso de manifiesto en la configuración unilateral de paquetes, en el corto plazo dado para la presentación de ofertas, en la decisión de incluir el tercer y cuarto partido en las emisiones de *Gol Televisión*, etc. Del mismo modo, pudo condicionar el comportamiento de esos mismos competidores y clientes: p.e., a consecuencia de la inclusión de ese tercer partido en *Gol Televisión*, *Sogecable* se vio obligado a adquirirlo pagando un mayor precio para su canal temático *Canal + Liga*. En este caso, más importante que la cuota de mercado de *Mediapro/Gol TV* en el mercado de la reventa, podía ser la situación de dependencia de ella en la que se encontraban otros operadores necesitados de la emisión de partidos para sobrevivir en el mercado de la TV de pago.

Además, había que tener en cuenta que se trataba de mercados rápidos en los que tampoco resultaba exigible para apreciar la posición dominante que una elevada cuota de mercado hubiera de disfrutarse durante un número excesivo de años y, del mismo modo, que el mercado ascendente de la reventa estaba cercado por barreras de entrada muy elevadas de tipo económico.

Se partió, como se ha adelantado, de la responsabilidad cualificada que cabía exigir al operador dominante para estimar que *Mediapro/Gol TV* se había aprovechado de su posición dominante a fin de excluir a otros operadores distintos de ella misma y de *Sogecable* en la configuración de paquetes, y a fin también de excluir en un momento posterior a *Sogecable* mediante las modificaciones unilaterales del modelo de explotación y la inclusión de ciertas cláusulas contractuales. Partiendo de un escenario en el que *Mediapro* había optado por comercializar los derechos adquiridos en buena lid, lo cierto era que su comportamiento había llegado a restringir el juego de la competencia lesionando los intereses de los consumidores que habían visto estrechado su margen de elección, por ejemplo, como consecuencia de la reducción de la oferta disponible en pago por visión.

Aunque ya hemos visto que los comportamientos abusivos de *Mediapro/Gol TV* se manifestaban de muy diversa forma, lo cierto es que la mayor parte de ellas tendrían incluso encaje en alguno de los supuestos ejemplificativamente enumerados en el Art. 2 de la LDC: “imponer directa o indirectamente condiciones de transacción no equitativas” (p.e., la imposición de la firma de contratos escritos), “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva” (p.e., la exclusión de *Sogecable* de la ventana de TDT); “subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos” (p.e., la obligación de comercialización de *Gol Bar*); etc.

En cuanto a las concretas formas de abuso de exclusión de las previstas en las Orientaciones de la Comisión, *prima facie*, podía pensarse en la vinculación y en la denegación de suministro.

A 5 de septiembre de 2009, la prensa económica (*Diario Cinco Días*) se hacía eco del anuncio por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia de la incoación del expediente sancionador contra la productora Mediapro y su filial Gol TV (activa en difusión de TV digital terrestre de pago) por “*posibles prácticas anticompetitivas en la actividad de reventa de derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa del Rey de fútbol*” a operadores de televisión, en abierto y de pago, a partir de la temporada 2009-2010. La CNC indicaba que a las diligencias informativas se había acumulado la denuncia presentada por *Canal Satélite Digital (CSD)*, la plataforma digital de *Sogecable* (propiedad de *Prisa*, editora de *CincoDías*) contra *Mediapro*, entre otras cuestiones, por la negativa a suministrarle la señal de partidos emitidos en pago por visión en España, “*al vincular*” Mediapro “*este suministro a la contratación y comercialización*” de su servicio *Gol Bar*, destinado al sector de la hostelería. Además, se trataba de una vinculación selectiva que no se exigía al resto de operadores con los que *Mediapro* negociaba. Así, *Sogecable* había solicitado a la CNC la adopción de medidas cautelares que obligasen a *Mediapro* a cederle la señal de los partidos en PPV, sin vincular esta cesión al servicio *Gol Bar*. *Mediapro* señaló que “*esa temporada el fútbol en pago se distribuía en más plataformas de TV que nunca*” y que “*durante más de diez años, Sogecable disfrutó de los derechos exclusivos... y se reservó para... Canal Satélite Digital los derechos exclusivos de los partidos en pago*”. Fuentes de *Sogecable* habían tachados el día anterior de “*absoluta falsedad*” esta afirmación, dado que la emisión en régimen de pago por visión había sido accesible para todos los operadores “*con las mismas condiciones*” que disfrutaba *CSD*.

Este caso podría ser interpretado en clave de abuso de exclusión ya por vinculación ya por denegación de suministro (ver más abajo). Ahora bien, partiendo del hecho de que no sería nada claro que hubiera dos mercados de producto diferentes para la venta de derechos sobre contenidos *Premium* deportivos para su difusión en bares y para su difusión en los hogares – sobre todo por la facilidad de sustitución del lado de la oferta, pues un mismo operador de TV podría fácilmente cubrir ambas ofertas (algo parecido a lo ocurrido con el suministro de acceso a Internet a residencial y oficinas (*vid supra*) –, la cuestión habría que enfocarla más bien desde la perspectiva de la negativa al suministro. Una empresa, activa en el mercado de la venta de insumos necesarios para funcionar en TV de pago y en el descendente de la difusión televisiva de pago, no facilitaría los insumos necesarios para que un competidor pudiera actuar en el segundo de los mercados. La vinculación (entre sistema operativo y reproductor multimedia) encubriendo la negativa al suministro se dio también en el caso *Microsoft*. Lo procedente sería, en fin, enfocar la cuestión desde la perspectiva de la denegación de suministro a que nos referiremos.

La denegación de suministro sabemos que cobra sentido cuando la empresa dominante (*Mediapro/Gol TV*) compite tanto en el mercado de venta del insumo (mercado de la reventa de derechos) como en el descendente en el que el insumo es necesario (TV de pago) y en el que querrá excluir a sus competidores. Esto era justo lo que sucedía en el caso *Gol TV*, si bien la denegación no se daba de modo absoluto, sino sólo relativo respecto de ciertos partidos, ventanas de explotación, etc. Se cumplía la condición de ser el fútbol un insumo esencial u objetivamente necesario para operar en el mercado descendente.

Además con relación a la denegación de suministro se admite en las Orientaciones el juego de eficiencias. Se parte de la idea de que las mismas tendrán que suponer un beneficio para los consumidores y de la libertad de la empresa para contratar con quien quiera. Se recoge también la idea de que tal denegación de suministro pueda ser la forma de que la empresa

dominante pueda llegar a rentabilizar su inversión evitando ser parasitada por los competidores que lejos de arriesgar por sí en la inversión, prefieren aprovecharse de la inversión realizada por la empresa dominante. Lo anterior, se dice, puede llevar también a atemperar la responsabilidad cualificada impuesta a la empresa dominante.

Estas ideas resultarían perfectamente extrapolables al caso *Gol TV*. La estrategia de *Mediapro* había comportado ciertas eficiencias beneficiosas para los consumidores (mayor disponibilidad de derechos que en el pasado, desarrollo de un producto nuevo y atractivo como era *Gol Televisión*, etc.). *Mediapro/Gol TV* había ganado su posición dominante compitiendo y podía tener derecho a elegir a sus contratantes para rentabilizar la fuerte inversión acometida en derechos o, alternatively, reservarse derechos para explotarlos por sí misma. Estas ideas las tuvo en cuenta la CNC para reconocer el derecho de *Mediapro* a reservarse una posición privilegiada en la ventana emergente de la TDT de pago. Sin embargo, el hecho de que los derechos se comercializaran en condiciones arbitrarias fue determinante de que tales eficiencias no se consideraran bastantes a neutralizar los efectos anticompetitivos.

vii) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de la televisión de pago

Con vistas a la formulación de conclusiones relacionadas con la materia de las barreras de entrada, la clasificación de la que partir es la consabida que distingue entre las normativas, las económicas y las tecnológicas:

- ❖ **Barreras normativas**. Al igual que se hizo con las barreras normativas relacionadas con la TV en abierto, convendrá ceñir nuestro análisis al mercado geográfico español para, acto seguido, distinguir las barreras normativas *stricto sensu* de las llamadas “restricciones normativas indirectas” (prohibición de emisión en cadena y obligación de emitir ciertos contenidos). En cuanto a estas últimas, su fundamento sería el mismo que en el mercado de la TV en abierto, con lo que valdría con remitirse a las conclusiones vertidas con relación a este último mercado. Así, y aquí, podríamos referirnos a la necesidad de título habilitante, a los derechos de propiedad intelectual.
- **Necesidad de título habilitante**. Por lo que se refiere a las barreras normativas propiamente dichas, las de mayor intensidad eran, antes de la LGCA, las relacionadas con la necesidad de disponer de título habilitante para la prestación de los servicios de difusión televisiva. Sin necesidad de reproducir todos los antecedentes legales – ya suficientemente expuestos en los epígrafes correspondientes – la idea esencial sería la de que la liberalización operada en el segmento de las comunicaciones electrónicas (el transporte de señal de TV sobre plataforma alámbrica o inalámbrica exige, tan sólo, notificación a la administración y no título habilitante) ha terminado por arrastrar también al segmento de la difusión televisiva de manera que para éste, cuando se base en plataformas satelitales o de cable, bastará ya con una simple notificación a la Administración, sin que sea necesario llegar al extremo de obtener título habilitante, como ocurre en la TV en abierto sobre plataforma terrestre que exige licencia. La necesidad de licencia subsistirá, en cambio, para la prestación de servicios de Televisión Digital Terrestre de pago, la cual ha llegado a aparecer en España con *Gol Televisión*.

- **Derechos de propiedad intelectual.** También podrían darse el enfoque de barreras normativas de especial significación dentro del mercado español de la TV de pago a los derechos de propiedad intelectual que recaen, sobre todo, sobre los contenidos a difundir en modalidad de pago (en TV en abierto, el alto nivel de producción propia entraña que estos obstáculos de entrada se manifiesten con una menor intensidad). Así, de una serie de normas nacionales y europeas que tampoco parece necesario reiterar, resultarían, Vg.: el derecho del organismo de difusión televisiva a impedir la fijación de sus emisiones, el derecho del productor de la primera fijación de una película a distribuirlo en exclusiva o el derecho de los autores a autorizar (directamente o a través de la entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual) la comunicación pública de sus obras. Por otra parte, la Comisión viene insistiendo en que la organización de la gestión de los derechos de propiedad intelectual por países y sectores junto con el monopolio que *de facto* ejercen las entidades de gestión sobre su país o sector respectivo dan lugar a importantes barreras de entrada que impiden el surgimiento un mercado audiovisual europeo.

Como se pone de manifiesto en la bibliografía especializada (Vid. *GRETEL: “El Sector Audiovisual y su Evolución...”, Op. Cit.*), partiendo del trabajo de la Comisión (“*Commission staff working document. Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*”; Brussels, 7 July 2005), una de las más importantes cuestiones puestas de manifiesto con el progreso de la digitalización es la de la necesidad de implantar un mecanismo de concesión de licencias que permita la distribución del contenido digital a escala europea así como la de que dicho mecanismo sea justo, equitativo y, en fin, procompetitivo.

Los modelos tradicionales de gestión de derechos de propiedad intelectual se encuentran aún entroncados con el entorno analógico. En estos modelos resulta necesario dirigirse país por país para la obtención de las licencias de gestión de los derechos de propiedad intelectual sobre una misma obra. Sin embargo, estos modelos muestran sus carencias al intentar ser aplicados al nuevo escenario digital y de IT presidido por la ubicuidad, y en el que la exposición del contenido es posible en cualquier territorio en el que el servicio sea técnicamente accesible. El fácil acceso al contenido digital combinado con la rigidez para la obtención de las licencias correspondiente para el disfrute de los derechos de propiedad intelectual conforma un buen caldo de cultivo para la vulneración de esos derechos.

En el actual sistema, estas últimas vulneraciones intentan prevenirse mediante la cooperación entre las entidades de gestión de derechos de los diferentes estados. Así, se crearían acuerdos de gestión recíprocos entre las sociedades gestoras de diferentes países, a resultas de los cuales surgiría la figura de las sociedades afiliadas las cuales operarían en los territorios diferentes a aquel en que esté implantada la entidad de gestión de derechos del país del autor. En la práctica, pues, esta colaboración no eliminaría la necesidad de obtener licencia para cada uno de los territorios.

En el trabajo de la Comisión (Op. Cit) se sistematiza al modo siguiente la problemática derivada de este modelo:

- Las dificultades mencionadas derivadas de la necesidad de *“ir estado por estado obteniendo una multiplicidad de licencias para un mismo contenido”* dada la ausencia de acuerdo multi-territorial universalmente aceptado y válido para todas las categorías de propietarios de derechos sobre propiedad intelectual.
- El riesgo de discriminación en la medida en que muchos de los acuerdos entre sociedades de gestión colectiva no garantizan el trato equitativo y no discriminatorio entre sus representados nacionales y los pertenecientes a otros Estados miembros.
- La imposibilidad derivada del sistema de acuerdos recíprocos de que los titulares de derechos de propiedad intelectual de un país se unan a la entidad de gestión de derechos de otro país diferente.

También partiendo del trabajo de la Comisión se vislumbrarían como remedios para todos los anteriores inconvenientes los siguientes:

- La no intervención. Se trataría de dejar que las fuerzas del mercado lleven a una fórmula de licencia multi-territorial de contenidos digitales. Sin embargo, la existencia de importantes grupos de presión conformados, entre otros, por los autores nacionales difícilmente permitiría la creación de ese sistema multi-territorial que permitiera a cualquier autor adherirse a la entidad de gestión del territorio de su elección, con lo que éste último se vería más bien abocado a acudir a la del lugar de su residencia.
- La mejora del actual sistema de acuerdos recíprocos mediante la eliminación de las restricciones territoriales y de las cláusulas de dichos acuerdos que entrañen discriminación entre los distribuidores de diferentes estados miembros. Con estas mejoras, si bien los proveedores de contenidos o distribuidores podrían optar por la sociedad afiliada de su elección, no ocurriría lo mismo con el autor que seguiría adscrito a la entidad de gestión del lugar de su residencia, con lo que no llegaría a instaurarse una competencia plena entre las entidades de gestión de derechos correspondientes a diversos estados. Es decir, que podrían llegar a solventarse los dos primeros de los problemas que se acaban de mencionar, pero no el tercero.
- El dar a los propietarios de derechos de autor la posibilidad de elegir a qué sociedad de gestión de derechos autorizar para gestionar sus derechos en cuanto a contenidos digitales en toda la Unión Europea. Este esquema ya no estaría basado en acuerdos recíprocos entre sociedades de gestión y conduciría a la creación de competencia entre sociedades gestoras de toda Europa, las cuales se verían obligadas a mejorar su gestión. Este modelo, por ser el más procompetitivo, sería el mejor visto por la Comisión.

A este respecto vimos ya que todas estas cuestiones se analizan en el Informe de la CNC sobre la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual de 2010. Estos mercados son mercados monopolísticos, salvo en el caso del segmento de los autores audiovisuales, donde existen dos entidades de gestión

(SGAE y DAMA). Al margen de las barreras de entrada de tipo económico, por la existencia de importantes economías de escala, las más importantes barreras de entrada son las normativas. Dentro de éstas, las hay que emanan de la LPI: **(i)** necesidad de autorización del Ministerio de Cultura para operar, requisito que la CNC propone eliminar; **(ii)** ausencia de ánimo de lucro, frente a lo que la CNC propone que pueda recurrirse a cualquier forma mercantil o societaria; **(iii)** gestión colectiva forzosa de los derechos de propiedad intelectual respecto de los más importantes derechos de propiedad intelectual (en nuestro caso habría que destacar el de autorización para la retransmisión por cable ex Directiva 93/83), frente a lo que la CNC propugna la eliminación de esta obligatoriedad y la admisibilidad de la gestión individual y *on line*.

Otras barreras normativas no vienen impuestas directamente por la LPI, sino, y en primer lugar, por los acuerdos concertados entre las entidades de gestión españolas con las extranjeras, principalmente las asentadas en estados europeos con cláusulas de afiliación, de exclusividad y limitaciones territoriales para el mandato de gestión recíproca que favorecen la compartimentación de los mercados y la existencia de monopolios nacionales de gestión de los derechos y coartan la libertad de elección del titular de los derechos (*vid supra*). Frente a las anteriores restricciones propone la CNC que las administraciones públicas competentes las pongan en conocimiento de las autoridades de la competencia. Otras restricciones normativas fuera de la LPI nacerían de los contratos de gestión firmados con los titulares por la enorme amplitud objetiva, territorial y temporal de la cesión y por la fuerte exclusividad, frente a lo que la CNC propone la fijación de plazos de 1 año para la cesión, la supresión de la exclusividad y la flexibilidad para la negociación del resto de extremos.

El anterior modelo arroja un largo serial de prácticas abusivas por parte de las entidades de gestión colectiva españolas, sobre todo, en materia de tarifas aplicadas a los usuarios de los repertorios, por la falta de transparencia de estos y en general de las condiciones de la cesión, lo que mantiene a los usuarios desinformados, afectando a la llamada competencia invisible, y propicia abusos explotativos mixtos que afectan a la segunda línea de defensa y dejan inermes a esos usuarios frente a sus fuerzas respectivas dentro del mercado en el que operan. Frente a lo anterior propugna la CNC toda una serie de deberes de transparencia, en términos como los que vimos. Además se fijan tarifas independientes del uso efectivo que el usuario haga del repertorio, con lo que tienden a fidelizarlo y a alejar de su mente la idea de la sustitución por otros repertorios; frente a lo cual propugna la CNC la aplicación de tarifas que tengan ese uso en cuenta. Por último, la CNC insiste en el fortalecimiento de las facultades administrativas y sancionadoras de la Comisión de la Propiedad Intelectual para la resolución, con carácter vinculante, de las controversias que se originen en materia de tarifas.

- ❖ **Barreras económicas.** Por lo que se refiere a las barreras de entrada de naturaleza económica, una primera observación podría ser la de que (a diferencia de las normativas que tienden a ser de la misma naturaleza para todo el mercado de la TV de pago, con independencia de que se trate de plataforma satelital o alámbrica) las mismas varían en función de cuál sea el modo de distribución de la señal. De este modo: **(a)** en las plataformas de TV sobre red de cable de fibra óptica (ONO) los mayores esfuerzos

económicos serán los dedicados al despliegue de red; **(b)** en las plataformas de TV sobre RTPC (*Imagenio*) esos mayores esfuerzos serán los dedicados a potenciar la capacidad de transmisión del par de cobre del incumbente cuya red fue ya extendida al abrigo de un monopolio legal; y **(c)** en las plataformas de TV por satélite (*Digital Plus*) los reiterados esfuerzos se situarán sobre todo en la adquisición de contenidos *Premium* (al margen de lo anterior, la exclusividad y larga duración de los contratos de cesión fueron elevados por el TDC a la categoría de barrera económica independiente como también lo fue, por los vocales discrepantes, el efecto disuasorio sobre competidores potenciales ejercido por el tamaño incrementado de la plataforma resultante de la fusión).

Sobre este último particular, existe la discusión doctrinal sobre si la eliminación de la exclusividad en la explotación de estos derechos fomenta estructuras de mercado más competitivas que las derivadas de la exclusividad, en particular a largo plazo. Como expresó la CNC en su Informe sobre los Derechos del Fútbol: “*Se han construido diversos modelos económicos que evalúan el impacto sobre la competencia y el bienestar social de las exclusivas de contenidos para televisión de pago, y de los distintas formas de pago de las sublicencias mayoristas. Vid. Armstrong, M., (1999), Competition in the pay-tv market, Journal of Japanese and International Economies; y Harbord, D. y Ottavani, M (2001), Contracts and competition in the pay-TV market, LBS Department of Economics, Working Paper No DP2001/05. Estos modelos concluyen que, a diferencia de las afirmaciones tradicionales de que las exclusivas son necesarias para preservar el valor de los derechos sobre contenidos Premium a adquirentes originarios y revendedores, un sistema de venta de derechos sin exclusiva basado bien en el pago de un tanto fijo, bien en un precio por suscriptor, así como, alternativamente, un sistema de venta en exclusiva con obligación de reventa a tanto alzado, puede reportar mayores beneficios a los vendedores y revendedores de derechos, y también al consumidor final*”.

- ❖ **Barreras tecnológicas.** Finalmente, y en lo que concierne a las barreras de entrada de tipo tecnológico, las mismas cabría que se relacionaran, sobre todo, con los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas o con el accesorio de los servicios técnicos, administrativos, o comerciales para TV de pago. No obstante lo anterior las mismas podrían llegar a tener una indudable influencia sobre el mercado de la TV de pago, toda vez que no será posible para un operador acceder a este último mercado si no dispone capacidad de transmisión o no puede suministrar esos servicios accesorios a los de difusión televisiva. Dicho lo anterior, podría concluirse, con el TDC (asunto *Vía Digital*) que las barreras de entrada tecnológicas relacionadas con la capacidad de transmisión serían inexistentes (se encuentra ya bastante desarrollada la tecnología de transmisión de la señal televisiva sobre satélite, fibra óptica o RTPC), como también las relacionadas con los servicios accesorios citados (por la existencia en el mercado de una amplia oferta de descodificadores, tarjetas inteligentes, APIs, EPGs, parabólicas, etc.). Lo anterior sería tanto como decir que en el mercado ya digitalizado de la TV de pago las barreras de entrada de tipo tecnológicos serían aún menos importantes que en el de la TV en abierto, en el que la digitalización es más reciente.

Esto se ha percibido bien con el lanzamiento en nuestro país de la oferta de TDT de pago basada en contenidos *Premium* de fútbol en el caso del lanzamiento de *Gol Televisión* por *Mediapro* (*La Sexta*). A 12 de septiembre de 2009 se informaba de una falta de despliegue de los descodificadores necesarios para la recepción de la señal que

dejaba en agua de borrajas esta oferta comercial. Por otra parte, si bien los pocos descodificadores comercializados eran interoperables con cualquier televisor no sucedía lo mismo con los módulos para la inserción de las tarjetas inteligentes. Los riesgos que se vislumbraban eran similares a los surgidos en su momento con la malograda *Quiero TV*, es decir, un lanzamiento precipitado de la oferta sin el respaldo del adecuado desarrollo de la tecnología (*El Mundo* de 12 de septiembre de 2009). Estos temores, sin embargo, no se vieron confirmados, y lo cierto es que la oferta de *Gol Televisión* terminó por lanzarse sin excesivas dificultades, sin duda, a consecuencia de la inercia que marcaba el hecho de contar *Mediapro* con la titularidad de derechos sobre contenidos *Premium* deportivos, lo que no sucedió con *Quiero TV*.

El corolario de todo lo anterior podría ser el de que el mercado de la TV de pago es un mercado donde la competencia potencial se encuentra muy limitada por la existencia de muy importantes barreras de entrada de naturaleza económica (contenidos e infraestructuras), en menor medida normativas (por la eliminación de la exigencia de título habilitante, pero subsistiendo un sistema ineficiente de gestión de los derechos de propiedad intelectual) y en menor medida aún, hasta el punto de ser casi imperceptibles, tecnológicas (por la imposición de estándares europeos).

CAPÍTULO IV: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LA PUBLICIDAD

1) EL MERCADO DE LA PUBLICIDAD TELEVISADA

a) Definición del mercado de producto pertinente de la publicidad televisada

No es poco el escepticismo que despierta el intento de constreñir a unas pautas o directrices el universo de posibilidades que pueda llegar a plantear la realidad del mercado. En derecho comparado ese escepticismo se traduce en afirmaciones como las de William Blumenthal, [“*Why Bother?: On Market Definition Under the Merger Guidelines*”, Statement before the FTC/DOJ Merger Enforcement Workshop, Washington, D.C. (Feb. 17, 2004) disponible en www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217blumenthal.pdf]:

“Let me begin with a confession: When conducting merger analyses and when handling the premerger process in the United States on behalf of notifying parties, I have not defined a market in more than fifteen years. From my private sector, defense-oriented perspective, the need to conduct a comprehensive, formal, Guidelines-style market definition exercise has not presented itself even once – not in defending several transactions in the courts, not in handling dozens of staff investigations, not in handling hundreds of premerger notifications, not in providing counseling to party and third-party clients in connection with literally thousands of transactions. Worse than unnecessary, any effort formally to define markets would have been unduly costly, time-consuming, and invasive, and it probably would have yielded less reliable outcomes than more streamlined techniques. The only instances in which I have expressed a contention as to “relevant market” have been (a) in private litigation on behalf of plaintiffs and (b) in premerger notifications submitted in foreign jurisdictions that require a statement of market definition in order to perfect the submission. In those instances the contentions have been less analytically satisfying than no definition at all”.

No obstante, tal escepticismo no valdría para eximirnos de nuestra tarea de definir el mercado de la publicidad televisada:

- a. **Caso HMG.** En el asunto HMG (vid *supra* el mercado de la audiencia o de los telespectadores), la DG 4 entendió éste que ahora nos ocupa como mercado de producto relevante. El mercado de la publicidad televisada se vertebraba a partir las relaciones directas existentes entre las entidades de difusión (oferta) y los anunciantes o las agencias que los representaban (demanda). Este mercado presentaba unos perfiles que lo dotaban de una identidad propia frente a los de otra clase de publicidad, singularmente la impresa.

Podríamos, en este punto, complementar las reflexiones de la DG IV con las de las autoridades españolas de la competencia. Estas últimas se refieren, principalmente, a los siguientes criterios a la hora de definir el mercado de producto pertinente: (i) estructura de la oferta y de la demanda; (ii) características físicas y técnicas de los productos; (iii) uso o funcionalidad del producto; (iv) percepción de los consumidores; (v) nivel de los precios; (vi) método de distribución. También consideran la existencia de barreras de entrada para los nuevos entrantes como criterio para la definición del mercado de producto y, en especial, como consecuencia de la necesidad de obtener autorizaciones administrativas o de la existencia de controles legales o administrativos (ver Fernández Vicién, C; Ortega Peciña, D.; Martínez Felix, C; Sabater Marotias, J.:

“Study in the area of Competition policy concerning the Definition of the Media Market. Spain. Report by Cuatrecasas for the European Comisión, Competition Directorate General”; Bruselas 13 November 2003).

Así, por ejemplo, en el Informe C 68/01, *Grupo Correo/Prensa Española*, de 21 de diciembre de 2001 y en el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia relativo al asunto *Kort Geding/Antena 3TV* se identificó el de la publicidad televisada como mercado dotado de una sustantividad propia frente al de la publicidad en cine, prensa, radio y medios exteriores, especialmente por las características del soporte publicitario y por las tarifas. En este último informe apuntó el Servicio de Defensa de la Competencia que en TV en abierto el acceso al mercado estaba legalmente restringido, el número de proveedores de espacios publicitarios era limitado y, además, existían reglas particulares referentes a los tiempos de emisión, momentos y contenidos que aplicaban y fijaban diferentes límites frente a los establecidos en otros medios. Es decir, que la existencia de barreras de entrada fue también, en este caso, uno de los criterios empleados para la delimitación del mercado.

También, los consumidores, destinatarios últimos del mensaje publicitario, variaban de forma sustancial según se tratara de uno u otro tipo de publicidad. Este factor de la diferente clase de consumidores destinatarios habría de relacionarse con el uso previsto como criterio de delimitación del mercado de producto, es decir, que las diferentes características de los consumidores marcaban un uso diferente para una y otra clase de publicidad. En cuanto al uso previsto, Martínez del Peral hace cita del asunto *Du Pont/ICI* (decisión de 30 de septiembre de 1992, asunto IV/M.214) en el que la Comisión entendió que las fibras de nylon no eran las mismas para la industria textil, para la de alfombras y para la industria en general (por diferencias de peso, grosor, dureza, etc.) y que era el destino a cada una de esas tres industrias el que condicionaba el que se diera una u otras características físicas al producto en cuestión.

También variaban, decía la DG IV en el caso HMG, los precios y los costes de producción y lo mismo en cuanto a las técnicas empleadas, a saber, el cortometraje para la publicidad televisada y las artes gráficas para la imprenta.

- b. **Caso Antena 3.** En idéntico sentido, la Audiencia Nacional, en su sentencia decidiendo el recurso entablado por *Antena 3* y *Tele 5* frente a las cadenas autonómicas, partió de la identificación hecha por el TDC como mercado relevante del de la publicidad televisada.
- c. **Caso Cuatro.** En el caso *Cuatro*, la DI identificó como mercado de referencia el de la publicidad televisada, sin diferenciar entre TV de pago y TV en abierto; si bien la primera presentaba unos niveles inferiores de audiencia que la segunda, su perfil de audiencia estaba mucho más definido o discriminado. En este sentido, las respuestas recibidas de los clientes (anunciantes) confirmaban que las mismas empresas eran las que ofertaban publicidad en TV en abierto y en TV de pago y que los criterios de compra y comercialización resultaban ser semejantes.

También el estudio de Calidad de los Medios 2009 (Realizado por *Grupo Consultores*) mostraba que, en ese año, un 76 % de los anunciantes y agencias de medios consultados tuvo en cuenta a los canales temáticos de pago en su planificación publicitaria. Y, asimismo, la mayoría de las televisiones que habían respondido a los

requerimientos de información, estaban de acuerdo en no distinguir televisión en abierto de televisión de pago en el mercado de publicidad.

En cuanto a la no inclusión en el mercado de referencia de la publicidad realizada a través de otros medios, *Telecinco* se quejó de que no se tuviera en cuenta la presión competitiva ejercida por otros soportes y aportó un informe de una consultora - *Price Waterhouse Coopers (PWC)* - sobre las correlaciones entre los precios de la publicidad en los distintos medios convencionales. También *Antena 3* defendió que la publicidad en televisión era un segmento más del mercado de publicidad en medios convencionales incluyendo televisión, radio, prensa, internet, exterior, etc.

La DI dio un valor sólo relativo al informe de *PWC*, por considerar que los datos utilizados no eran lo suficientemente sólidos como para elaborar un modelo econométrico válido y señaló que, aun aceptando las evidencias de correlación de precios presentadas por el mismo, éstas no servirían para demostrar que existía un único mercado de publicidad, pues esta correlación de los precios podía deberse a que existían factores comunes de oferta y demanda en los distintos mercados de publicidad (por ejemplo, evolución PIB) que hacían moverse los precios en la misma dirección, sin que llegase a existir suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda entre las diferentes modalidades publicitarias.

Además, cabía señalar que una mayor reducción de la inversión de publicidad en televisión frente a la publicidad en otros medios no necesariamente se debía a un efecto sustitución, sino que podía derivar de un ajuste de la cartera publicitaria, como consecuencia de la crisis económica (efecto renta), que afectaba más a la televisión, pues era el medio publicitario más caro.

Por otra parte, era cierto que, como señalaba *Telecinco* en sus alegaciones, el mercado de la publicidad en general se había recuperado en 2010, de acuerdo a los datos facilitados por *Infoadex*. *Telecinco* intentó concluir que este hecho podría explicar el mantenimiento de la inversión publicitaria en televisión, a pesar de la salida de *TVE*, y hacerlo compatible con cierto efecto sustitución. Sin embargo, la DI atendiendo a los datos de *Infoadex* del primer trimestre de 2010, observó que la inversión en publicidad en televisión respecto al mismo periodo del año anterior creció por encima de lo que creció la publicidad en el conjunto de medios convencionales (1,9 % frente a 0,6 %). Ello implicaba que no sólo el medio televisivo había absorbido en su totalidad la inversión en publicidad que se dirigía a *TVE*, sino que había ido incluso más allá, aumentando su participación en el conjunto de la inversión publicitaria, a pesar del incremento de sus precios.

La *Asociación de Anunciantes* señaló que “*las características de la publicidad televisiva (combinación de imagen en movimiento, texto y voz), su cobertura casi absoluta y su consumo mayoritario la convierten en un medio publicitario indispensable para una gran mayoría de anunciantes relacionados con bienes y servicios*”. De esta manera, según los datos del *Estudio General de Medios*, la tasa de cobertura de televisión era un 60 % mayor que la del siguiente medio con más cobertura (radio). Respecto a minutos consumidos, la televisión más que duplicaba al siguiente medio al que se dedicaba más tiempo, la radio. Estos datos, avalaban el interés que para los anunciantes tenía el medio televisivo, que lo hacían difícilmente prescindible para hacer llegar a los consumidores las características de sus productos.

Esta necesidad de anunciarse en televisión se veía reforzada en el caso de productos de consumo diario o *Fast Moving Consumer Goods* (FMCG). Este tipo de productos, según los anunciantes, corría el riesgo de ser descatalogado por la gran distribución, especialmente si se trataba de un producto nuevo en el mercado, si no se alcanzaban unas ventas suficientes en un corto plazo temporal. Era por eso por lo que la publicidad en televisión, de alcance inmediato y masivo a los consumidores finales, era imprescindible para los fabricantes de este tipo de productos.

Por otro lado, la baja sustituibilidad de demanda entre la televisión y otros medios en el mercado de la publicidad quedaba confirmada por el hecho de que, ante un fuerte incremento de precios en el medio televisivo como el que había tenido lugar en los primeros meses de 2010, la inversión en publicidad que había liberado la salida de *TVE* del mercado se hubiera quedado, prácticamente en su totalidad, en el medio televisión. En este punto coincidían tanto anunciantes como televisiones en sus respuestas a los requerimientos de información.

La DI consideró, que la existencia de cierto grado de sustituibilidad o presión competitiva no era base bastante para sostener la existencia de un único mercado de la publicidad sobre todos esos medios convencionales. Aplicó para ello el criterio de la sustituibilidad de la demanda, y así concluyó que, ante un incremento permanente en los precios de la publicidad televisiva del 5-10 %, no era viable para un número significativo de los anunciantes en televisión trasladarse a otros medios de comunicación, entre otras razones, porque la televisión ofrecía una cobertura de la población y una audiencia que no era replicada por ningún otro medio publicitario.

A la vista de todo lo anterior, y en línea con los precedentes nacionales y comunitarios anteriormente citados, así como con la mayoría de las respuestas a los requerimientos de información, podía concluirse que en función de las distintas relaciones entre oferentes y demandantes, a los efectos del expediente se podía distinguir como mercado de producto relevante diferenciado el de publicidad en televisión.

- d. **Caso Atres.** En el caso Atres, las supuestas prácticas restrictivas se daban también en el mercado de la publicidad televisada. La CNC pese a reconocer que “*existen diferencias entre la publicidad en televisión en abierto y en pago (la publicidad en la televisión de pago tiene un volumen más reducido y suele ir orientada a un perfil de audiencia más definido)*” terminó señalando que “*actualmente se puede considerar que constituyen un único mercado de publicidad en televisión*”. También apuntó: “*En línea con lo señalado en el expediente de concentración C/0230/10, no serían apropiadas en este caso definiciones de mercado más amplias, que incluyan la publicidad en los distintos medios de comunicación, porque no se puede considerar que exista suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda de espacios publicitarios entre la televisión y otros canales de publicidad (como radio, prensa escrita, Internet, etc.), dada la distinta incidencia, cobertura, coste, etc. de la publicidad en televisión, y puesto que la televisión sigue siendo un medio esencial para muchos anunciantes*”.

Fuera de los casos a los que dedicaremos una atención especial en el presente apartado, cabría también observar que, en el caso de *Cablevisión*, el TDC identificó como mercado potencialmente afectado el de la publicidad en TV, si bien el dato de que en él la

competencia no fuera a verse seriamente afectada le eximió de hacer mayores consideraciones.

Los principios básicos inicialmente barajados por la Comisión en su comunicación para la definición del mercado de referencia, tanto de producto como geográfico, giran en torno a las presiones a las que se ven sometidas las empresas desde el punto de vista de la competencia y que dificultan su actuación independiente respecto de sus competidoras y de los consumidores. Estas presiones, según su fuente, se pueden clasificar en tres, a saber, sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial y, de las tres, sólo las dos primeras se consideran en punto a la mencionada definición del mercado pertinente de producto o geográfico.

Si, dentro del haz de mercados integrados por los servicios de publicidad, reforzamos los anteriores razonamientos de las autoridades de la competencia aplicando los criterios de la sustitución de la demanda habría que terminar por concluir la sustantividad propia del mercado de los servicios de publicidad televisada con respecto a los basados en otros soportes (radio, prensa, IT, etc.). No es del caso extenderse en un análisis de sustituibilidad referido a cada uno de esos medios. Si nos centramos, con la Comisión, en la comparación con la publicidad gráfica o impresa, tendríamos que ante un IRSNTP de los servicios de publicidad televisada prestados por una cadena de TV en abierto será improbable que los anunciantes y agencias de publicidad opten por la inserción de los anuncios en prensa, con lo que no habría sustitución desde el lado de la demanda. Lo anterior parecería también confirmarse por la diferencia de la inversión publicitaria en los diversos medios. En 2000, la cuota del gasto neto en publicidad por medio – expresada en millones de euros - era de 2.311 (televisión), 1.692 (periódicos), 735 millones (revistas), 502 (radio), 308 (exteriores), 55 (cine), 53 (Internet). En 2007, esa misma cuota era: 3.333 (televisión), 1.765 (periódicos), 854 (revistas), 589 (radio), 472 (exteriores), 139 (Internet), 42 (cine). [Tobías Martínez de Abertis Telecom (XX encuentros de telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo): “*La TDT: el gran salto de la industria audiovisual*”]

Las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta son, por lo general, menos inmediatas que las que origina la de la demanda. Se trata de la facilidad de los competidores para pasar a fabricar los productos de referencia, normalmente, reaccionando a una subida de sus precios, y comercializarlos a corto plazo sin incurrir en costes ni riesgos adicionales ni incrementar significativamente los precios de su comercialización. A diferencia de las autoridades antitrust norteamericanas que sitúan este incremento en torno al 5% (test del 5%) -*US Guidelines*, cit. supra- y de lo que sigue la propia Comisión para la evaluación de la sustituibilidad en el lado de la demanda, la Comisión no indica un porcentaje sobre incremento de precios en relación con la sustituibilidad de la oferta (V. Pellisé Capell; “*La explotación abusiva...*”; Op. Cit; Págs. 169 Ss.). Desde la perspectiva de la sustituibilidad de la oferta, casi resulta innecesario, por lo evidente, comentar que ante ese mismo IRSNTP resultaría improbable que los medios de comunicación de carácter impreso pasaran a prestar servicios de publicidad televisada en el corto plazo y sin grandes obstáculos jurídicos o económicos, dadas las fuertes barreras de entrada que rodean al mercado de la TV en abierto, por lo que tampoco habría sustituibilidad del lado de la oferta.

Quedaría también, y probablemente, confirmado lo anterior mediante el recurso a casi la totalidad de los elementos de prueba a los que se remite la Comisión en su Comunicación sobre de definición del mercado pertinente:

- a) **Elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente.** Un repaso del histórico de subidas de los precios aplicados en los servicios de publicidad televisada tendría que confirmar que los desvíos hacia otros soportes publicitarios no resultaría significativo. Del mismo modo, y a pesar de su importancia, la irrupción de la publicidad en IT no ha supuesto una reducción drástica de la televisada.
- b) **Ensayos cuantitativos específicamente concebidos para la delimitación de los mercados.** La elasticidad propia de la demanda de los servicios de publicidad televisada resultaría baja porque, ante una subida de precios, la demanda no se reduciría y la elasticidad cruzada negativa porque, ante esa misma subida, no se desviaría de forma significativa hacia otros soportes como, p.e., publicidad exterior, en IT, etc.
- c) **Preferencias de los consumidores.** Dada la dificultad de la autoridad de la competencia de acceder de forma directa a la opinión de los consumidores en los mercados de bienes de consumo (mercados minoristas), los estudios de mercadotecnia que las empresas han encargado en el pasado y utilizan en sus decisiones sobre la fijación de precios o la comercialización de sus productos pueden suministrar una información valiosa para identificar el mercado de referencia y para precisar si los consumidores consideran o no sustitutivos ciertos productos.

P.e., en *Procter & Gamble/VP Schickedanz* (II) (Decisión de 21.6.1994, Asunto IV/M.430, DOCE 1994 L 354/52), la Comisión examinó diversas encuestas a usuarias de productos de higiene íntima femenina para terminar concluyendo que compresas y tampax daban lugar a diferentes mercados de producto. También en *Coca-Cola Enterprises/Amalgamated Beverages Great Britain* (Decisión de 22.1.1997, Asunto IV/M.794, DOCE 1997 L 218/15), la Comisión examinó estudios de marketing de empresas que comercializaban bebidas no alcohólicas en el Reino Unido y los de la propia *Coca-Cola* para pasar a considerar que esta última consideraba y analizaba las relaciones de competencia dentro de un mercado de las colas. También en el asunto *Michellín* (1983) entendió el Tribunal de Justicia que los neumáticos nuevos y los recauchutados eran limitadamente intercambiables porque un buen número de consumidores miraba estos con desagrado, con independencia de si su opinión se encontraba justificada.

En este sentido, las encuestas entre los diversos anunciantes, “consumidores de publicidad”, y los consumidores de los productos y servicios publicitados muy probablemente confirmarían la falta de sustitución de los servicios de publicidad televisada que, aun en un escenario de digitalización, seguirían siendo los de mayor impacto.

- d) **Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos.** Se trata de obstáculos y costes de muy diversa fuente que irían desde la incertidumbre generada por la calidad o reputación de un proveedor desconocido hasta barreras reglamentarias u otra clase de intervención estatal. Para los anunciantes el impacto de la inserción de sus anuncios en una cadena de TV, como sería, por ejemplo, *Telecinco*, tiende a interpretarse como garantía de eficacia del mensaje publicitario, frente a la menor garantía que podría ofrecer su inserción, por ejemplo, en páginas web, vallas publicitarias, etc.

De otra parte, el escenario de convergencia tecnológica, una de cuyas consecuencias es la de la posible prestación de servicios audiovisuales a través de internet, nos fuerza a hacer mención al mercado de la publicidad en IT. Este mercado, cuya importancia, previsiblemente, seguirá creciendo, fue ya dotado de perfiles de independiente por la Comisión en alguna de sus resoluciones. Así, en el asunto *Telia/Telenor* al que, más abajo, se hará referencia. También el TDC definió el mercado de la publicidad en Internet como aquel que consiste en la venta o alquiler de cualesquiera espacios de publicidad en los *web sites* (banners, botones, vínculos a otros sitios web, etc.) (véase Informe C68/01 *Grupo Correo/Prensa Española*, de 21 de diciembre de 2001). También el Servicio de Defensa de la Competencia en su informe N-03023 relativo al asunto *Kort Geding/Antena 3 TV* de 13 de junio de 2003 definió este mercado como el de la venta o alquiler de publicidad en sitios web.

Un repaso de las reseñas de prensa económica (*Cinco Días*) permite constatar el rápido crecimiento de este mercado en los últimos años:

- *“La publicidad en internet representa únicamente un 2% del total de la inversión española, frente al 44,5% de la televisión, el 35% de diarios y revistas y el 9% de radio. Sin embargo, el crecimiento del medio online es el más acentuado y se da por hecho que en el futuro va a ganar cuota en la tarta publicitaria: para 2010, la asociación europea de publicidad interactiva (EIAA) prevé que ese porcentaje se eleve hasta el 5%”* (24-11-2006)
- *“ZenithOptimedia estima que la inversión en internet crecerá un 28,2% en 2007, mientras que el resto de los medios lo harán un 3,9%. Según ZenithOptimedia, la participación de internet en el total de inversión publicitaria pasará del 5,8% en 2006 al 8,6% en 2009, y se encamina a sobrepasar el 10%”* (09-12-2006)
- *“Es el medio que más crece en términos publicitarios desde hace años y, a partir de 2008, tiene muchas posibilidades de superar a un clásico como es la radio a escala mundial.”* (04-12-2007)
- *“El sector publicitario online es el que más crece en España al registrar un incremento del 55,4% durante 2007, según el informe anual presentado por Infoadex. Lo que supone que Internet es el medio con mayor ritmo de crecimiento superando a la televisión con un aumento del 8,7%, diarios -5,8%-, revistas -4,8%- o radio con 8,5%. Durante 2007 el mercado publicitario en Internet generó 482 millones de euros en España, aunque todavía queda lejos de las cifras absolutas de los otros medios: la televisión ingresó 3.467 millones de euros, los diarios 1.894 millones, revistas 721,8 millones o la radio 678,1 millones. Las cifras son optimistas, ya que han superado las estimaciones que The Interactive Advertising Bureau (IAB) vaticinó para 2007 en el sector. IAB calculó que la publicidad online en España alcanzaría los 450 millones de euros. Sin embargo los datos reales han sido mejores que las previsiones al situarse en los 482 millones.”* (05-03-2008)
- *“La inversión publicitaria en internet se quintuplicó en 2007 respecto a tres años antes. El rápido crecimiento del medio y la apuesta de las empresas por los medios online ha hecho que la inversiones en este soporte llegara el año pasado hasta los 482,4 millones de euros en España (+55,4% respecto a 2006). Además, supone cinco*

veces más frente a los 94,6 millones de euros que se invertían en 2004 según un informe de PricewaterhouseCoopers y el IAB de España. En la actualidad los anuncios en internet ya suponen un 6% del total de la inversión publicitaria en medios.” (12-03-2008)

Esta forma de publicidad, más que respecto de la comunicación audiovisual lineal (difusión televisiva), cobrará sentido con respecto a los servicios de comunicación audiovisual no lineal (video a petición), siempre que se trate de *mass media*, p.e., cuando estos consistan en la descarga de contenidos audiovisuales a petición individual del usuario como en *You Tube*.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la publicidad televisada

Por lo que respecta al mercado de la publicidad a través de TV, en el caso *HMG*, la DG4 entendió, por las mismas razones que se expusieron al tratar del mercado de los telespectadores, que comprendía Holanda y la parte de Bélgica donde se hablaba neerlandés. En el caso de *Antena 3* contra las cadenas autonómicas, la Audiencia Nacional dio por bueno el criterio del TDC conforme al cual el mercado de la publicidad tendría dimensión nacional (en este sentido también el TDC en el caso de *Cablevisión*).

Del propio modo, en los casos *Cuatro* y *Atres*, la autoridad nacional de la competencia se refirió a los precedentes nacionales y comunitarios que habían considerado que los distintos mercados de producto contemplados, incluido el de la publicidad televisada, tenían una dimensión nacional, y ello, entre otras razones, debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores debía tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias. En el caso del mercado de la publicidad televisada se advertía, no obstante, la existencia de algunos precedentes nacionales que habían dejado abierta la posibilidad de delimitar mercados regionales o locales según la cobertura geográfica del operador de televisión en abierto que ofertase la publicidad.

Y, de hecho, en algunas respuestas a los requerimientos de información a terceros se había señalado que la publicidad de las televisiones autonómicas tenía un elevado componente regional, y que esta publicidad regional se situaría en un mercado relevante diferente. En todo caso, a los efectos del expediente, sólo era relevante examinar los efectos de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* en estos mercados a escala nacional, dado que éste era el ámbito de actuación de las partes. Por ello, no resultaba necesario cerrar la definición exacta de los ámbitos geográficos relevantes, dejándose abierta la cuestión a los efectos del expediente, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis del mismo.

De nuevo, este análisis quedaría confirmado por la aplicación de los criterios de la sustitución de la oferta y de la demanda. Frente a un IRSNTP aplicado por las cadenas de TV de ámbito nacional, sería improbable que las agencias de publicidad y los anunciantes contrataran los servicios de publicidad televisada prestados por otras cadenas situadas en ámbitos geográficos diferentes, pues, con ello, no lograrían acceder al conjunto de consumidores y usuarios destinatarios del mensaje publicitario (sustituibilidad de la demanda). Del mismo modo, no cabría que, ante ese mismo IRSNTP, esas mismas cadenas situadas en otro país pudieran pasar a prestar servicios de publicidad televisada en el mismo ámbito geográfico, razón por la cual tampoco habría sustituibilidad del lado de la oferta.

También lo anterior quedaría confirmado recurriendo a los elementos probatorios que la Comisión usa como complemento en orden a precisar el alcance del mercado geográfico. Éstos coinciden en gran medida, aunque no del todo, con los expuestos en el epígrafe anterior al tratar del mercado de producto pertinente:

- a) **Elementos de prueba en el pasado de desvío de pedidos a otras zonas.** Nos remitimos al punto correspondiente definido al tratar del mercado de producto. Se trataría, en definitiva, de estudiar la reacción de los anunciantes frente a variaciones de precio de los servicios de publicidad. Por ejemplo, en el caso de una subida de las tarifas de publicidad aplicadas por las cadenas españolas, los anunciantes no optarían, como es lógico, por la inserción de sus anuncios en medios de publicidad portugueses.
- b) **Características básicas de la demanda.** La necesaria presencia nacional del mensaje publicitario y el componente nacional y lingüístico de los anunciantes servirían casi por sí solos para conformar un mercado lingüístico o nacional de los servicios de publicidad televisada.
- c) **Opiniones de clientes y competidores.** Sería suficiente, igualmente, con remitirnos al punto correspondiente del mercado de producto y con referirlo al mercado geográfico. Con toda seguridad, las encuestas entre los anunciantes avalarían su falta de disposición a insertar sus mensajes en medios de nacionalidad o lengua diferente.
- d) **Localización geográfica de las compras.** Se tratará de precisar donde se localizan las compras de los clientes, y así, el mercado geográfico tenderá a ser, por ejemplo, nacional al localizarse las contrataciones de minutos de publicidad, por ejemplo, en España y a difusores españoles.

En cuanto al mercado de la publicidad en Internet, en *Telia/Telenor*, las partes, a través de *Scandinavia On Line*, controlaban *Passagen* y *Evreka*, los sitios de Internet que ocupaban la primera y séptima plazas, respectivamente, por orden de importancia en Suecia. Los datos ofrecidos por las partes, no desvirtuados por los terceros, situaban en un 14-16 % la cuota de mercado de *SOL* atendiendo a los ingresos procedentes de publicidad en Internet. La Comisión estimó que, habida cuenta de que las partes tenían ya centralizadas sus operaciones en ese mercado a través de *SOL*, la operación no iba a tener incidencia sobre el mismo. La Comisión entendió que el mercado geográfico de referencia de la publicidad en internet venía definido por la comunidad de personas hablantes del idioma elegido para el desarrollo de la actividad publicitaria por lo que dicho mercado sería, cuando menos y por lo general, nacional.

Este enfoque vendría a basarse más bien en un análisis de sustituibilidad del lado de la demanda y así: ante un IRSNTP no cabría que las agencias de publicidad y los anunciantes optaran por los servicios de portales basados en un idioma diferente (sustituibilidad de la demanda); mas no tanto en el de la oferta, toda vez que ante ese mismo IRSNTP sería fácil que un portal competidor pasara a prestar los mismos servicios de publicidad en el idioma de referencia.

c) Entorno normativo

i) Europeo

Dado que la normativa española se encuentra adaptada a la europea, nos limitaremos aquí a una mera reseña de esta última en evitación de reiteraciones dejando para el epígrafe siguiente una exposición más en profundidad. Sobre lo anterior haremos una excepción en relación con el contenido de la nueva Directiva de Servicios de comunicación audiovisual, donde puede estar justificado un mayor detalle.

Dentro de la legislación europea, yendo de lo más general a lo más específico, será posible identificar normas relacionadas con la protección genérica de los consumidores y usuarios, normas relativas a la actividad publicitaria en general y, por último, disposiciones concernientes a la publicidad televisada y a la publicidad *on line*:

❖ **Normas relacionadas con la protección genérica de los consumidores.** Dentro de éstas, podríamos destacar:

- **Directiva 2009/22/CE.** Puede citarse la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 (DO L 110 de 1.5.2009, p. 30/36), relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (se trata de una versión codificada de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998). Esta directiva persigue aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a esas acciones de cesación dispuestas por otras directivas enumeradas en su Anexo.

Entre esas acciones de cesación ocuparían un lugar señalado, en lo que al mercado de la publicidad se refiere, las ordenadas por la Directiva de TV sin fronteras, por la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997, p. 19/27), por la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171 de 7.7.1999, p. 12/16) o por la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1/16).

- **Directiva 2005/29/CE.** De la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (DO L 149 de 11.6.2005, p. 22/39), relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, pueden destacarse ciertos aspectos. La directiva busca la aproximación de las legislaciones de los estados miembros en materia de prácticas comerciales desleales, incluida la publicidad, que pueden directa y sustancialmente perjudicar a los consumidores. La Directiva incluye en Anexo una lista de prácticas que en abstracto – o lo que es igual: con independencia de las circunstancias del caso concreto - pueden ser consideradas desleales.

En el preámbulo de esta Directiva, el legislador comunitario se remite a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en materia de publicidad, había venido tomando como parámetro (concepto jurídico indeterminado) la figura teórica del consumidor típico o consumidor medio, a saber, el que “*está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*”. Lo anterior no sería óbice a la existencia de disposiciones específicas encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales, fundamentalmente niños.

Aparte de las prácticas reguladas por la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual (ver más abajo), la Directiva 2005/29/CE se aplica a las conductas comerciales desleales, tales como las prácticas engañosas y agresivas que tienen lugar en los servicios de comunicación audiovisual.

❖ **Normas relacionadas con la actividad publicitaria en general.** Cabría citar:

- ***Directiva 2003/33/CE.*** La Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 152 de 20.6.2003, p. 16/19) persigue lograr esa aproximación en los siguientes ámbitos: **(a)** en la prensa y otras publicaciones impresas; **(b)** en las emisiones de radio; **(c)** en los servicios de la sociedad de información, y **(d)** en el patrocinio del tabaco, incluida la distribución gratuita de productos del tabaco.

Esta normativa debe entenderse sin perjuicio de la regulación incluida en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y específicamente referida a ésta. Conforme a ésta, procede prohibir toda comunicación comercial audiovisual de cigarrillos y productos de tabaco, incluyendo aquellas formas indirectas de comunicación comercial audiovisual que, aunque no mencionen directamente el producto de tabaco, intenten eludir la prohibición de comunicación comercial audiovisual de los cigarrillos y otros productos de tabaco utilizando marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de productos de tabaco o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan la producción o venta de tales productos (Art. 9.1.d de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual). Los servicios de comunicación audiovisual o los programas no podrán estar patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación o venta de cigarrillos u otros productos del tabaco (Art. 10.2). En cualquier caso, los programas no podrán colocar productos del tabaco o cigarrillos, ni otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco; esto es, se prohíbe el emplazamiento de producto (Art. 11.4 de la misma Directiva).

- ***Directiva 2001/83/CE.*** El artículo 88, apartado 1, de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 311 de 28.11.2001, p. 67), prohíbe la publicidad al público general de determinados medicamentos.

Se aplica sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual. Conforme a esta se prohíbe toda comunicación comercial audiovisual de los medicamentos y tratamientos médicos únicamente disponibles bajo prescripción facultativa (receta) en el Estado miembro bajo cuya competencia se encuentre el prestador del servicio de comunicación (Art. 9.1.f de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual). En los servicios de comunicación audiovisual o programas patrocinados por empresas cuya actividad incluya la fabricación o venta de medicamentos y tratamientos médicos, se podrá promocionar el nombre o la imagen de la empresa, pero no medicamentos específicos o tratamientos médicos que solo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador del servicio de comunicación (Art. 10.3 de la misma Directiva). Queda prohibido el emplazamiento de producto respecto de esos mismos medicamentos y tratamientos médicos (Art. 11.4). Queda prohibida la televenta de medicamentos sujetos a una autorización de comercialización en el sentido de la Directiva 2001/83/CE, así como la televenta de tratamientos médicos (Art. 21).

- **Directiva 2006/114/CE.** Dentro del ámbito de la actividad publicitaria en general, cabe mencionar la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DO L 376 de 27.12.2006, p. 21/27) cuyo objeto es, por un lado, el de la protección frente a la primera y a sus consecuencias injustas y, por otro, el de establecer las condiciones conforme a las que estará permitida la segunda.
- **Reglamento (CE) no 1924/2006.** Los preceptos del Reglamento (CE) no 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (DO L 404 de 30.12.2006, p. 9) se aplican sin perjuicio de lo previsto en la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual.

En este sentido, en el Art. 9.2 de esta última Directiva se impone a los Estados miembros y a la Comisión el impulso entre los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de la adopción de códigos de conducta en relación con la comunicación comercial audiovisual inadecuada que acompañe a los programas infantiles o se incluya en ellos, de alimentos y bebidas que contengan nutrientes y sustancias con un efecto nutricional o fisiológico para los que no es recomendable una ingesta excesiva en la dieta total (tales como grasas, ácidos transgrasos, sal o sodio y azúcares).

- ❖ **Normas relacionadas con la publicidad televisiva.** Incidiendo sobre el de la publicidad televisada, las normas que sobre ella se encuentran en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), se encuentran, en gran medida, incorporadas a la Ley General de Comunicación Audiovisual. Aun cuando esta última se hallara adaptada la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual en su anterior versión, la que venía dada por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaba la Directiva 89/552/CEE del Consejo, la de la Directiva 2010/13/UE, no dejaba de ser una

versión codificada de la regulación anterior a ella, por lo que su incidencia en este ámbito no habría sido grande.

Las nuevas tecnologías incorporadas a la transmisión de servicios de comunicación audiovisual hacían necesario que el marco regulador relativo al ejercicio de actividades de radiodifusión reflejara los efectos de los cambios estructurales, la difusión de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) y la evolución tecnológica en los modelos de negocio, especialmente en la financiación de la radiodifusión televisiva comercial.

Los servicios de comunicación audiovisual eran sólo los incluidos en medios de comunicación de masas, en el sentido de estar destinados a una parte significativa del público en general y de poder tener un claro impacto sobre él. No quedarían abarcadas por esta definición las actividades que ni fueran principalmente económicas ni entraran en competencia con la radiodifusión televisiva, como los sitios web de titularidad privada y los servicios consistentes en la prestación de servicios o distribución de contenido audiovisual generado por usuarios privados con el fin de compartirlo e intercambiarlo entre grupos de interés.

El anterior dibujo de los servicios de comunicación audiovisual (cuyo concepto estudiamos con los mercados de la difusión) debía permitir comprender dentro de los mismos las comunicaciones audiovisuales comerciales y excluir: **(i)** toda forma de correspondencia privada, como los mensajes de correo electrónico enviados a un número limitado de destinatarios; **(ii)** todos los servicios cuyo principal objeto no fuera proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual fuera meramente incidental y no constituyese la finalidad principal, como, por ejemplo, los sitios web que incluyen pequeños anuncios publicitarios o información relacionada con un producto o servicio no audiovisual; o **(iii)** los motores de búsqueda.

Además de por otras razones, por no ser técnicamente viable, no se consideraba la regulación de las comunicaciones audiovisuales comerciales incluidas en los servicios de comunicación audiovisual a petición (video a la carta). Sin embargo, toda comunicación comercial audiovisual, y también la incluida en los servicios a petición, debía observar, no solo las normas de identificación, sino también un conjunto básico de normas cualitativas orientadas a la consecución de objetivos claros de política pública. En este sentido había que destacar que la nueva regulación del sector audiovisual debía proteger determinados intereses públicos entre los que se localizaban la protección de los menores y la protección de los consumidores (v. Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2003 sobre el futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual).

Como había reconocido la Comisión en su Comunicación interpretativa sobre determinados aspectos de las disposiciones en materia de publicidad de la Directiva “Televisión sin fronteras” (DO C 102 de 28.4.2004, p. 2), el desarrollo de nuevas técnicas publicitarias y la innovación en mercadotecnia habían creado nuevas oportunidades efectivas para las comunicaciones comerciales audiovisuales en los servicios tradicionales de difusión, lo cual permitía potencialmente a estos competir mejor en igualdad de condiciones con las innovaciones que traían consigo los servicios a petición.

Se acogía la definición amplia de comunicación comercial audiovisual, que, no obstante, no incluía los anuncios de servicio público ni los llamamientos de organizaciones benéficas cuya emisión fuera gratuita. Por tal se entendían (Art. 1.1.h) *“las imágenes con o sin sonido destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción”*.

En cuanto que servicios de comunicación audiovisual, las comunicaciones audiovisuales comerciales sujetaban a quienes las realizaban a la obligación de identificarse frente a los destinatarios de las mismas (Art. 5).

Las comunicaciones comerciales audiovisuales (Art. 9.1.c) debían abstenerse de: **(a)** atentar contra el respeto a la dignidad humana; **(b)** incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual; **(c)** fomentar comportamientos nocivos para la salud o la seguridad; **(d)** fomentar conductas gravemente nocivas para la protección del medio ambiente; **(e)** fomentar el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas; **(f)** producir perjuicio moral o físico a los menores en particular: **(f.1)** incitándolos directamente a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad, **(f.2)** animándolos a que persuadieran a sus padres o terceros para que comprasen los bienes o servicios publicitados, **(f.3)** explotando la especial confianza que depositaban en sus padres, profesores u otras personas, **(f.4)** mostrando sin motivo justificado a menores en situaciones peligrosas, **(f.5)** dirigiéndoles específicamente comunicaciones comerciales audiovisuales referidas a bebidas alcohólicas.

En la Directiva, además de otras, son formas de comunicación comercial audiovisual la publicidad televisiva, la televenta, el patrocinio y el emplazamiento de producto (inciso último del Art. 1.1.h):

- **Publicidad y televenta.** Pasando así a las concretas modalidades de comunicación comercial audiovisual, la publicidad televisiva es definida como *“toda forma de mensaje que se televisa a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones”* (Art. 1.1.i).

La televenta: *“la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración”* (Art. 1.1.l).

La publicidad televisiva y la televenta quedan sujetas a, prácticamente, la misma regulación. Así, los anuncios publicitarios y de televenta aislados constituirán la excepción, salvo en el caso de las retransmisiones de acontecimientos deportivos.

En el caso concreto de los espacios de televenta, los mismos tendrán una duración mínima ininterrumpida de 15 minutos (Arts. 19 y 24).

La publicidad televisada y la televenta de bebidas alcohólicas deberán respetar los criterios siguientes: **(a)** no podrán estar dirigidas específicamente a los menores ni, en particular, presentar a menores consumiendo dichas bebidas; **(b)** no deberán asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o a la conducción de vehículos; **(c)** no deberán dar la impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social o sexual; **(d)** no deberán sugerir que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante o que constituyen un medio para resolver conflictos; **(e)** no deberán estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad; **(f)** no deberán subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico (Art. 22).

Se impone a los Estados miembros velar por que, cuando se inserte publicidad televisiva o televenta durante los programas, no se menoscabe la integridad de estos, teniendo en cuenta las interrupciones naturales y la duración y el carácter del programa de que se trate, y que no se perjudique a los titulares de sus derechos (Art 20.1).

A estos efectos, se prevén una serie de límites que, no obstante, los Estados miembros podrán sustituir por otras condiciones respecto de las emisiones de televisión destinadas exclusivamente al territorio nacional que no puedan ser recibidas directa o indirectamente por el público en uno o varios de los demás Estados miembros (Art. 26). Tales límites son (Arts. 20.2 y 23): **(i)** la transmisión de películas realizadas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), obras cinematográficas y programas informativos podrá ser interrumpida por publicidad televisiva y/o televenta una vez por cada período previsto de treinta minutos como mínimo; **(ii)** la retransmisión de programas infantiles podrá ser interrumpida por publicidad televisiva y/o televenta una vez por cada período previsto de treinta minutos como mínimo, siempre y cuando la duración prevista del programa sea superior a treinta minutos; **(iii)** no se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos; **(iv)** la proporción de anuncios de publicidad televisiva y de anuncios de televenta no excederá del 20 % por hora de reloj.

Los anteriores límites, por lógica, no serán de aplicación a los canales de televisión sin elementos de programación y exclusivamente dirigidos a la publicidad o a la televenta, sin perjuicio de que los mismos queden sujetos al resto de previsiones de la Directiva que se aplicarán con las debidas modulaciones (Art. 25).

Dentro de la publicidad, las actividades de autopromoción constituyen una forma especial de publicidad mediante las cuales el organismo de radiodifusión televisiva promociona sus propios productos, servicios, programas o cadenas. No obstante, las bandas anuncio consistentes en extractos de programas deben considerarse como programas. El tiempo diario de difusión asignado a los anuncios realizados por el organismo de radiodifusión televisiva en relación con sus propios programas y con los productos conexos directamente derivados de los

mismos no debe incluirse en los límites máximos del tiempo de difusión diario u horario que puede asignarse a la publicidad y a la televenta. A fin de evitar que se falsee el juego de la competencia, esta excepción debe limitarse a los anuncios referentes a productos que cumplan la doble condición de ser productos conexos y de derivarse directamente de los programas de que se trate. El término “productos conexos” se refiere a productos que cumplen la función específica de permitir a los telespectadores beneficiarse plenamente de dichos programas o interactuar con ellos.

- ***Patrocinio y emplazamiento de producto.*** El patrocinio se define como “*cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos*” (Art. 1.1.k).

El emplazamiento de producto se define como “*toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar*” (Art. 1.1.m). El mismo se diferenciará del patrocinio porque la referencia al producto emplazado se incluirá en la acción o trama argumental del programa, mientras que la referencia al patrocinio podrá incluirse en el programa, pero no en la trama argumental.

Existen ciertos aspectos comunes a la regulación del patrocinio y del emplazamiento de producto (Arts. 10 y 11): **(a)** bajo ninguna circunstancia se podrá influir en el contenido de los servicios de comunicación audiovisual o programas patrocinados o en los que se incluya emplazamiento de producto y, en el caso de las radiodifusiones televisivas, en su horario de programación de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador del servicio de comunicación; **(b)** los mismos no deberán incitar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a dichos bienes o servicios y, en el caso concreto del emplazamiento de producto, no darán una prominencia indebida a los productos de que se trate.

En el caso concreto de los servicios de comunicación audiovisual o programas patrocinados deberán tenerse en cuenta las siguientes prohibiciones: **(i)** no se patrocinarán los noticiarios ni los programas informativos de actualidad; **(ii)** los Estados miembros podrán optar por prohibir que se muestre el logotipo de un patrocinador en programas infantiles, documentales y programas religiosos.

En cuanto al emplazamiento de producto, se prohíbe con carácter general, pero se acoge un sistema de lista positiva, de modo que los Estados miembros podrán acogerse a las excepciones incluidas en la misma en todo o en parte, siendo las siguientes: **(i)** obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento (esta excepción no se aplicará en los programas infantiles); **(ii)** los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro

gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.

Puede verse, por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 24 febrero 2011 (JUR 2011\77216) sobre infracción grave por publicidad televisiva encubierta y diferencias entre publicidad encubierta y emplazamiento de un producto. La SETSI imponía a *Antena 3 Televisión SA* dos sanciones por publicidad encubierta, por la presentación de productos y servicios de terceros - productos “Yosport” del *Grupo Pascual*- con propósito publicitario en un capítulo de la serie “*La Lola*”, emitido el 27 de noviembre de 2008 y la muñeca “*Nancy paseo en bici*” de *Famosa*, con el mismo propósito publicitario, en un capítulo del *Internado* emitido el día 3 de diciembre de 2008. Se consideró que los hechos constituían publicidad encubierta, lo que suponía vulneración del art. 9.2 de la Ley 25/1994, constituyendo dos infracciones graves previstas en el art. 20.2 de la misma Ley que se sancionaban con multas de 49.270 € y 56.670 €, respectivamente.

Señalaba la Audiencia que *“La diferencia entre publicidad (y en especial la publicidad encubierta) y la mera presentación («asentamiento» o «emplazamiento») del producto, reside en que en la publicidad existe una finalidad promocional para la compra del producto por parte del público, mientras que en el «asentamiento» la aparición del producto o servicio de que se trate es sólo eso, una presentación carente de suplementaria carga promocional o apologética”* y que *“Tal finalidad promocional, verdadero elemento subjetivo de la conducta (que además el Tribunal considera probada en el presente caso, tras un análisis detallado de los contenidos de los programas), es la que está también presente en la definición en el artículo 3.d («que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario») de la Ley 25/1994, de 12 de julio”*.

Y, finalmente, que *“La mera presencia de un producto o un cartel en una película o en una serie de televisión formando parte del decorado, o la mención circunstancial de un producto en una escena ha de distinguirse claramente del intento de utilizar una escena, como es el caso que nos ocupa, para promocionar un producto determinado con un mensaje reiterado, tanto verbal como visual, utilizando el soporte de una escena como mera excusa para realizar una promoción encubierta de un producto determinado que ha patrocinado esa misma serie o que guarda una estrecha relación comercial con la misma y con la empresa que lo produce y emite”*.

En general, para toda forma de comunicación comercial audiovisual (incluyendo, por tanto, la publicidad, la televenta, el patrocinio y el emplazamiento de producto) se prohíben las que utilicen técnicas subliminales (Art. 9.1.b).

Además, los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción sean fácilmente reconocibles como tales (Art. 9.1.a). Se prohíbe la comunicación comercial audiovisual encubierta (Art. 1.1.j), es decir, *“la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por*

parte del prestador del servicio de comunicación, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de una remuneración o contraprestación similar”.

En especial: **(a)** la publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial (sin perjuicio de la utilización de nuevas técnicas publicitarias, la publicidad televisiva y la televenta deberán diferenciarse claramente del resto del programa por medios ópticos y/o acústicos y/o espaciales); **(b)** los espectadores deberán ser claramente informados de la existencia de un acuerdo de patrocinio o de emplazamiento de producto: **(b.i)** los programas patrocinados deberán estar claramente identificados como tales por medio del nombre, logotipo y/o cualquier otro símbolo del patrocinador, tal como una referencia a sus productos o servicios o un signo distintivo de los mismos, de manera adecuada a los programas, al principio, en el transcurso o al término de estos; **(b.ii)** los programas que contengan emplazamiento de producto deberán estar debidamente identificados al principio y al final del programa, así como cuando el programa se reanude tras una pausa publicitaria, con el fin de evitar toda confusión al espectador (excepcionalmente, los Estados miembros podrán optar por no exigir estas prescripciones sobre emplazamiento de producto, siempre que el programa de que se trate no haya sido ni producido ni encargado por el propio prestador del servicio de comunicación o una empresa filial de este último).

- ❖ **Normas relacionadas con la publicidad on line.** Finalmente, y en lo que a la publicidad en IT se refiere, la normativa a la que estar será la Directiva 2000/31/CE citada más arriba y, en particular, a la sección segunda de su capítulo segundo que se ocupa de las comunicaciones comerciales. El hecho de que más abajo nos refiramos a la ley española que traspone esta directiva, de nuevo, nos eximirá de abundar en el contenido de la misma.

Con valor de cierre de este epígrafe nada más reiterar que lo en él perseguido es tan sólo dejar apuntadas las normas esenciales en el marco del derecho comunitario dejando el estudio de los contenidos normativos para los epígrafes correspondientes a las normas nacionales que, por principio, han de suponerse adaptadas a las europeas; lo anterior siempre con la excepción ya comentada de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual.

ii) Nacional

(1) Normativa reguladora de la publicidad en general

Dentro del marco normativo correspondiente a este mercado de que ahora nos ocupamos podrían distinguirse dos bloques de normas: el primero, constituido por todas las normas que, en general, regulan la actividad publicitaria y el segundo, conformado por las que, en especial, regulan la actividad publicitaria en TV. A estos dos, y aun cuando su estudio exceda del ámbito de la difusión televisiva, cabría añadir una mención al marco regulador de la actividad publicitaria desarrollada a través de Internet.

Empezando por el enunciado en primer lugar, la norma central sería la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE nº 274, 15-Nov-1988). En ella se comienza (Art. 2) definiendo la publicidad como “*toda forma de comunicación realizada por una persona*

física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La nueva regulación es la que resulta, entre otras, de la reforma operada en la propia Ley General de Publicidad por la La Ley 29/2009, por la que se modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad (Núm. BOE: 315; Fecha de publicación 31/12/2009).

El Título II se ocupa de la publicidad ilícita en sus cinco manifestaciones: (a) **la vulneradora de los derechos y valores constitucionales** incluido el de la dignidad de la persona (Art. 10 CE); (b) **la atentatoria contra la integridad física o moral de los menores**; (c) **la desleal**, que incluye la desleal en sentido estricto, la engañosa y la agresiva, formas de publicidad todas ellas investidas del carácter de actos de competencia desleal en el sentido de la Ley 10/1991; (d) **la subliminal**; y (e) **la que infrinja la legislación sectorial** (Art. 3):

- ❖ **Publicidad inconstitucional.** En cuanto a la primera de las manifestaciones, se hace especial hincapié en el respeto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Art. 18 CE), a las libertades de expresión e información (Art. 20 CE) y al derecho-principio de igualdad (Art. 14). Por otra parte, se entenderán incluidos dentro de esta variante de publicidad ilícita *“los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.*
- ❖ **Publicidad atentatoria contra los derechos de los menores.** En cuanto a la segunda, se considera ilícita la publicidad dirigida a menores *“que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores”*; *“sin que se pueda, “sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas” ni se deba “inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros”.*
- ❖ **Publicidad desleal.** Respecto a la publicidad desleal, dentro de ella, podríamos diferenciar la **publicidad engañosa**, la **agresiva**, así como **otras formas de publicidad desleal**:
 - **Publicidad desleal engañosa.** En la versión de la LGP anterior a la reforma se definía como publicidad engañosa, primero, *“la que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”* y, segundo, *“la que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”* (Art. 4). Tras la reforma, se suprimen las anteriores definiciones y se defiende la cuestión al régimen general de la Ley de Competencia Desleal. En este sentido, el Art. 5 de la Ley de Competencia desleal se ocupa de

los que llama “actos de engaño” al establecer: “*se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*”; siendo condición inexcusable que el comportamiento incida sobre determinados y tasados aspectos³⁹. Además se dispone que “*cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios*”.

Por su parte, el Art. 7 de la Ley de Competencia Desleal, se ocupa de la vertiente omisiva, esto es de las omisiones engañosas, considerando desleal: “*la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa*” y aclarando que “*es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto*”. Para la determinación del carácter engañoso de estos comportamientos, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Además, cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, como es el caso de la TV, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.

- **Publicidad desleal agresiva.** En cuanto a la publicidad desleal agresiva, el Art. 8 de la Ley de Competencia Desleal considera desleal “*todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su*

³⁹ Siendo estos: “(a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio; (b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio; (c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones; (d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta; (e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; (f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación; (g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido; (h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr”.

comportamiento económico”, considerándose, a estos efectos, “influencia indebida la utilización de una posición de poder en relación con el destinatario de la práctica para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso”⁴⁰.

- **Otras manifestaciones de publicidad desleal.** Dejando atrás la publicidad engañosa y la agresiva, será también publicidad desleal la que pueda incardinarse dentro de la cláusula de prohibición general del Art. 4 de la Ley 3/1991. Conforme a ésta, *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*, entendiéndose, en las relaciones con consumidores y usuarios, como contrario a las exigencias de la buena fe *“el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa⁴¹ el comportamiento económico⁴² del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores⁴³”*. Entre estas otras manifestaciones de publicidad desleal cabe citar la **publicidad que induzca a confusión**, la que **aproveche la reputación ajena**, la **denigratoria**, la **comparativa** que no cumpla ciertos requisitos y otra **publicidad contraria a la buena fe**:

⁴⁰ *“Para determinar si una conducta hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida se tendrán en cuenta: (a) El momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; (b) El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; (c) La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario, de los que aquél tenga conocimiento, para influir en su decisión con respecto al bien o servicio; (d) Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o profesional cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrarlo; (e) La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse”*.

⁴¹ Se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, *“utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado”*.

⁴² Se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con: (a) *“La selección de una oferta u oferente; (b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo; (c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago”; (d) “La conservación del bien o servicio; (e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios”*.

⁴³ *“Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio”. Sin embargo, “las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”*. Esto último se entenderá, *“sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal”*.

- **Publicidad que induzca a confusión.** En virtud de esta cláusula general, será ilícita, por desleal, la publicidad que induzca a confusión, disponiéndose en el Art. 6 de la Ley de Competencia desleal que *“se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”* y que *“el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”*.
- **Publicidad que implique explotación de la reputación ajena.** Igualmente, será desleal, por ilícita, la publicidad que implique explotación de la reputación ajena, estableciendo el Art. 12 de la Ley de Competencia desleal que *“se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”* y que, en particular, *“se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares”*.
- **Publicidad denigratoria.** También, será ilícita y desleal la publicidad denigratoria. El Art. 9 de la Ley de Competencia desleal se ocupa de los que llama *“actos de denigración”* cuando establece *“se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”*.
- **Publicidad comparativa.** Del mismo modo, será ilícita y desleal la publicidad comparativa que no se ajuste a las previsiones legales. A tenor del Art. 10, *“la comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor estará permitida si cumple los siguientes requisitos”*: (a) *“los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades”*; (b) *“la comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio”*; (c) *“en el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación”*; (d) *“no podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido”*; (e) *“la comparación no podrá contravenir lo establecido por los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 en materia de actos de engaño, denigración y explotación de la reputación ajena”*.

- **Otra publicidad contraria a la buena fe.** Otras formas de comportamiento desleal previstas en la Ley de Competencia desleal resultarán más difíciles de aplicar a la actividad publicitaria, sin embargo no habrá que excluir su posibilidad en todo caso, p.e., actos de imitación (de iniciativas publicitarias) (Art. 11), de violación de secretos industriales o empresariales (Art. 13), de inducción a la infracción contractual por parte de trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados respecto de los competidores (Art. 14), de prevalimiento de una ventaja competitiva alcanzada con infracción de normas (Art. 15), de discriminación y explotación de situaciones de dependencia económica (Art. 16) o de venta a pérdida (Art. 17).

Además, se hace necesario tener en cuenta la existencia de un Capítulo III dentro de la Ley de Competencia desleal que es el que marca el ámbito del acto de competencia desleal en las relaciones con los consumidores. Respecto de éstos (v. Art. 19), sólo serán prácticas desleales las que puedan ser incluidas dentro del ámbito de la cláusula general (Art. 4), los actos y omisiones engañosas (Arts. 5 y 7) y las prácticas agresivas (Art. 8). Además lo serán las específicamente previstas en los artículos que siguen al 19, a saber: **(i)** prácticas engañosas por confusión para los consumidores (Art. 20); **(ii)** prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (Art. 21); **(iii)** prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas (Art. 22); **(iv)** prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa (Art. 23); **(v)** prácticas de venta piramidal (Art. 24); **(vi)** prácticas engañosas por confusión (Art. 25); **(vii)** prácticas comerciales encubiertas (Art. 26); **(viii)** otras prácticas engañosas (Art. 27); **(ix)** prácticas agresivas por coacción (Art. 28); **(x)** prácticas agresivas por acoso (Art. 29); **(xi)** prácticas agresivas en relación con los menores (Art. 30); **(xii)** otras prácticas agresivas (Art. 31). Toda la anterior regulación denota una importante falta de sistemática y resulta en gran medida redundante con respecto a la regulación general, pero, en todo caso, habrá que acudir a ella en primer término cuando de lo que se trate sea de conductas que proyectan sus efectos sobre los consumidores.

- ❖ **Publicidad subliminal.** En cuanto a la publicidad subliminal (Art. 4), es la que *“mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”*.
- ❖ **Publicidad vulneradora de normas sectoriales.** Por último, en lo que concierne a la publicidad vulneradora de normas sectoriales, el Art. 5 de la Ley General de publicidad refiere: *“la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa”*, pudiendo dicho régimen asimismo establecerse *“cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran”*.

Los reglamentos que desarrollen esta previsión legal y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán: *“(a) La*

naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos; (b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios; (c) Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa”. Además, “en el procedimiento de elaboración de estos reglamentos será preceptiva la audiencia de las organizaciones empresariales representativas del sector, de las asociaciones de agencias y de anunciantes y de las asociaciones de consumidores y usuarios, en su caso, a través de sus órganos de representación institucional”.

Además se dispone (Ap. 4 del Art. 5), *“los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen”.*

Y respecto de las bebidas alcohólicas, el mismo precepto (Ap. 5) dispone: **(i)** se prohíbe la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de la televisión; **(ii)** queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo; **(iii)** la forma, contenido y condiciones de la publicidad de bebidas alcohólicas serán limitados reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos; **(iv)** con los mismos fines que el párrafo anterior el Gobierno podrá, reglamentariamente, extender la prohibición prevista en este apartado a bebidas con graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

De otra parte, la prohibición de la publicidad del tabaco, en la TV o en cualquier otro medio, se encuentra fuera de la Ley General de publicidad y resulta de lo dispuesto en el Art. 9 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (BOE nº 309, 27-Dic-2005). Conforme a él *“queda prohibido el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información”.*

Siguiendo con la Ley General de Publicidad, el Título III de la Ley lleva la rúbrica de “De la contratación publicitaria” y, dentro de él, el Capítulo I incluye unas “Disposiciones Generales” de las que las de mayor interés tal vez sean las que perfilan los elementos personales de los contratos publicitarios. Estos son (Art. 8):

- el **anunciante** o *“persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”;*
- las **agencias de publicidad** o *“las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante”;*

- los **medios de publicidad** o “*las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten*”.

El Título III se ocupa también de los diferentes contratos publicitarios y se integra por cuatro secciones que tratan, respectivamente, de:

- el **contrato de publicidad** o “*aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma*”; Art. 13);
- el **contrato de difusión publicitaria** o “*aquél por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario*”; Art. 17);
- el **contrato de creación publicitaria** o “*aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario*”; Art. 20)
- el **contrato de patrocinio** o “*aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador*”; Art. 22).

Para terminar con la Ley General de Publicidad, sólo decir que su Art. 6 contempla que “*las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*”. En virtud de de esta remisión, resulta ser de aplicación lo previsto en el Art. 32 LCD:

“contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1ª Acción declarativa de deslealtad; 2ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica; 3ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; 4ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; 5ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; 6ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico”.

Siguiendo con la normativa que de modo general disciplina la actividad publicitaria, serían forzosas las referencias a la centrada en los derechos de los consumidores y usuarios en cuanto que destinatarios de aquella actividad. Aquí, la Ley principal será la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo texto refundido ha sido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 30 noviembre 2007, núm. 287,

pág. 49181)⁴⁴. Su Art. 8 recoge como derecho básico de los consumidores y usuarios “la información correcta sobre los diferentes productos o servicios” y el Art. 14 dispone que los reglamentos reguladores de los diferentes productos, actividades y servicios contendrán, entre otras determinaciones, las relativas a su publicidad.

Otras menciones de interés de este cuerpo legal en lo que a la actividad publicitaria se refiere son las de su Art. 61 conforme al cual: “La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación”; “su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido” y “no obstante lo anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”.

Estas previsiones del Art. 61 se desarrollan en el Capítulo II del Título I del Libro II que, bajo la rúbrica de “Derecho de desistimiento”, crea un régimen específico para la compraventa de bienes de consumo celebrada entre los consumidores y los vendedores profesionales, regulando el derecho del consumidor a desistir del contrato celebrado, o en el Capítulo II del Título V que, bajo la rúbrica de “Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario”, prevé que - en palabras del legislador - “en conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta Ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones – reguladas en el Código Civil - redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores”.

Pueden también ser del caso, sin perjuicio de las de la legislación autonómica, ciertas previsiones de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista (BOE 17 enero 1996, núm. 15, pág. 1243). Su Art. 12 reitera la responsabilidad del vendedor por la disconformidad de los productos con los términos del contrato de compraventa de la que acabamos de ocuparnos. Por su parte el Art. 18 se refiere a las actividades de promoción de las ventas dentro de las cuales quedarían comprendidas las ventas en rebajas⁴⁵, las ventas en oferta o promoción⁴⁶, las ventas de saldos⁴⁷, las ventas en liquidación⁴⁸, las ventas con

⁴⁴ Sin perjuicio de las Leyes autonómicas de defensa de los consumidores y usuarios como las siguientes: (i) Ley Navarra 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; (ii) Ley Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios; (iii) Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía; (iv) Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias; (v) Ley Asturiana 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios; (vi) Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León; (vii) Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la comunidad autónoma de las Islas Baleares; (viii) Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los consumidores y usuarios de la región de Murcia; (ix) Ley Catalana 1/1990, de 8 de enero, sobre la Disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y de los usuarios.

⁴⁵ “Se entiende que existe venta en rebajas cuando los artículos objeto de la misma se ofertan, en el mismo establecimiento en el que se ejerce habitualmente la actividad comercial, a un precio inferior al fijado antes de dicha venta” (Art. 24)

⁴⁶ “Se consideran ventas de promoción o en oferta aquellas no contempladas específicamente en otro de los Capítulos del presente Título, que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables que las

obsequio y prima⁴⁹ y las ofertas de venta directa⁵⁰ y dispone que estas denominaciones sólo podrán emplearse para las actividades ajustadas a las definiciones de la Ley. El Art. 19 dispone algunas reglas adicionales para los anuncios de estas actividades de promoción de las ventas como las que exigen que en ellos se especifique su duración y reglas especiales.

(2) Normativa reguladora de la publicidad televisada

El modelo español se aleja, ciertamente, de los patrones de autorregulación que imperan en otros mercados geográficos como, por ejemplo, el japonés en el que la actividad publicitaria en medios privados carece de una regulación específica existiendo sumisión a las normas emanadas de una Asociación Nacional de Difusores. Lo anterior no impide para que la actividad publicitaria en TV en ese país pueda quedar sometida a otra legislación sectorial como, en particular, la que disciplina la competencia desleal (*“Telecoms and Media 2005 – Getting Through”*, A *Global Competition Review Special Report*, Pp. 205 y ss.; Timothy Wilkins and Mariko Kobayashi de *Freshfields Bruckhaus Deringer*). Veremos también que la autorregulación impera en nuestro país en relación a otro mercado de producto también inscrito dentro del segmento de la publicidad, a saber, el de los servicios de audimetría.

Yendo al mercado español, no es del caso extenderse en la regulación a escala autonómica de la publicidad – en un sentido amplio comprensivo también de la televenta y el patrocinio - televisada. Pueden verse, por ejemplo: **(i)** los Arts. 16 a 31 de la Ley valenciana 1/2006, de 19 de abril, del sector audiovisual; **(ii)** los Arts. 7 a 16 de la Ley foral navarra 18/2001, de 5 de julio, por la que se regulaba la actividad audiovisual en Navarra y se creaba el Consejo Audiovisual de Navarra (norma derogada por su incompatibilidad con la LGCA a través de la Ley Foral 15/2011, de 21 de octubre; BO. Navarra 31 octubre 2011, núm. 216, [pág. 14921] y reemplazada por el Decreto Foral 5/2012, de 25 de enero, sobre Servicios de Comunicación Audiovisual en la Comunidad Foral de Navarra - LNA 2012\47); **(iii)** los

habituales, con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos” (Art. 27)

⁴⁷ *“Se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos, sin que un producto tenga esta consideración por el solo hecho de ser un excedente de producción o de temporada” (Art. 28)*

⁴⁸ *“Se entiende por venta en liquidación la venta de carácter excepcional y de finalidad extintiva de determinadas existencias de productos que, anunciada con esta denominación u otra equivalente, tiene lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o es llevada a cabo por el comerciante o por el adquirente por cualquier título del negocio de aquél en alguno de los casos siguientes: a) Cesación total o parcial de la actividad de comercio. En el supuesto de cese parcial tendrá que indicarse la clase de mercancías objeto de liquidación. b) Cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio. c) Cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo. d) Cualquier supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial” (Art. 30)*

⁴⁹ *“Son ventas con obsequio aquellas que con finalidad de promover las ventas ofertan, ya sea en forma automática, o bien, mediante la participación en un sorteo o concurso, un premio, cualquiera que sea la naturaleza de éste”; “son ventas con prima aquéllas que ofrezcan cualquier incentivo o ventaja vinculado a la adquisición de un bien o servicio” (Art. 32).*

⁵⁰ *“Queda prohibido que, en la oferta al público de mercancías de cualquier clase, se invoque por el vendedor su condición de fabricante o mayorista, a menos que reúna las circunstancias siguientes: a) Que, en el primer caso, fabrique realmente la totalidad de los productos puestos a la venta y, en el segundo, realice sus operaciones de venta fundamentalmente a comerciantes minoristas, b) Que los precios ofertados sean los mismos que aplica a otros comerciantes, mayoristas o minoristas, según los casos” (Art. 35)*

Arts. 7 a 9 de la Ley de Madrid 2/2001, de 18 de abril, de Contenidos audiovisuales y servicios adicionales; (iv) los Arts. 5 a 7 de la Ley Extremeña 4/1997, de 10 de abril, de medidas de prevención y control de la venta y publicidad de bebidas alcohólicas para menores de edad.

Tal vez, las disposiciones más novedosas puedan encontrarse dentro del título VI de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña. En este sentido, llaman la atención el Art. 105 y el 106 que se ocupan, respectivamente, de la **publicidad interactiva** y del **patrocinio virtual**.

- En cuanto a la **publicidad interactiva**, se define como “*la que permite a los destinatarios de servicios de comunicación audiovisual dar información directamente al prestador del servicio o al anunciante, gracias a un sistema de respuesta que les permite actuar, de forma interactiva, en un entorno al cual se exponen voluntariamente durante el tiempo que ellos mismos deciden*”.
- Por su parte el **patrocinio virtual** es definido como “*la actividad de patrocinio que utiliza publicidad virtual que permite insertar mensajes publicitarios, especialmente durante la emisión de acontecimientos deportivos, mediante una sustitución virtual de los carteles publicitarios instalados sobre el terreno o mediante la inserción de nuevas imágenes*”.

De estas dos formas de publicidad televisada – publicidad interactiva y patrocinio virtual – se ha ocupado también la Comisión en su Comunicación interpretativa relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva “Televisión sin fronteras” sobre la publicidad televisiva (Diario Oficial n° C 102 de 28/04/2004 p. 0002 – 0011). Además, dicha institución abordaba una tercera, a saber, la de la pantalla dividida. Partiendo de las conclusiones sentadas en el estudio realizado por un asesor independiente (*Estudio Bird & Bird y Carat Crystal*), la Comisión consideró que esas tres formas de publicidad (**publicidad interactiva**, **patrocinio virtual** y **pantalla dividida**) no resultaban incompatibles con las previsiones de la Directiva de TV sin fronteras siempre que llegaran a cumplirse las disposiciones de ésta:

- **Pantalla dividida**. La pantalla dividida consistía en la difusión simultánea o paralela de contenidos editoriales y contenidos publicitarios. Se traducía, por ejemplo, en la aparición de uno o más anuncios en una ventana durante la difusión de un programa, de tal manera que fueran visibles dos imágenes distintas en la pantalla. Si el espacio dedicado a la publicidad no era excesivo, esta técnica permitía al telespectador seguir viendo el programa editorial durante la difusión del anuncio publicitario.

Con relación a la publicidad en pantalla dividida, para que llegara a darse esa compatibilidad con las disposiciones de la Directiva era necesario que dicha publicidad resultara fácilmente identificable y distinguible del contenido editorial a través de medios ópticos y acústicos para que no indujera a confusión a los telespectadores; así como que llegaran a cumplirse el resto de disposiciones de la Directiva, en especial, sobre respeto a la integridad de los programas, presentación, inserción, duración y contenido de la publicidad.

- **Publicidad interactiva**. En el caso de la publicidad interactiva, en opinión de la Comisión, habría que diferenciar dos momentos, a saber: (a) uno primero, en el que el telespectador no habría aún decidido acceder al entorno interactivo, pulsando el icono

interactivo correspondiente, y en el cual resultarían ser de plena aplicación las normas sobre publicidad incluidas en la Directiva de TV sin Fronteras, al tratarse de un servicio de difusión lineal (por lo que ese icono interactivo debía estar integrado en un espacio publicitario claramente diferenciado del contenido editorial y el paso al entorno interactivo debía identificarse por medios ópticos y acústicos); **(b)** otro segundo, en el cual el propio telespectador estaría ya inmerso dentro de ese entorno interactivo; se trataría de servicios de la Sociedad de la Información a los que accedía el usuario por petición individual, no sujetos, por tanto, a la Directiva de TV sin Fronteras.

- **Patrocinio virtual.** En cuanto al patrocinio virtual, también la Comisión lo consideraba compatible con las normas sobre publicidad incluidas en la Directiva de Televisión sin Fronteras, siempre que se cumplieran ciertas prescripciones como, en particular: **(a)** que no afectasen al disfrute por el afectador, ni a la integridad o valor de los programas ni a los intereses de los titulares de los derechos; **(b)** que se informase al telespectador de antemano de la inserción de imágenes virtuales; **(c)** que se contase con el acuerdo previo del organizador del acontecimiento retransmitido y de los titulares de los derechos; o **(d)** que las imágenes virtuales se superpusieran a los emplazamientos materiales o físicos en los que, habitualmente, se colocaba la publicidad (p.e. vallas publicitarias de los estadios) y que las mismas no fueran más visibles ni ostensibles que las de la publicidad material sustituida.

En el ámbito estatal español, si la norma principal en lo que a la regulación de la actividad publicitaria en general se refiere es la Ley General de publicidad que acabamos de estudiar, por lo que a la publicidad televisada respecta ese mismo carácter de norma principal recaía en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorporaba al ordenamiento jurídico español la Directiva de televisión sin fronteras. Tres eran las figuras reguladas en la Ley y definidas en su Art. 3 que podían guardar relación con el mercado de la publicidad televisada en un sentido lato, a saber, la publicidad por televisión, el patrocinio publicitario por televisión y la televenta. El núcleo de la regulación de las tres anteriores figuras se encontraba en el Capítulo III de la Ley que, precisamente, llevaba la rúbrica “*De la publicidad en televisión, la televenta y el patrocinio televisivo*”. Toda esta regulación carece ya de virtualidad tras la derogación de la Ley 25/1994 por la Ley 7/2010, de 21 de marzo, de la Comunicación General Audiovisual. Sobre el contenido de ésta profundizaremos sólo en la medida en que no suponga una reiteración del contenido, ya expuesto en detalle, de la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual. Como aspectos esenciales de la LGCA en esta materia podrían destacarse los siguientes (desarrollados mediante Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva):

- 1.º **Formas de comunicación comercial.** En este sentido, la primera observación es la de que la LGCA se ajusta prácticamente en todo a la Directiva. Así (Art. 2 n.º 24) se acoge una definición de comunicación comercial audiovisual idéntica a la de la directiva y, como en ésta, se declara que son modalidades de la misma, en todo caso, las siguientes, que se definen también como en la Directiva:
 - a. el ***mensaje publicitario*** (v. núm. 25);
 - b. la ***televenta*** (v. núm. 26);

- c. el **patrocinio** (v. núm. 29);
- d. el **emplazamiento de producto** (v. núm. 31).

En el Art. 2 se acogen, además, determinadas formas de comunicación audiovisual de forma específica con respecto a la directiva:

- a. la **telepromoción** (n.º 27): *“la comunicación comercial audiovisual en la que el presentador o cualquiera de los protagonistas del programa, utilizando el escenario, la ambientación y el atrezzo del programa, exponen por un tiempo claramente superior a la duración de un mensaje publicitario las características de un bien o servicio, de manera que el mensaje no puede ser emitido de manera independiente al programa correspondiente”*;
- b. la **autopromoción** (n.º 28): *“la comunicación audiovisual que informa sobre la programación del prestador del servicio, sobre programas o paquetes de programación determinados o sobre los productos accesorios derivados directamente de ellos”*;
- c. el **patrocinio cultural** (n.º 30): *“cualquier contribución de una Institución, Empresa o Fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa”*.

Para terminar con la LGCA, ha de destacarse que la Disposición final cuadragésima primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55), ha añadido una nueva disposición adicional, que pasa a ser la séptima, bajo la rúbrica de *“Carácter no publicitario de anuncios de servicio público o de carácter benéfico”*, con el siguiente texto: *“No tienen la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de esta Ley. A los efectos del cómputo previsto en el apartado 1 del artículo 14, la autoridad audiovisual competente podrá resolver, a solicitud de los interesados y previamente a su emisión, sobre la no consideración como mensajes publicitarios de estas comunicaciones”*.

- 2.º **Comunicación comercial ilícita**. La LGCA acoge plenamente las previsiones de la Directiva en cuanto a la protección de la integridad física y moral de los menores frente a las comunicaciones comerciales audiovisuales (Art. 7 Aps. 3 y 4).

También se define y prohíbe, como en la Directiva, la comunicación comercial audiovisual encubierta (Art. 2 n.º 32 y Art. 18 n.º 2). La publicidad subliminal se define igual que en la Ley General de Publicidad y es también objeto de prohibición (Art. 18 n.º 2).

Por su parte, el Art. 18 se ocupa de las comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas. Así, sin perjuicio de lo dispuesto para la normativa en general en materia de publicidad: **(a)** toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico,

nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual; **(b)** toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio; **(c)** la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente; **(d)** la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la seguridad de las personas; **(e)** la comunicación comercial de naturaleza política, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General; **(f)** la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud y, en todo caso, **(c.i)** la comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen; **(c.ii)** la comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga lo dispuesto en el artículo 78, apartados 1 y 5, de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios; **(c.iii)** la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados; **(c.iv)** la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir; **(c.v)** la comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.

- 3.º **Límites temporales.** El grueso de la regulación de las comunicaciones comerciales audiovisuales se encuentra, sin embargo, en la Sección II del Capítulo II del Título II que lleva la rúbrica de “*El Derecho a realizar comunicaciones comerciales*” (Arts. 13 a 18).

En el Art. 13 se acoge la posibilidad, también prevista en la Directiva, de la existencia de canales totalmente dedicados a las actividades de publicidad y televenta.

También se contempla específicamente la posibilidad de autopromoción (ver la definición más arriba), que no se considera comunicación comercial audiovisual; si bien, “*para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial*”.

El Art. 14 trata del derecho a emitir mensajes publicitarios. La regulación es prácticamente idéntica a la de la Directiva sobre publicidad televisiva. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

El 7 de abril de 2011, la prensa económica se hacía eco de la propuesta del Abogado general del TJCE, Yves Bot, de condena a España por incumplir la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y sobrepasar el tiempo de publicidad en

televisión. Consideraba que España había aplicado incorrectamente esta normativa al permitir que “*nuevas formas de publicidad televisiva*”, bajo la denominación de publirreportajes, telepromociones, anuncios de patrocinio y microespacios publicitarios, se transmitiesen rebasando el límite legal de 12 minutos por hora de anuncios publicitarios. El Estado español se opuso a la denuncia de la Comisión Europea al considerar que estas cuatro formas de publicidad controvertidas no encajaban en el concepto de anuncios publicitarios y sí en el de otras formas de publicidad. Sin embargo, Bot aclaraba en sus conclusiones que “*la directiva no define estos dos conceptos*” de publicidad. Por ello, proponía al Tribunal de Justicia de la UE que declarase que estos dos conceptos tuvieran “*una definición uniforme y autónoma*” dentro de la Europa comunitaria. Además, a pesar de reconocer que “*no es sencillo definir estos conceptos*”, defendía que lo que España calificaba como “*otras formas de publicidad*” debía interpretarse como anuncios publicitarios, salvo los de patrocinio.

- 4.º **Otros condicionantes asociados al respeto de la integridad de los programas.** Se imponen las mismas obligaciones de respeto de la integridad de los programas dispuestas en la Directiva, se prohíbe la inclusión de cuñas publicitarias en la emisión de servicios religiosos y se establece un deber claro de diferenciación con respecto al contenido editorial; siendo, en este último sentido, una previsión específica la de que “*en la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad»*”.

Puede consultarse la Sentencia de 17 febrero de 2011 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (JUR 2011\77295; Ponente Guerreo Zaplana, J.) que estimó el recurso por entender que no existía interrupción de la integridad de los programas.

La resolución recurrida imponía una fuerte sanción económica a *Telecinco* (143.750 euros) por aplicación de los apartados 1 y 3 del Art. 11 de la Ley 25/94; lo que se sancionaba era la no identificabilidad de la publicidad así como mezclar emisión y publicidad fuera de los casos previstos en la ley (la regulación era casi idéntica a la prevista en los Arts. 14 y 15 de la LGCA). Se trataba de que “*durante las transmisiones del programa Gran Hermano, en las fechas y horarios señalados se produjo la inserción de una transparencia en que aparecen cuatro muñecos maoríes caminando ó remando en una canoa boca abajo y cruzando la pantalla de izquierda a derecha y al llegar al otro extremo de la pantalla, los muñecos se tiran como si estuvieran haciendo puenting y dando saltos consiguen mover la pantalla con pequeños temblores hasta que dan la vuelta a la pantalla y aparece una banda negra con dos anagramas redondos a los lados en los que aparece la leyenda «pégale la vuelta a tu mundo» y, posteriormente, otra banda en la que aparece la leyenda "nos piramos a Nueva Zelanda» y el símbolo de Fanta con un 10 escrito en color naranja y unos aros de color naranja alrededor y en el centro otra leyenda en la que figura «descubre como venirte en www.fanta.es»*”.

Para el Tribunal, “*La aplicación de lo previsto en la Ley 7/2010 permite concretar los siguientes requisitos para la emisión de publicidad en formas distintas de anuncios: - Deben estar claramente diferenciados de los programas; - No pueden confundir al*

espectador sobre el carácter publicitario (pues, en ese caso debe superponerse la transparencia con la indicación de publicidad); - Se debe respetar la integridad del programa en que se inserta”.

Todos los anteriores requisitos se respetaban en el caso a examen (v. Fundamento Jurídico Sexto): *“puede concluirse, en relación a este concreto supuesto, que las inserciones publicitarias descritas tenían un contenido tan claramente publicitario que no pueden causar ninguna duda al espectador de que se trataba de inserciones de carácter publicitario. No es posible, pues, hablar de publicidad encubierta. Además, no puede desligarse el visionado de las inserciones publicitarias de la naturaleza y clase del programa en el que se emitieron: se trata de un programa sin guión previo en el que no se interrumpe una programación previamente preparada sino, simplemente, se hace simultáneo el contenido publicitario con el visionado de la convivencia de determinadas personas. Obviamente, esta forma de publicidad será claramente inadecuada en otra clase de programas en los que sí alteraría gravemente la integridad del mismo pues la duración de la publicidad, la aparición de rótulos sucesivos y las transformaciones producidas en la pantalla distorsionarían otra clase de programas ó emisiones”.*

Finalmente, en el Art. 16 e regula el patrocinio televisivo en términos idénticos a como se hace en la Directiva y, por su parte, el Art. 17 se dedica al emplazamiento de producto y, respecto de él, haciendo uso de las autorizaciones contenidas en la lista blanca de la Directiva, se prevé que *“los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento”* y que *“en el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa”* (Ap. 1). Al margen de otras previsiones más ajustadas al contenido imperativo de la Directiva, se dispone (Ap. 2) que *“cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria”.*

En el ámbito de la TV de titularidad estatal, la Ley 17/2006 que la regula atribuía al Consejo de Administración de la corporación RTVE, en su Art. 16, las competencias en materia de publicidad y la definición de los principios a los que ésta había de sujetarse. La Resolución de 22 de enero de 2001 de la Dirección General del extinguido Ente Público RTVE hizo públicas las normas reguladoras de la emisión de publicidad en TVE (BOE n. 21 de 24/1/2001). Estas normas que, en esencia, no hacían más que remitirse a las Leyes 34/88 y 25/94 seguían conservando su vigencia.

Pero la situación dio un vuelco con la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y con la LGCA que vino a dar nueva redacción a su Art. 7. La regla general sentada en este Art. 7 era la de que *“la Corporación RTVE podrá obtener ingresos, sin subcotizar los precios de su actividad mercantil, por los servicios que preste y, en general, por el ejercicio de sus actividades, incluyendo la comercialización de sus contenidos, tanto de producción propia como de producción mixta o coproducción”.*

Sin embargo se introducía una excepción y era ésta la de que tales ingresos no podían proceder “*de actividades de publicidad o de televenta en cualquiera de sus formas, incluido el patrocinio y el intercambio publicitario de productos o programas, ni [tratarse] de ingresos derivados del acceso condicional que no estén autorizados conforme a la presente Ley*”.

Se introducían determinadas contraexcepciones que podían llegar a hacer admisibles los ingresos por publicidad en casos tasados: **(i)** “*los patrocinios y el intercambio publicitario de eventos deportivos y culturales, que se enmarquen dentro de la misión de servicio público de la Corporación, sin valor comercial y siempre que tengan este sistema como única posibilidad de difusión y producción*”; **(ii)** “*excepcionalmente [podían] emitirse competiciones deportivas con contrato de patrocinio u otras formas comerciales cuando éstas formen parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir*”; **(iii)** “*la Corporación RTVE podrá aceptar patrocinios, siempre que éstos sólo sean difundidos a través de los canales internacionales de televisión*”. En estos dos últimos casos – (ii) y (iii) –, los ingresos obtenidos “*se minorarán de las compensaciones por el cumplimiento de las obligaciones de servicio público consignadas en los Presupuestos Generales del Estado*”.

A los anteriores efectos, se afirmaba que “*no tendrán la consideración de publicidad las actividades siguientes, las cuales, sin embargo, en caso de realizarse no darán lugar a la percepción de ninguna contraprestación económica*”: **(a)** las actividades de autopromoción, siempre que la duración máxima de los contenidos de autopromoción por hora de emisión no sea superior a la del resto de los operadores de televisión de ámbito geográfico nacional; **(b)** las actividades de publicidad y comunicación institucional, entendiendo por tales aquellas reconocidas por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional y la legislación autonómica en la materia, así como de patrocinio cultural; **(c)** las actividades derivadas de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; y **(d)** las campañas divulgativas de carácter social o de contenidos solidarios en beneficio de entidades y organizaciones sin fines de lucro emitidas al amparo de la responsabilidad social corporativa de la Corporación RTVE.

(3) Referencia a la regulación de la publicidad en internet

La actividad publicitaria en Internet, al menos a fecha de hoy, conformaría un mercado claramente distinguible del de la publicidad televisada, según resulta de lo que más arriba se dejó dicho. A pesar de lo anterior, diversas iniciativas empresariales permiten pensar que lo anterior no será así indefinidamente.

En este sentido, por ejemplo, *Google* (motor de búsqueda por Internet) tiene ya anunciado su salto al mundo de la TV a través de *Google TV*. *Google TV* se presentaba como plataforma abierta con capacidad de incluir las capacidades de trabajo y servicios de internet en la experiencia de los televidentes lo que implicaría la aparición de “una nueva categoría de dispositivos para el salón”. Con *Google TV*, los usuarios podrían buscar de una manera similar a como se hace en internet y ver posteriormente los contenidos audiovisuales que ofrecían los proveedores de programas de televisión, los procedentes de internet, además de los que el cliente tuviera en su catálogo personal. Diversos especialistas coincidían en que la intención de *Google* era introducir la navegación *online* y las búsquedas en los televisores con el objetivo de vender más publicidad, en ese momento su negocio principal. De hecho, el gigante de internet registró unos ingresos superiores a 24.000 millones de dólares (más de

19.500 millones de euros) con su actividad publicitaria vinculada a los ordenadores personales. Las estimaciones apuntaban que los anuncios en televisión movían 70.000 millones de dólares en EE UU (Edición Digital de *Cinco Días* de 21 de mayo de 2010).

Por lo anterior, no parece estar del todo fuera de lugar una referencia a las normas nacionales que regulan la publicidad en internet. Estas se encuentran en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSI) (BOE nº 166, 12-Jul-2002). Más en concreto, es el Título III es el que se ocupa de las “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”. Y dentro de él, el Art. 19 se refiere a su régimen jurídico en el que quedaría comprendida, además de la propia LSI, *“la normativa vigente en materia comercial y de publicidad”*.

Además, el Art. 20 trata de la información exigida sobre las comunicaciones comerciales y establece que *“las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan”* y que *“en el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra publicidad o la abreviatura «publi»”*.

En cuanto a la publicidad emitida a través de este último medio – correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente – el Art. 21 sólo la permite cuando las correspondientes comunicaciones publicitarias o promocionales hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas o cuando exista una relación contractual previa, siempre que, en este último caso, el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, constituirá un derecho de los destinatarios de los servicios ex Art. 22 el de *“revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente”*, debiendo los prestadores de servicios habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan operar esa revocación y facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

d) El mercado de la publicidad televisada en el caso de la creación de HMG por Verónica, Endemol y RTL (caso HMG)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso HMG (remisión)

El supuesto era el de tres empresas que se concertaban para la creación de una cuarta que habría de encargarse de la edición y comercialización de programas televisivos para ser difundidos por ella misma o por terceros. La identificación de las partes de la operación en el caso *HMG* resultaría del epígrafe correlativo dentro del mercado de la audiencia o los telespectadores al que procede, pues, remitirse.

ii) Reseña general del caso HMG (remisión)

El mercado de la publicidad televisada fue uno de los tres delimitados junto con el de la audiencia o de los telespectadores y el de la producción independiente de programas de TV. En lo demás, la reseña general correspondiente al caso *HMG* se incluyó también en el epígrafe correlativo dentro del mercado de la audiencia o los telespectadores por lo habrá que estar a lo dicho en él.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso HMG

Ciñéndonos al análisis de la situación de este mercado en un momento anterior a la operación, cabría dejar hechas las siguientes reflexiones. En 1994 *RTL* contaba con una cuota en el mercado de la publicidad televisada similar al de las cadenas públicas pese a ser inferiores sus niveles de audiencia. Esta situación, paradójica a simple vista, respondía a lo que la Comisión calificó como un “factor ventaja” de las cadenas privadas con respecto a las públicas, factor este que respondía a las limitaciones de carácter legal impuestas a las segundas. Así, los programas de éstas no podían verse interrumpidos con publicidad que había, por otra parte, de limitarse a un 6,5 % del tiempo total de emisión. Tratándose de las privadas, el límite era del 15 %, estando, por lo demás, permitidas las interrupciones.

A lo anterior había de añadirse la dificultad de las entidades públicas para dotar a sus cadenas de una identidad propia que les proporcionara el necesario gancho publicitario como consecuencia del complejo sistema de elaboración de la programación expuesto al tratar del mercado de la audiencia o los telespectadores. Por último, el sistema de financiación de los canales estatales suponía que los ingresos de éstos en concepto de publicidad fueran constantes lo que no alentaba, ciertamente, su competitividad en el mercado considerado.

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el caso HMG

Los efectos de la operación propuesta dentro del mercado de la publicidad televisada podrían resumirse como sigue: las ventajas competitivas que la operación reportaría a las partes en el mercado de la audiencia o de los telespectadores habrían de traducirse también en un reforzamiento de su posición en el mercado publicitario desde el momento en que los anunciantes, interesados en llevar el mensaje publicitario a cuantas más personas mejor, demandarían una mayor inserción de sus anuncios en las cadenas de aquellas partes.

En cuanto al juego de la competencia en este mercado, partiendo del dato de que *HMG* dispondría de un 43 % del mercado de los telespectadores y supuesto el factor ventaja del 1,3, habría que suponer como cuota en el mercado de la publicidad televisada la del 65,8 %. Los elevados niveles de audiencia de *HMG* se sustentarían en la oferta de programaciones complementarias y de contenidos deportivos así como de la producción procedente de *Endemol*. Esos niveles de audiencia permitirían a la entidad resultante de la concentración ofrecer a los anunciantes horarios flexibles de publicidad mediante el recurso a la combinación de cadenas y para exigirles que se anunciaran en unas para poder hacerlo en las otras. A lo anterior habría que añadir las posibilidades inherentes al patrocinio – vetado por disposición legal a las entidades públicas de radiodifusión - que supondría un 10 % del mercado de la publicidad televisada de los Países Bajos. En definitiva, *HMG* cubriría

prácticamente todos los segmentos de audiencia, dificultando la entrada de nuevos agentes en el mercado de la publicidad televisada y colocando a los anunciantes en una situación de absoluta dependencia con respecto a las entidades privadas de radiodifusión.

Debe también recordarse aquí la existencia de aquella otra decisión de la Comisión, posterior a la de 20 de septiembre de 1995, en virtud de la cual la operación fue declarada compatible con el mercado común tras la verificación de una serie de condiciones. En esta decisión posterior, la Comisión observó que, en los últimos cuatro meses de 1995, la cuota de *HMG* en el mercado de la publicidad televisada había oscilado en torno al 60 %. En los dos primeros meses de 1996, la cuota de *HMG* en ese mismo mercado giraba en torno al 58 %. Las entidades públicas de teledifusión alcanzaban desde septiembre de 1995 una cuota muy inferior al 40 % en el mercado de la publicidad televisada. *SBS*, que en el momento de la Decisión de la Comisión de septiembre de 1995 acababa de acceder al mercado neerlandés, tenía una cuota en el mercado de la publicidad televisada muy similar a su cuota de audiencia, entre el 3 y el 5 %.

También apuntó la Comisión que una de las consecuencias de su decisión de 1995 había sido la retirada de *Endemol* de *HMG*, lo que produciría también efectos sobre el mercado de la publicidad televisada, pues esta última no contaría con el tirón publicitario que ofrecían las producciones de aquélla que, por otro lado y tras su retirada de *HMG*, se había asociado con terceros para la creación de un canal deportivo que podría competir con *HMG* en este mercado de la publicidad televisada.

A lo anterior debía añadirse que la cuota de *RTL 5* en el mercado de la publicidad televisada, que giraba entonces en torno al 9 %, era previsible que, tras su conversión en cadena informativa de corto presupuesto – compromiso alcanzado entre *HMG* y la Comisión, como se vio al tratar del mercado de la audiencia – terminara por ser inferior al 2 %. De ello resultaría que su cuota de mercado quedaría liberada en beneficio de posibles competidores. Asimismo, se apuntó que, aunque se esperaba en general un aumento constante del mercado de la publicidad televisada, en los primeros meses de 1996 se había producido un ligero descenso del gasto por tal concepto, en comparación con el mismo período de 1995. De acuerdo con las empresas y asociaciones del sector, esto se debía al aumento del número de cadenas “generalistas” y a la incertidumbre con respecto al desarrollo del mercado en el futuro. Todos los anteriores razonamientos, además de otros expuestos en otros lugares de este trabajo, llevaron a la Comisión a declarar finalmente la operación compatible con el derecho comunitario.

e) El mercado de la publicidad televisada en el caso de Antena 3 y otros frente a las cadenas autonómicas

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Antena 3

Las partes enfrentadas en este caso fueron, por una parte, dos cadenas privadas de TV en abierto (*Antena 3* y *Telecinco*) y, por la otra, las principales cadenas autonómicas de TV existentes en ese momento en nuestro país. En la sentencia no se hizo una identificación detallada de los sujetos implicados. En cualquier caso, lo anterior tampoco parecía necesario tomando en cuenta las características del asunto a las que nos pasamos a referir.

ii) Reseña general del caso Antena 3

El origen de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de enero de 2002 fue un recurso entablado por *Antena 3* contra la decisión de sobreseimiento adoptada por las autoridades de la competencia en relación con unas supuestas prácticas restrictivas de la competencia (abuso de posición dominante) derivadas de la existencia de una doble financiación, a saber, ingresos por publicidad y subvenciones, de las cadenas autonómicas y de desbordamientos deliberados de los territorios para los que tenían otorgada la concesión que posibilitaban la recepción de su señal fuera de los mismos.

Este tipo de reclamaciones se han dado en otros mercados aparte del español, como es natural, y así el 5 de abril de 2000 la cadena de TV danesa *TVDanmark A/S* presentó una queja ante la Comisión contra la cadena de TV pública *TV2* por aprovechar la doble financiación para abusar de su posición dominante y distorsionar la competencia en el mercado de la TV comercial danesa.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso Antena 3

El análisis del mercado de la publicidad televisada realizado por la Audiencia Nacional fue el siguiente. En el mercado de la publicidad televisada nacional, la cuota del conjunto de las cadenas autonómicas fue del 19,8 % en 1990 y del 15,51 % en 1996, sin oscilaciones significativas a lo largo del periodo comprendido entre ambos años, en tanto que la de la demandante *Antena 3* fue del 3,38 % en 1990, del 8,25 % en 1991, del 12,23 % en 1992 y del 29,24 % en 1996.

En la sentencia de la Audiencia Nacional se arrojaban también otros datos referidos al mercado de la audiencia o de los telespectadores, que también en la tesis hemos enfocado como mercado independiente del que ahora nos ocupa de la publicidad televisada. Realmente, el estudio del mercado de la audiencia en el caso *Antena 3* no lo incluimos en el apartado correspondiente de la tesis dado que las consideraciones de la Audiencia Nacional fueron referidas principalmente al de la publicidad televisada, el cual, por otro lado y como se ha venido diciendo, sería el auténtico mercado: en él se entablan las relaciones comerciales entre agencias de publicidad o anunciantes (demanda) y cadenas de TV en abierto (oferta), a diferencia del “mercado” de la audiencia o de los telespectadores donde no existe vínculo comercial entre esas mismas cadenas y sus televidentes. Por lo anterior, puede ser ilustrativo verter aquí esos datos referidos al mercado de la audiencia o de los telespectadores, en cuanto que pueden servir de complemento para comprender la situación dentro del mercado de la publicidad.

En el mercado nacional de la audiencia o de los telespectadores, el conjunto de las cadenas autonómicas sumaron una cuota del 16,9 % en 1996, mientras que la correspondiente a *Antena 3* alcanzó el 25,3 %. Por otro lado, y a pesar de que, como vimos, en el mercado de la audiencia o de los telespectadores el mercado geográfico de referencia era de dimensión nacional, la Audiencia Nacional quiso también facilitar datos correspondientes al ámbito autonómico donde las cadenas autonómicas tuvieron cuotas en 1996 que fueron del 16 % al 26 % (*TV Andalucía* el 16,3 %, *TV Cataluña* el 26 %, *TV Madrid* el 19 %, *TV Valencia* el 17,3 %, *TV Galicia* el 16,5% y *TV País Vasco* el 22,8%).

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el caso Antena 3

La Sala de la Audiencia Nacional comenzó sentando los tres elementos necesarios para calificar una conducta como abuso de posición dominante, a saber, la definición del mercado de referencia geográfico y de producto, la existencia de una posición de dominio en dicho mercado y, por último, la verificación de una conducta abusiva.

En relación con el primero de los factores, el TDC había venido considerando que la posición dominante debe ir siempre referida a un mercado. En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1999, as. 438/98, *Interflora*, fund. 4. el Tribunal recordaba que *“como es sabido, para poder estimar si la encausada ha incurrido en una conducta de abuso de posición dominante es preciso determinar previamente cuál es el mercado de referencia (o relevante) [y] si dicha empresa tiene en el mismo una posición de dominio”*; y así lo recuerda también en *Electra Avellana (1999)*, cuando señala que *“El término posición de dominio hace referencia a un concepto ..., cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, ... Así la posición de dominio ... en un mercado determinado ...”* (V. Alonso Soto, Ricardo: *“Derecho de la competencia II: Defensa de la libre competencia”*, en *Curso de Derecho mercantil (Uría-Menéndez)*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 273).

Apuntó también a que la existencia, en el caso sometido a decisión no de una sola empresa, sino de varias independientes no debía ser obstáculo a la apreciación de una posición dominante, pues ésta, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *“puede estar ocupada por dos o más entidades económicas, jurídicamente independientes entre sí, siempre que desde un punto de vista económico actúen juntas en un mercado específico”*.

Como decía también el TDC en su Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 6 de septiembre de 1994, as. 347/94, *Beyena*: *“La calificación de abuso de posición de dominio exige inexcusablemente que esté acreditada dicha posición por medio de cualquiera de las técnicas que la economía ofrece para delimitar una situación que permite comportarse independientemente en el mercado”*. Igualmente en *Parking 86 TCE S.A. (Asunto A31/92)* que *“si no hay posición de dominio falta la premisa para que exista el abuso, que es lo que sanciona la ley”*.

La existencia de posición dominante resultaba de muy diversos factores que, aisladamente considerados, no la determinarían y de los que uno muy significativo sería el de la cuota de mercado. A la luz de lo anterior no fue difícil para la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional inferir la inexistencia de una posición de dominio del conjunto de las TV autonómicas en ninguno de los mercados considerados. La demandante *Antena 3* - también *Tele 5*, que desistió del recurso - controlaba por separado una parte más importante de los mercados de referencia que las TV autonómicas en su conjunto, las cuales ocuparían, en el mejor de los casos, la tercera posición en poder de mercado, la cuarta tomando también en consideración a TVE.

Dejando lo anterior aparte, el órgano jurisdiccional se cuidó de recalcar que el sistema de doble financiación (publicidad y subvenciones) de las cadenas autonómicas ni había permitido a éstas crecer de forma significativa en cuota de mercado ni había impedido a *Antena 3* ese mismo crecimiento, lo que resultaba bien a las claras del informe elaborado por

el Servicio de Defensa de la Competencia y referido al periodo comprendido entre 1990 y 1996.

Sí puede notarse que, pese a que en este caso concreto el dato de las cuotas de mercado impidió apreciar una restricción de la competencia, lo cierto es que la opinión de que el acceso a publicidad y subvenciones de las cadenas públicas frente a las privadas que solo acceden a la publicidad tenía el efecto de restringir y falsear la competencia parece que ha terminado por imponerse en la regulación de las TV de titularidad estatal en Europa.

Para evitar esta distorsión en los principales mercados europeos, tradicionalmente, se habían venido imponiendo límites a las posibilidades de participación en el mercado publicitario de las cadenas públicas. Así, la BBC tenía ya prohibido emitir publicidad. A las cadenas públicas alemanas sólo se les permitía la financiación de un 13 % de su presupuesto con cargo a publicidad, a las francesas un 34,33 % y las italianas un 44 % (Datos a 13 de mayo de 2004). Otra forma de reequilibrar la situación pasaba, como sabemos, por ceñir las ayudas procedentes del Estado a las actividades de los medios de titularidad estatal que respondieran a una función de servicio público.

Tan así ha sido lo anterior que, como vimos al tratar del entorno normativo, la Ley 8/2009, de financiación de la TV de titularidad pública, ha eliminado la financiación de esta clase de TV a través de la publicidad.

f) El mercado de la publicidad televisada en el caso de la toma de control de Cuatro por Telecinco (caso Cuatro)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión)

Para toda esta materia valdría con remitirse al epígrafe correspondiente dentro del mercado de la TV en abierto. Recordaremos, no obstante, que se trataba de la adquisición por *Telecinco* del control exclusivo de *Cuatro* (Expediente C/0230/10) y que dicha operación se planteaba en paralelo con otra de concentración económica consistente en la adquisición por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)* (expediente C/0231/10).

Los elementos de conexión existentes entre ambos expedientes de concentración llevaron a la acumulación de ambos y a que las diversas partes implicadas presentaran compromisos con vistas a obtener la autorización de la operación. Tras lo anterior, la DI acordó dejar sin efecto la acumulación y propuso que, a la vista de los compromisos presentados sólo fuera autorizada la primera de las operaciones, pero no la segunda, lo que confirmó la CNC. Finalmente, las partes notificantes desistieron de esta última operación (toma de control conjunto de *Digital +*), sin embargo, en la resolución de la DI relativa a la toma del control de *Cuatro* se tuvieron también en cuenta las posibles repercusiones de la operación consistente en la toma del control conjunto de *Digital+*.

En el contexto de ambas operaciones las partes notificantes alcanzaron diversos pactos a los que la autoridad de la competencia, salvo alguna excepción, negó el carácter de restricciones accesorias por lo que debían someterse al régimen de los acuerdos entre empresas. Todas

fueron enunciadas al tratar del mercado de la TV en abierto, sin embargo, reiteraremos las que pudieran guardar una más estrecha relación con el mercado de la publicidad televisada.

En el contexto de ambas operaciones de toma de control se pactó: **(i)** la obligación de *Prisa*, durante un período de tres años a partir de la fecha de cierre de la operación, de no competir en la televisión en abierto más allá de lo que resultara de su participación (no de control) en la nueva *Telecinco*; **(ii)** La obligación de no competencia en la televisión de pago por parte de *Telecinco* (con algunas excepciones en TDT de pago), durante un periodo de tres años desde el 14 de abril de 2010 (recordemos que el mercado de la publicidad televisada comprendía también la que se emitía a través de plataformas de pago); **(iii)** la posibilidad de que, cumplidas ciertas condiciones, *Digital +* pudiera tomar en arrendamiento canales de televisión de pago en Televisión Digital Terrestre de las plataformas operadas, directa o indirectamente, por *Telecinco*; **(iv)** un contrato por el que una filial de *Telecinco*, *Publiespaña*, sería el agente exclusivo de ventas de espacios publicitarios de *Digital +* mientras *Telecinco* mantuviera una participación de al menos un 20 % en *Digital +*.

Finalmente, en cuanto a las partes de la operación de concentración, éstas eran *Gestevisión Telecinco S.A.* (cuyas principales áreas de actividad incluían televisión en abierto, publicidad, explotación de contenidos audiovisuales, producción y distribución de productos audiovisuales, agencia de noticias y actividades de televenta) y *Sociedad General de Televisión Cuatro, S.L.* (agrupaba el negocio de televisión en abierto de *Prisa*, siendo titular de la licencia de un múltiple de TDT nacional y la mayor parte de su negocio de publicidad en televisión). En lo demás relativo a la identificación de las partes, valdría con remitirse a lo dicho al tratar del mercado de la TV en abierto.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso Cuatro

(1) Estructura de la oferta

La oferta la conformaban los espacios publicitarios de los que disponían los canales de televisión tanto los que emitían en abierto, como los de pago. Las barreras a la entrada (ver más abajo) consideraba la DI que eran más elevadas para emitir publicidad en abierto porque más elevadas eran las barreras a la entrada en el mercado de la TV en abierto que en el de la de pago, por la necesidad de licencia, etc. No pareció tener en cuenta, sin embargo, la DI que en TV de pago las barreras de tipo económico eran más elevadas porque más caros eran los contenidos para TV de pago que para TV en abierto. En todo caso, para la DI esa diferente estructura de las barreras de entrada no pareció determinar la existencia de mercados separados para la publicidad en abierto y para la publicidad en pago.

Los oferentes de servicios de publicidad eran:

- i. **Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en abierto que contaban con licencia propia de ámbito estatal**, a saber: *Antena 3*, *Telecinco*, *Cuatro*, *La Sexta*, *Veo TV* y *Net TV*.

En primer lugar, existían máximos legales al número de minutos por hora que los canales de televisión podían destinar a publicidad y podía considerarse que los grandes canales de televisión generalistas alcanzaban esos límites, al menos en los momentos

de mayor demanda (*prime time*, en España, por ejemplo, entre las 22 y las 24 horas) y, especialmente, en anuncios publicitarios, dejando al margen otras formas de publicidad (telepromoción, autopromoción, patrocinios o emplazamiento de producto). De esta forma, ante un incremento de la demanda, estos canales no podían reaccionar aumentando su oferta.

Por otro lado, se observaba cómo la ocupación publicitaria había ido aumentando en los años anteriores a la resolución paulatinamente. En el caso concreto de la publicidad contratada en los nuevos canales de televisión más pequeños y especializados surgidos con el desarrollo de la TDT (canales adicionales de las grandes televisiones generalistas y, sobre todo, canales de televisión nuevos entrantes), este aumento había sido mucho más acusado en el tiempo inmediatamente anterior al informe. De hecho, las tasas de ocupación publicitaria de estos nuevos canales de televisión, tras comenzar a aumentar a finales de 2009, se alineaban ya en 2010 con las de los principales canales de televisión generalistas y se acercaban también a los límites legales.

Los anunciantes señalaban que el motivo de este aumento en la contratación de publicidad en los nuevos canales de televisión no se debía al atractivo de las audiencias de los mismos, sino a las estrategias de comercialización conjunta puestas en práctica por los operadores. *Telecinco* lo negaba, pero sin llegar a aportar datos concluyentes. Para la DI, aunque, como señalaba en su escrito de alegaciones *Telecinco*, las audiencias de las cadenas de TDT habían aumentado significativamente desde su creación, esa evolución no justificaba los cambios bruscos que se observaban en cifras de ocupación publicitaria.

Por otro lado, *RTVE* no emitía ya ninguna publicidad desde 1 de enero de 2010. Para valorar los efectos de lo anterior se acudía al ratio denominado GRP's (*Gross Rating Points*). Esta era la unidad de medida utilizada para contabilizar el número de impactos de una pauta publicitaria -en cualquier soporte- por cada 100 personas de la población considerada *target* o público objetivo. Podía calcularse sobre el universo o *target* de audiencia que se desease pues la tecnología disponible permitía obtener GRPs con un elevado nivel de detalle en función de distintos *target* (p.e. el número de GRPs que, entre los adultos masculinos de más de cuarenta años, había tenido un anuncio emitido en una determinada cadena en un momento concreto).

Para utilizar datos homogéneos, el GRP utilizado era el definido sobre el universo de individuos de cuatro o más años tomando como unidad de referencia un anuncio de 20 segundos de duración. Un mismo número de GRPs podía obtenerse en medios de alta cobertura con un menor número de repeticiones del anuncio (menor frecuencia), y en medios con una cobertura baja del *target* comercial con un mayor número de veces.

La elevada audiencia de *RTVE*, en parte como consecuencia precisamente de la eliminación de la publicidad, había propiciado una reducción del inventario GPR en aproximadamente un 20 %. Es decir, que una quinta parte del espectro de audiencia considerado dejaba de soportar publicidad y quedaba fuera del alcance de los anunciantes. Los demandantes de espacios de publicidad en *TVE*, según datos del primer semestre de 2010, habían derivado sus pedidos principalmente hacia otras cadenas y, en menor medida, hacia otros medios. Por otra parte, hasta la salida del mercado de la publicidad de *RTVE* sus precios habían actuado, en cierta medida, como referencia para otros operadores.

- ii. **Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en abierto, tanto privados como públicos, que contaban con título de ámbito autonómico** y que competían con los de ámbito nacional.

A pesar de tener un ámbito geográfico más reducido, era frecuente que los anunciantes compraran espacios a varios de estos operadores de ámbito autonómico de modo simultáneo y también que éstos vendieran la publicidad de modo conjunto a través de la *FORTA*.

FORTA asociaba a los siguientes organismos o entidades de derecho público: *Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía*; *Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals*; *Ente Público Radio-Televisión Madrid*; *Entidad Pública de Radiotelevisión Valenciana*; *Compañía de la Radiotelevisión de Galicia*; *Euskal Irrati Telebista*; *Ente Público Radiotelevisión Canaria*; *Ente Público de Radiotelevisión de Castilla-La Mancha*; *Empresa Pública Regional Radiotelevisión de la Región de Murcia*; *Corporación Aragonesa de Radio y Televisión*; *Ente Público de Comunicación del Principado de Asturias*; *Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears*.

La comercialización conjunta de *FORTA* gestionaba de forma unificada, pero asincrónica, los espacios publicitarios convencionales de 8 de las 12 Televisiones Autonómicas enumeradas en el párrafo anterior (Andalucía, Cataluña, Madrid, Valencia, Galicia, País Vasco, Castilla La Mancha y Baleares).

Se estimaba que, en torno a un 20 % de la publicidad que emitían las cadenas autonómicas competía con la emitida por las de ámbito nacional, estando destinado el resto al ámbito autonómico y local. Este último dato no era compartido por *Antena 3* y *Telecinco* que entendían que ese porcentaje debía ser del 100 %. La DI consideró que lo anterior no podía aceptarse, además de por no aportarse datos, por el hecho de resultaba evidente que las cadenas autonómicas emitían publicidad de ámbito estrictamente autonómico, además de competir con las cadenas locales a través de las desconexiones regionales.

En todo caso, para la DI, aun considerando el total de los espacios publicitarios ofrecidos por los canales de televisión autonómicos dentro del mercado nacional, las conclusiones del análisis no se verían alteradas sustancialmente, ya que la cuota de mercado del operador resultante de la concentración sería también muy elevada. Partiendo de que los operadores autonómicos compitieran al 100 % con los nacionales, la entidad resultado de la concentración iba a quedar con una cuota del 45,2 % frente al 28,7 % de su principal competidor. Partiendo de que esa misma competencia fuera al 20 %, ello iba a determinar que esos mismos porcentajes fueran, respectivamente, del 50 % y del 31,8 %.

De otro lado, la posibilidad de desconexiones territoriales que introducía la adjudicación de nuevos múltiples en multifrecuencia (MFN), podía llegar a permitir a los titulares de licencias de TDT en abierto de ámbito nacional competir en el mercado autonómico de publicidad. No obstante, había incertidumbres sobre cuándo y qué operadores podían llegar a hacer uso de estas desconexiones territoriales.

- iii. Los editores de canales emitidos a través de plataformas de TV de pago, como por ejemplo *Digital +*.
- iv. Los editores de canales de TV que adquirieran la capacidad de emisión de los titulares de licencias para TDT tanto para pago (p.e., *Gol Televisión*) como para abierto (p.e., *Disney Channel*).

Según los datos de la CMT, en 2009, las televisiones en abierto en su conjunto, sin incluir subvenciones, recibieron en torno a un 92 % de sus ingresos de su actividad de venta de espacios publicitarios, mientras que la televisión de pago sólo recibió por esta vía un 1,3 %. Estos porcentajes se habían mantenido relativamente estables en los años inmediatamente anteriores al informe.

La DI incluía los ingresos por publicidad de los operadores de televisión en España:

INGRESOS EN EL MERCADO DE LA PUBLICIDAD. MILLONES DE EUROS Y CUOTA DE MERCADO*							
	2008		2009			2010 (1T)	
	Mill. €	Cuota mercado	Mill. €	Cuota mercado	Cuota mercado sin TVE	Mill. €	Cuota mercado
TVE	596,8	19,6%	422	17,9%	-	-	-
Telecinco	919,5	30,2%	606	25,7%	31,3%	194	33,2%
Antena 3	689,2	22,6%	583,8	24,7%	30,1%	167,9	28,7%
Cuatro	294	9,7%	246,1	10,4%	12,7%	70,5	12,1%
La Sexta	163,5	5,4%	198,2	8,4%	10,2%	60,2	10,3%
Autonómicas	319,6	10,5%	234,3	9,9%	12,1%	70,3	12,0%
Otras TDT	5,9	0,2%	10,1	0,4%	0,5%	8,5	1,5%
Canales de pago	56,2	1,8%	58,9	2,5%	3,0%	13,3	2,3%
Digital+	26,2	0,9%	17	0,7%	0,9%	-	-
Imagenio	0,9	0,0%	1,2	0,1%	0,1%	-	-
TOTAL	3.044,7	100,0%	2.359,4	100,0%	100,0%	584,7	100%
Telecinco+ Cuatro	1.213,5	39,9%	852,1	36,1%	44,0%	264,5	45,2%

* Debido al nivel de desglose de cifras de ingresos que ofrece *Infoadex*, *Telecinco*, *Antena 3*, *Cuatro* y *La Sexta* no incluyen los nuevos canales de televisión de estos mismos grupos que sólo han emitido a través de la TDT o plataformas de pago.

** Las cifras de ingresos por venta de espacios publicitarios en televisión, así como de minutos emitidos se refieren a tres formas de publicidad: patrocinio, publicidad y televenta.

Fuente: Infoadex y elaboración propia Dirección de Investigación.

Resultaba de la tabla que, con datos del primer trimestre de 2010, la cuota de ingresos publicitarios conjunta de *Telecinco/Cuatro* tras la operación sería de un 45,2 %, frente a un 28,7 % de *Antena 3*, un 12 % de las televisiones autonómicas y un 10,3 % de *La Sexta*.

Pero, si se consideraba que del total de la publicidad emitido por las cadenas autonómicas, sólo, aproximadamente, un 20 % competía con la publicidad en televisión de ámbito nacional, podía estimarse que la cuota conjunta en ingresos publicitarios de ámbito nacional de *Telecinco/Cuatro* estaría en torno a un 50 %, frente a un 31,8 % de la de *Antena 3*, un 2,7 % de las televisiones autonómicas y un 11,4 % de *La Sexta*. Además, la cuota de mercado del nuevo grupo debería incrementarse adicionalmente con la de *Intereconomía* y con la de

Digital +. Esto llevaría a que el porcentaje del mercado que gestionaría el nuevo grupo se situase en el entorno del 51-52 %.

La audiencia (medida a través del *share*) influía en la capacidad para captar ingresos publicitarios. No obstante, más significativo que el valor absoluto de la audiencia era la capacidad de generar ingresos de la misma. Una manera de medir de forma indirecta el atractivo de una cadena era utilizar el *power ratio*, que recogía la capacidad de cada cadena de televisión de rentabilizar la audiencia en forma de ingresos. Éste se definía como el cociente entre la cuota de mercado de los ingresos de la cadena y el *share* de audiencia de la misma. Cuanto más superase este cociente la unidad, más capaz sería la cadena de rentabilizar su audiencia en términos de ingresos publicitarios.

En líneas generales, las televisiones con mayor audiencia eran las que tenían mayor capacidad para captar recursos publicitarios. En 2009, *Telecinco* había sido la cadena que mejor rentabilizó su audiencia, seguida de *Antena 3*. En el primer trimestre de 2010, el *power ratio* de *Telecinco*, excluyendo a *TVE*, era de 1,75. En todo caso, en 2010 la posición de *Telecinco* de líder en el mercado se mantenía. Así lo confirmaba la propia *Telecinco*, que en la presentación de sus resultados del primer trimestre de 2010 afirmaba ser “líder en facturación, precios, cuota de mercado y *power ratio*”.

Los *power ratio* de las cadenas de TDT no vinculadas a ninguno de estos dos grupos habían aumentado notablemente en los meses anteriores al informe como consecuencia de los acuerdos de comercialización de publicidad firmados por las mismas. Así, *Veo*, en su respuesta al requerimiento de información declaraba un *power ratio* de 1,37 (incluyendo a *TVE* en el reparto de audiencia) frente a un 0,37 en 2008.

Los cambios regulatorios que estaba experimentando el sector, la salida de *TVE* del mercado publicitario y la situación económica coyuntural habían llevado a los oferentes de espacios publicitarios en televisión a buscar estrategias para optimizar su modelo de negocio y maximizar su percepción de ingresos publicitarios. Entre esas estrategias destacaban dos:

1. **Los acuerdos entre los operadores más consolidados en el mercado y los nuevos entrantes en el mismo para la gestión publicitaria de espacios publicitarios por el operador consolidado.** Aquí se incluían los siguientes:
 - a) Desde noviembre de 2009, *Telecinco* (a través de su filial *Publiespaña*) gestionaba la publicidad de *Intereconomía*, de modo que la política comercial (incluyendo los precios) era decidida de forma autónoma por *Telecinco*, a quien *Intereconomía* abonaba una comisión por sus servicios.
 - b) *Telecinco* (a través de su filial *Publimedia*) gestionaba la publicidad de diversos canales temáticos que se emitían en plataformas de pago, en concreto, los ofertados por *Chello Multicanal*: *Biographic*, *Cocina*, *Decasa*, *Historia*, *Hollywood*, *Odisea*, *Sol Música*, etc. Hasta su reciente adquisición por *Chello Multicanal*, *Telecinco* también gestionaba la publicidad de los canales temáticos ofertados por *TEUVE*.
 - c) Como resultado de las operaciones de concentración notificadas, *Telecinco* pasaría a gestionar los espacios publicitarios de *Digital +*.
 - d) Desde marzo de 2010, *Antena 3* (a través de *Atres*) gestionaba la publicidad de *Veo* y, desde septiembre de 2009, la de *Disney Channel* (que emitía en abierto). En ambos casos, la política comercial (incluyendo los precios) era decidida por

Antena 3 quien, a cambio, recibía una comisión. Con fecha 22 de julio de 2010 la Dirección de Investigación llegó a incoar expediente sancionador, bajo el número S/0245/10, contra *Antena 3* de Televisión, *Atres Advertising*, *Veo Televisión* y *The Walt Disney Company Iberia* por existir indicios de que los referidos acuerdos de comercialización conjunta de los espacios publicitarios en televisión podrían ser contrarios al artículo 1 LDC.

- e) *Prisa* gestionaba la publicidad de algunas cadenas de televisión autonómicas (en particular *Aragón TV* y *Canarias TV*).

2. **La comercialización conjunta de espacios publicitarios en los canales de televisión cuya publicidad era gestionada por un único operador:**

- a) *Telecinco* ofrecía desde finales de 2009 un sistema de comercialización por módulos de sus espacios publicitarios en televisión, conocido como “*Módulo Publiespaña*”, que suponía la contratación de GRPs en todos los canales de televisión cuya publicidad *Telecinco* gestionaba (*Telecinco*, *FDF*, *La Siete* e *Intereconomía*). Según *Telecinco*, también existía la posibilidad para el anunciante de contratar publicidad individualmente en uno o alguno de los canales de televisión, si bien era una posibilidad que en la práctica se producía de forma excepcional.
- b) *Antena 3* introdujo en 2009 la “pauta única”, un modelo de comercialización de los espacios publicitarios de todos sus canales de televisión que además implicaba la emisión de los mensajes publicitarios en “*simultcast*”. *Veo 7* también estaba incluido en la pauta única. Por tanto, la contratación conjunta de todos los canales de televisión cuya publicidad comercializaba *Antena 3* era la única posibilidad de contratación.

En opinión de la Dirección de Investigación el sistema diseñado por *Telecinco*, sin ser tan rígido como el de *Antena 3*, también restringía la libertad de los anunciantes a la hora de decidir cómo distribuir su inversión en publicidad entre los diversos canales de televisión.

Así, como reconocía *Telecinco* en sus alegaciones y exponía en la oferta comercial que figuraba en su página web, existía una obligación de contratar un 20 % de la inversión realizada, o de los GRPs totales contratados, en los canales de televisión minoritarios cuya publicidad gestionaba Publiespaña (*FDF*, *La Siete* e *Intereconomía*), eso sí, sin asignar un porcentaje específico para cada canal en concreto. Lo cierto era que se obligaba a los anunciantes a contratar porcentajes mínimos de inversión en determinados canales de televisión en los que probablemente no los contratarían de no mediar esa imposición.

Así, tras estudiar la oferta comercial de *Publiespaña*, tomaba nota la DI de que, efectivamente, era posible contratar el canal *Telecinco* individualmente para modalidades de publicidad convencional. Sin embargo, la efectividad de esta opción parecía muy limitada, tanto en número de clientes, como en términos de GRP o minutos emitidos. En concreto, a partir de 2010, año en que, por primera vez, estaba en pleno funcionamiento el “*Módulo Publiespaña*”, se observaba que la contratación individual del canal *Telecinco* caía considerablemente y que la contratación de publicidad se efectuaba casi siempre en, al menos, dos de los cuatro canales de televisión cuya publicidad gestionaba *Publiespaña*.

En lo que se refiere a los efectos de estas estrategias, las mismas suponían que el coste por GRP de las cadenas más especializadas y de menor audiencia se estuviera homogeneizando

con el de la cadena principal. En la misma línea se pronunciaban la mayoría de los anunciantes preguntados, que añadían que la demanda de publicidad de esos canales de televisión era artificial e inducida por los sistemas de comercialización ya mencionados. En todo caso, estas estrategias de comercialización de publicidad parecían tener el objetivo de trasladar los niveles de precios por GRP existentes en los canales de televisión principales a los canales más pequeños, al empaquetar la publicidad del canal de televisión principal con la publicidad de los canales más pequeños.

(2) Estructura de la demanda

La demanda de publicidad en televisión estaba constituida por los anunciantes españoles o extranjeros que, bien directamente, bien a través de un intermediario (centrales de medios o agencias de medios) deseaban adquirir espacios televisivos de publicidad. Como rasgos definitorios de la demanda podían destacarse:

- 1.^a **La marcada estacionalidad de la demanda.** Algunas autoridades de competencia, como por ejemplo la *Office of Fair Trading* (OFT) en UK, contemplan una tercera dimensión del mercado relevante: el mercado temporal o momento del tiempo en que se produce el intercambio de los bienes o servicios incluidos dentro del mercado de producto. Entre las situaciones en las que puede resultar conveniente definir mercados temporales se incluyen, por ejemplo, los momentos de demanda “valle” y “pico” en servicios como transporte, electricidad o telecomunicaciones.

El factor cronológico, entendido como otro factor próximo al geográfico o de producto a los efectos de la delimitación del mercado, fue analizado por primera vez por el TJCE en *United Brands* [(*United Brands Co v. EC Commission*, ECJ Judgment 27/76, of 14 February 1978 (Rec. 1978 p.207)]. La Comisión observó que, durante la temporada de la fruta dulce (el estío), la demanda de bananas disminuía sensiblemente, para volver a subir en la época invernal, cuando la oferta de fruta dulce remitía, lo que demostraba que la influencia que la temporada ejercía sobre la oferta y la demanda en el mercado de las bananas era determinante. Ello la indujo a circunscribir el mercado relevante a la temporada invernal diferenciándola así de la estival, lo que le permitió considerar que *UBC* estaba en posición de dominio en ese mercado respecto al sector de demanda definido.

E, igualmente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1978, as. 77/77, *BP Nederland c. Commission*, Rec. 243.), el Tribunal de Justicia confirmó el parecer de la Comisión y, recurriendo al criterio temporal, circunscribió el mercado relevante a la crisis del petróleo de los primeros setenta que siguió a la acción de la *OPEP*, para fundamentar la posición de dominio.

A pesar de que las autoridades españolas de la competencia no tienden a desarrollar estas ideas en el sentido de la segmentación del mercado de producto en función de esos criterios temporales, sí es cierto que, en determinada clase de mercados, como son por ejemplo los de las comunicaciones electrónicas, el TDC ha llegado a limitar el mercado de producto pertinente dentro de un horizonte temporal muy limitado como, por ejemplo, 1 año en atención a la rapidez de los cambios tecnológicos (decisión 413/97 de 26 de febrero de 1999 en el asunto *Airtel/Telefónica*).

También se refiere al factor temporal en la delimitación del mercado relevante el Prof. Pellisé (“*La Explotación abusiva...*”; Op. Cit.; Págs. 190 y ss.). La importancia de este factor se ha acentuado con los esfuerzos doctrinales por dar entrada al concepto de competencia potencial en la línea de entender que dichos mercados, lejos de ser instituciones estáticas, deben ser aprehendidos desde un enfoque dinámico de los mismos [V. Baumol, W. J.; Panzar, J. C. y Willig, R. D.: “*On the Theory of Perfectly-Contestable Markets*”, en Joseph E. Stiglitz & G. Frank Mathewson: “*New Developments in the Analysis of Market Structure*”, London: Mcmillan press, 1986, págs. 339 y ss. y Biley: “*Contestability and the Design of Regulatory and antitrust Policy*, 71 *American Economics Review*, 178, 183 (1981)].

Se trata, por tanto, de captar el mercado en la apropiada dimensión temporal, que será aquélla que permita aprehender la dinámica competitiva del mismo. Lo anterior es así porque no todos los intervalos de tiempo resultan entre sí intercambiables en relación con determinado producto. Esta circunstancia se da respecto a ciertos productos perecederos o estacionales: frutas de temporada, artículos de moda, servicios turísticos, etc. Como hemos tenido oportunidad de señalar, el factor tiempo es también importante en la delimitación de mercados de las comunicaciones electrónicas conforme a la Directiva Marco y sus instrumentos de desarrollo. En particular, la delimitación de mercados sujetos a regulación *ex ante* deberá hacerse partiendo de la existencia de barreras de entrada que vayan a permanecer a lo largo de un horizonte temporal considerado pertinente.

Hechas las anteriores reflexiones de carácter general, en el caso *Cuatro*, aunque la DI no llegó hasta la definición de un mercado temporal, sí observó que la demanda se caracterizaba por una fuerte estacionalidad. Dentro de cada día, había periodos pico (*prime time*) y valle (*day time*). En intervalos más largos de tiempo, se observaba también que la demanda era especialmente alta en torno a grandes periodos de compra (Navidad) o momentos de grandes acontecimientos deportivos (calendario de competiciones de fútbol) y especialmente baja en periodos vacacionales.

- 2.^a **Heterogeneidad de la oferta e interrelación entre la oferta y la demanda.** La parrilla de programación de las televisiones, especialmente, de la ofrecida en el horario de máxima audiencia (*prime time*) era lo que determinaba el atractivo que una televisión tenía para un anunciante determinado. Eran los espacios ofrecidos por las dos televisiones generalistas enfocadas hacia un público lo más amplio posible, *Telecinco* y *Antena 3*, las que tenían un mayor valor publicitario en el mercado, siendo percibidas casi como sustitutivas entre sí, hasta el punto de que el cartel de anunciantes para una y para otra resultaba muy similar. Por otra parte, *La Sexta* y *Cuatro* eran más sustitutivas entre sí que frente a las dos grandes cadenas generalistas, aunque seguían estando lo suficientemente cercanas a ellas como para que lo anterior no determinara un cambio de mercado, aunque más cerca se situaba *Cuatro* que *La Sexta*. Por su parte *Digital* + tenía una menor cobertura que los anteriores, sin embargo, en nichos definidos de audiencia su publicidad tenía un impacto significativo que llevaba a que los demandantes de servicios de publicidad la consideraran sustitutiva de todas esas cadenas generalistas.

Ahora bien, el perfil de audiencia de un canal de televisión no era algo permanente, sino que respondía a los objetivos y nichos de audiencia que marcaban los intereses de los anunciantes. Así, la programación podía adaptarse para captar la mayor audiencia

posible entre esos nichos de audiencia, a fin de rentabilizar los ingresos obtenidos en concepto de publicidad. Del mismo modo, era lo normal que los demandantes de inserciones publicitarias orientaran su demanda hacia las cadenas cuya programación más se ajustaba al perfil de sus clientes potenciales, pues unas cadenas eran más adecuadas para cierto *target* que otras.

Respecto al perfil de los anunciantes en televisión, las primeras posiciones las ocupaban productores de bienes de gran consumo y, en particular, los *Fast Moving Consumer Goods* (FMCG). Por otro lado, *Telefónica* era el segundo mayor anunciante de España (en el conjunto de medios de publicidad) y estaba entre los cinco primeros anunciantes en televisión tanto de *Telecinco*, como de *Cuatro*, así como de los demás operadores que comercializaban espacios publicitarios en televisión.

- 3.^a **Agregación de la demanda.** La mayor parte de la demanda era canalizada a través de las agencias de medios. Según la *Asociación Española de Anunciantes*, un 88 % de los anunciantes acudía al mercado a través de agencias de medios. Del total de ventas de espacios publicitarios de *Telecinco*, más de un 90 % se realizaba habitualmente a través de una agencia de medios, cifra que alcanzaba el 85-90 % en el caso de *Cuatro*.

Las agencias de medios, habitualmente a través de contratos en exclusiva, diseñaban campañas publicitarias completas para sus clientes, utilizando todos los soportes que considerasen más eficaces para la venta del mensaje. Entre estos lo normal era que se incluyera el medio televisivo, por su impacto publicitario, siendo lo usual que un mismo anunciante comprara espacios en varias cadenas.

La agencia de medios, como intermediaria especialista, contribuía a optimizar los efectos y resultado de la inversión publicitaria, aportando herramientas de medición y decidiendo la distribución de las sumas invertidas entre los diferentes medios. Así, su valor añadido no radicaba en la obtención de unas mejores condiciones comerciales, sino en la planificación estratégica en un mercado que el entorno digital, no sólo en TV, hacía cada vez más complejo. En este sentido, el poder negociador de estas agencias era muy limitado frente a los anunciantes, pero también frente a los oferentes de publicidad televisada:

- a) ***Frente a los anunciantes*** porque había muchas compitiendo entre sí [*Havas Media, WPP/Group M, Publicis/Vivaki, AEGIS (Carat y Vizeum), Onmicom, Interpublic/Magna, Ymedia, Equimedia XL*, entre otras], de modo que el anunciante podía cambiar de agencia en cualquier momento. Aunque la mayor parte de la demanda se movía a través de ellas, ninguna representaba más de un 30 % de la demanda de espacios publicitarios en una cadena.
- b) ***Frente a los operadores de televisión***, a pesar de que cada agencia centralizaba la demanda procedentes de diversos anunciantes, ese mayor poder negociador no llegaba a ser tampoco decisivo por varias razones:
 - i) porque ese grado de concentración de la demanda era inferior al de concentración de la oferta procedente de las cadenas de TV;
 - ii) porque la oferta estaba limitada por límites legales, con lo que ello suponía de limitación del poder negociador del lado de la demanda;

iii) por la heterogeneidad entre cadenas que podía determinar que ante un incremento del precio aplicado por la elegida inicialmente no fuera posible acudir a otra con similar impacto publicitario (por cubrir otro target, otro área territorial, etc.);

iv) porque la agencia no contrataba en su propio nombre, sino siempre en nombre y por cuenta del anunciante;

v) porque los intereses de la agencia no eran totalmente coincidentes con los del anunciante, pues su retribución dependía del valor de la publicidad intermediada y no dependía de los precios abonados por los anunciantes;

vi) porque sólo un tercio de los anunciantes no se involucraba en absoluto en el proceso de negociación de los precios de los espacios publicitarios; en tanto que otro tercio negociaba directamente y, otro tercio más, participaba en el proceso negociador con la agencia de medios (es decir, que tan solo un tercio de la demanda era controlada directamente por las agencias de medios, lo que relativizaba su supuesto poder compensatorio).

4.^a **Formación de precios.** Ésta tenía lugar con arreglo a los dos siguientes sistemas:

- a) ***Venta a descuento.*** El anunciante compraba los espacios a las tarifas vigentes para cada período, negociándose eventualmente un descuento sobre las mismas. Era el sistema predominante en TV de pago.
- b) ***Venta a coste por GRP.*** El anunciante compraba un volumen de audiencia para un target específico, contratando un número de GRPs y negociando un precio unitario por GRP efectivamente conseguido. Ambas partes realizaban un seguimiento diario de la campaña, verificaban el grado de cumplimiento de los objetivos y determinaban la facturación final de la campaña. Esta última modalidad era la que canalizaba la mayor parte de los ingresos, salvo en el caso ya mencionado de la televisión de pago.

Los descuentos o los costes por GRP negociado se determinaban en una negociación individual y dependían de diversas variables: franjas horarias demandadas, posición en el bloque publicitario, *target* de compra, nivel de ocupación publicitaria, tamaño de la inversión, cuota de inversión de la campaña en la cadena, cuota de audiencia de la cadena, optimización publicitaria del conjunto de la parrilla, conjunto de canales de televisión cuya publicidad era gestionada, etc.

Oferentes y demandantes en el mercado de publicidad televisiva contaban con varias fuentes de información, fundamentales para el desarrollo de su negocio, a las que podían acceder previo pago. Se trataba de los datos suministrados por las siguientes agencias, ambas consideradas como referencia en el sector:

- a) ***Kantar Media*** (antiguo *Sofres* y antiguo *TNS*) proporcionaba los datos de audiencia de televisión (*share*, GRPs, minutos dedicados a publicidad) a partir de un panel formado por una muestra permanente de 4.500 hogares. *Kantar Media* proporcionaba esta información con alto nivel de desagregación en una base de datos accesible en tiempo real mediante una aplicación informática que se contrataba con la propia *Kantar Media* y que permitía al usuario calcular cualquier dato, con el nivel de agregación deseado, en función de los parámetros que desease (unidad temporal, ámbito geográfico, *target*, unidad de medida,

anunciante, cadena, etc.). El nivel de detalle con el que la información estaba disponible para cada usuario de la base de datos era el mismo, independientemente de si se trataba de la información propia, de un competidor o de otro agente en el mercado.

- b) **Infoadex** era la fuente estadística fundamental para el control y análisis de la inversión publicitaria en España. Dichas cifras eran accesibles a través de su base de datos, a la que se podía acceder mediante pago y que también ofrecía información de tipo cualitativo (creatividades), o a través de sus informes periódicos (Estudio de la inversión publicitaria en España, que se elaboraba con frecuencia anual). En particular, era habitual usar esta fuente para calcular el tamaño del mercado (en términos de inversión publicitaria) y los *power ratio* de las diferentes cadenas.
- c) **Otras agencias**. Además de las fuentes anteriormente mencionadas, existían otras como *Media Value* y *Media Audit (Accenture)* que facilitaban, a quien adquiría sus informes, datos relativos a los costes por GRP (tendencias de precio en las distintas cadenas) y coste por impacto en los diferentes periodos y targets.

La combinación de una oferta rígida (más aún después de la salida de *RTVE* del mercado) con la fuerte estacionalidad de la demanda (pico-valle) hacía que, en los momentos pico próximos a la saturación de la oferta, los precios se determinasen por subasta (“el operador más rentable para la cadena”), independientemente de la estructura de costes del oferente. El resultado era, por tanto, unos precios muy volátiles. Ello, unido al repunte de las cifras de inversión en publicidad tras un periodo con poca actividad, había llevado a un crecimiento record de los precios en los primeros meses de 2010, aunque, en términos absolutos, éstos aún se encontraban por debajo de los de 2008.

Además, las estrategias de comercialización conjunta de espacios publicitarios desarrolladas por los oferentes en el mercado habían favorecido este aumento de precios, ya que, como consecuencia de las mismas, se habían encarecido los costes de compra de los espacios publicitarios de los canales de televisión de menor audiencia equiparándose a los costes de los espacios publicitarios del canal de mayor audiencia a los que iban asociados en comercialización.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el caso Cuatro

En el pliego de concreción de hechos de 6 de agosto de 2010 se llegaron a identificar por la DI los riesgos de obstaculización significativa para el juego de la competencia en varios mercados de referencia, entre los que se situaba el de la publicidad televisada, derivados de las operaciones de concentración *Telecinco/Cuatro* y *Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+*, las cuales eran objeto de examen conjunto.

Respetando el mismo esquema utilizado al ocuparnos de este mismo epígrafe al tratar del mercado de la TV en abierto, podían destacarse como aspectos a analizar los siguientes: **riesgos para el juego de la competencia derivados de la concentración en sí**; los **riesgos para ese mismo juego de la competencia derivados de los pactos asociados a la**

concentración, la valoración de las eficiencias y la valoración de los compromisos propuestos:

- ❖ **Riesgos para el juego de la competencia derivados de la concentración en sí.** Ya se comentó que la autoridad de la competencia hizo una valoración de la operación de concentración entre *Telecinco* y *Cuatro* teniendo en perspectiva la otra operación consistente en la toma de control de *Digital +* por parte de *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco*, aún cuando de esta última operación, finalmente, las partes desistieran.

La operación de concentración *Telecinco/Cuatro* suponía la unión de dos de los principales operadores de publicidad televisada en España. Según se dejó reflejado, partiendo de que los difusores autonómicos sólo competirían en el mercado de la publicidad televisada de ámbito nacional al 20 %, podía estimarse que la cuota conjunta en ingresos publicitarios de ámbito nacional de *Telecinco/Cuatro* estaría en torno a un 50 %, frente a un 31,8 % de *Antena 3*, un 2,7 % de las televisiones autonómicas y un 11,4 % de *La Sexta*. Si se sumaban las cuotas de *Intereconomía* y *Digital +*, el nuevo grupo podía llegar a situarse en el umbral del 51-52 % de cuota de mercado.

En el caso *Telecinco*, la evaluación post-concentración del mercado de la publicidad se relacionaba sobre todo con los efectos horizontales, pero había otros efectos verticales más relacionados con otros mercados que, sin embargo, podían también llegar a incidir en el mercado de la publicidad de modo reflejo y, del propio modo, llegó a hablarse de efectos conglomerales con incidencia en el mercado de la publicidad televisada:

- ***Efectos verticales con incidencia en el mercado de la publicidad televisada.*** La disponibilidad de contenidos atractivos era lo que permitía captar mayores audiencias y, en consecuencia, mayores ingresos por publicidad, gracias a los cuales poder adquirir o producir contenidos con los que garantizar los niveles de audiencia y la supervivencia en el mercado de los telespectadores.

Los contenidos resultaban ser un insumo esencial para operar en el mercado descendente de la TV en abierto y de la publicidad televisada. La operación *Telecinco/Cuatro* producía efectos verticales derivados del reforzamiento de la posición de *Telecinco* como adquirente de contenidos audiovisuales en España al adquirir *Cuatro* (ambos representaban 8 de los 32 canales de TDT que existirían a partir de 2015), lo que afectaba al mercado de la publicidad dada la posibilidad de que no pudieran dotarse otros operadores de contenidos en unas condiciones similares con vistas a permanecer en el mercado.

Como se vio al tratar del mercado de la TV en abierto, durante el periodo transitorio para la reorganización de los múltiples de TDT, se había previsto que las televisiones privadas de ámbito nacional compartieran el uso de los múltiples, sin poder acceder a un múltiple completo para su gestión exclusiva hasta el año 2015. La posición reforzada de *Telecinco/Cuatro* podía llevarla a protagonizar acuerdos desiguales con otros operadores con los que compartieran múltiple a fin de apropiarse del espectro necesario para lanzar servicios novedosos en Alta Definición y 3D, lo que le conferiría una ventaja estratégica en el mercado de la publicidad televisada desde el momento en el que tales servicios innovadores permitirían la captación de mayores audiencias.

También la fuerte presencia de *Telecinco/Cuatro* en contenidos audiovisuales, sumada al elevado número de canales de TDT existente, cuya rentabilización podía ser difícil para los titulares de licencias de TDT más pequeños, podía llevar a que dichos operadores de TDT más pequeños acabasen cediendo en arrendamiento uno o varios de sus canales de TDT a *Telecinco/Cuatro*. En este caso, la cuota de audiencia y la capacidad de generar ingresos publicitarios de *Telecinco* aumentaría, debilitando la posición competitiva de terceros operadores.

- **Efectos conglomerados en relación con el mercado de la publicidad.** La alineación de intereses entre *Telecinco*, *Prisa*, *Telefónica* y *Digital+* podía generar tales efectos conglomerados en relación con los diversos mercados de la publicidad teniendo en cuenta que parte importante de las campañas publicitarias se hacían a través de múltiples modalidades publicitarias. La posición de *Telecinco* en el mercado de publicidad en televisión tras las operaciones de concentración notificadas, unida a la de *Prisa* en los mercados de publicidad en prensa, radio e internet podía generar incentivos para la colusión entre *Telecinco* y *Prisa* en estos mercados. A ello debía sumarse el papel de *Telefónica* como demandante, que podía contribuir a afectar a la competencia efectiva en los mismos.
- **Efectos horizontales en relación con el mercado de la publicidad.** La operación *Telecinco/Cuatro* producía efectos horizontales en el mercado de la publicidad televisada, en el que ambas dejarían de comportarse como competidores independientes (efectos unilaterales o no coordinados), y a lo anterior había que añadir el riesgo de coordinación con *Antena 3* (efectos coordinados):
 - **Efectos no coordinados.** Además de la atenuación de la presión competitiva entre *Telecinco* y *Cuatro* como consecuencia de la operación, había otros factores a tener en cuenta.

De llegar a concretarse la operación de toma de control de *Digital +*, llegaría a producirse otro importante efecto derivado de la desaparición de *Prisa* como oferente de espacios publicitarios televisivos en *Cuatro* y *Digital +*, que pasarían a ser gestionados por *Telecinco*. Esto, unido a la prohibición a *TVE* de emitir publicidad desde el 1 de enero de 2010, otorgaba ya a *Telecinco* tras las operaciones de concentración una cuota de mercado superior al 50 % (45 % si se tomaba en cuenta al ciento por ciento el peso de las cadenas autonómicas) en términos de ingresos en el primer trimestre de 2010, a pesar de que su audiencia en televisión sería aproximadamente del 21,7 % (27,6 % sin *TVE*).

El efecto anterior, se vería agravado por la existencia de los acuerdos de comercialización conjunta de la publicidad de *Telecinco* con terceros canales de TDT, y de *Antena 3* con otros canales de TDT de terceros, que concentraban, aún más si cabe, la oferta, y reducían de forma significativa las presiones competitivas potenciales que pudieran aparecer en este mercado.

Por otra parte, los perfiles de audiencia de *Telecinco* y *Cuatro* eran percibidos por la mayoría de los anunciantes que utilizaban la televisión como medio

principal para hacer llegar su mensaje publicitario a los consumidores como suficientemente sustitutivos, especialmente por los de productos de gran consumo. Ello contribuía a intensificar los efectos anticompetitivos desde el momento en que se eliminaba para los anunciantes la opción de elegir entre dos competidores muy cercanos.

También, dado el mayor número de canales de TDT existentes, la fragmentación de la audiencia y el elevado volumen de publicidad gestionado por los dos primeros operadores tras la operación de concentración, *Telecinco* y *Antena 3*, se consideraba improbable que pudieran llegar a registrarse casos de crecimientos en audiencia equivalentes a los que habían tenido en el pasado *La Sexta* y *Cuatro*. Por el contrario, la brecha en términos relativos entre el peso de la audiencia cuya publicidad gestionaban los dos primeros operadores (*Telecinco* y *Antena 3*) y la de sus competidores se estaba ensanchando, lo que acentuaba el poder de mercado de *Telecinco* y *Antena 3* en el mercado de publicidad en televisión. Suponía lo anterior que la competencia potencial se encontraba muy debilitada.

Además, la presión compensatoria que podría ejercer la demanda se veía limitada por la rigidez de oferta del mercado, así como por los propios incentivos de las agencias de medios, que no necesariamente buscaban una reducción de precios con la misma intensidad que lo harían sus clientes en caso de negociar directamente con las televisiones.

Se terminaba así concluyendo que la concentración de la oferta de espacios publicitarios de *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+*, unida a la de *Intereconomía* y el resto de canales de televisión cuya publicidad era comercializada por *Telecinco*, supondría una reducción de la competencia en el mercado de la publicidad, con importantes efectos unilaterales que no podrían ser contrarrestados por la demanda y se traducirían en una reducción de la capacidad de elección de los anunciantes y en aumentos de precios.

- **Efectos coordinados.** Además del riesgo de efectos unilaterales, se daban las condiciones para verificar la existencia de efectos coordinados horizontales derivados de la operación de concentración, conforme a la práctica de las autoridades nacionales y comunitarias de competencia (Directrices de la Comisión Europea sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas: Párrafos 39 y siguientes).

Existía un riesgo significativo de que llegaran a producirse estos efectos coordinados en el mercado de publicidad televisiva que se tradujeran también en incrementos de precios, dado que las operaciones de concentración podrían favorecer la coordinación tácita entre *Telecinco* y *Antena 3* en dichos mercados. La estructura del mercado tras la concentración podía llevar a que ambos operadores consideraran el de la coordinación tácita como el modelo económicamente más viable para comportarse de facto como duopolio.

Así, la desaparición de *Cuatro* como oferente de publicidad televisiva, en un marco en que se había producido la salida de *TVE* del mercado, más los

distintos acuerdos de gestión de publicidad firmados con competidores por *Telecinco* (*Intereconomía*; *Multicanal*) y *Antena 3* (*Veo*, *Disney*), y el limitado papel de las televisiones autonómicas en la publicidad nacional (que además en algunos casos era gestionada por *Prisa*), podía posibilitar y reforzar los incentivos y la capacidad de *Telecinco* y *Antena 3* (con una cuota conjunta entre el 75 % y el 80 %) para elevar los precios de la publicidad televisiva en España.

Todo ello en el contexto de un mercado muy transparente, en el que a través de la publicación de las tarifas oficiales, *Kantar Media* (audiencia), *Infoadex* (ingresos) y los informes trimestrales publicados en la CNMV, *Telecinco* y *Antena 3* podrían detectar fácilmente y de forma inmediata las desviaciones de los términos de la coordinación. Sobre la base de lo anterior podían llegar a activarse mecanismos de represalia eficaces para salvaguardar los términos de la coordinación tácita, ya fueran derivados de la amenaza de posibles guerras de precios, o del papel que podían jugar *Telefónica* y *Prisa* como demandantes de publicidad, en un contexto de alineación de incentivos de *Telefónica* y *Prisa* con *Telecinco* generada por su participación conjunta en *Digital +*.

Finalmente, la importancia de la asimetría de cuotas de cara a eliminar los incentivos a la coordinación tácita se veía limitada por el hecho de que *Telecinco* y *Antena 3* no pudieran apenas incrementar su oferta de espacios publicitarios televisivos, por las limitaciones que recogía la Ley 7/2010, tuvieran un volumen de oferta similar y utilizaran estrategias de comercialización basadas en el empaquetamiento de la oferta publicitaria de sus diferentes canales de televisión.

Asimismo, la firma por *Telecinco* y *Antena 3* de acuerdos de comercialización de publicidad con terceros canales de televisión, así como los esquemas de empaquetamiento en la venta de los espacios publicitarios (pauta única y venta conjunta de publicidad en varios canales de televisión), eran un indicio de esta posibilidad de coordinación tácita de comportamientos y tenían efectos similares desde el punto de vista de la reducción de la capacidad de los anunciantes de elegir libremente el *target* y los canales de televisión en los que querían emitir su publicidad, pues en ambos casos no era una opción viable emitir publicidad en sólo una parte de los canales de televisión cuya publicidad gestionaba un operador.

En definitiva, los anteriores efectos coordinados y unilaterales llevaban a que la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* facilitara que la publicidad gestionada por *Telecinco* fuera imprescindible para los anunciantes, que no podrían alcanzar los objetivos de cobertura necesarios prescindiendo de la publicidad empaquetada de los canales de televisión de *Telecinco* y *Cuatro*.

Los efectos descritos, generarían muchas dificultades para competir a las cadenas de televisión más pequeñas o recién llegadas al mercado, hasta el punto de que la estrategia de las mismas hubiera necesariamente de pasar por agrupar su oferta publicitaria con las grandes cadenas (como ya sucedía), lo cual restringía directamente la competencia, o por alquilar sus capacidad de emisión de canales

de televisión a terceros (con publicidad incluida), desapareciendo en la práctica de este mercado de publicidad televisiva.

- ❖ **Riesgos para ese mismo juego de la competencia derivados de los pactos asociados a la concentración.** Además, en el caso de ejecutarse ambas operaciones de concentración, al reforzar los vínculos estructurales entre todos esos operadores, los distintos acuerdos cooperativos firmados en el marco de las mismas (ver más arriba: compromiso de *Prisa* de no competir en el mercado de la TV en abierto, compromiso de *Telecinco* de no competir en el mercado de la TV de pago, toma en arrendamiento de canales de TDT por *Digital +* a *Telecinco*, pacto de que la filial de *Telecinco* *Publiespaña* pudiera actuar como agente exclusivo de ventas de espacios publicitarios de *Digital +*, etc.), los cuales no podían ser considerados restricciones accesorias, contribuían a reforzar el incentivo y la capacidad para la coordinación de estrategias competitivas de esas entidades en el mercado de la publicidad televisada.
- ❖ **Valoración de las eficiencias.** *Telecinco* había alegado que la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* generaría una serie de eficiencias, entre las cuales, en relación con el mercado de la publicidad televisada, cabría citar la de que los telespectadores pudieran llegar a beneficiarse de una variada oferta televisiva o la de que los anunciantes se beneficiarían de un servicio de mayor calidad y cobertura. Lo anterior era consecuencia del ahorro de costes derivado de la operación y de la mayor experiencia de *Telecinco* en la gestión de publicidad para televisión, y se ponía especialmente de manifiesto en un contexto como el que se presentaba, donde la competencia entre cadenas de televisión por la audiencia era cada vez mayor y había una situación de contracción y crisis del mercado.

La valoración, en lo que se refería al mercado de la publicidad televisada de estas eficiencias invocadas por *Telecinco* fue la siguiente. La DI consideró, en aplicación de los criterios expuestos por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe C-94/05 *Gas Natural/Endesa*, que habían sido posteriormente ratificados por el Consejo de la CNC, que dichas eficiencias alegadas no eran significativas, ni compensaban los efectos restrictivos de la competencia derivados de las operaciones de concentración notificadas.

En este sentido, había otras vías alternativas para incrementar la calidad de la gestión de la publicidad de *Cuatro*, sin que, en cualquier caso, se hubiera acreditado la supuesta peor calidad de la gestión publicitaria de *Cuatro* en comparación con *Telecinco*. El recurso a esas otras vías podía permitir también ahorros en la gestión de publicidad que permitieran obtener esas supuestas mejoras de programación. Además, sólo se habían incorporado estimaciones genéricas de los analistas, pero las mismas no individualizaban esos pretendidos ahorros. Por otra parte, esa supuesta mayor variedad de la oferta televisiva, convenía destacar que no derivaba de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, sino de la ampliación del número de canales de TDT decidida por el legislador.

En lo que respecta a los supuestos ahorros de costes en la gestión de publicidad, aunque fueran considerados eficiencias específicas de dicha operación de concentración, existían serias dudas de que estos ahorros pudieran trasladarse a los anunciantes en el mercado de la publicidad, dada la estructura competitiva y regulatoria de los mercados afectados. Así, la rigidez de la oferta en este mercado suponía un desincentivo para las

oferentes a la hora de trasladar dicho supuesto ahorro en costes a los precios de la publicidad.

Así, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas y, en concreto, la estructura de mercado resultante y las barreras a la entrada existentes, la DI estimó que la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, sin la aplicación de compromisos o condiciones, generaba riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados, entre los que se encontraba el de la publicidad televisada, efectos que se agravarían en el caso de que *Telecinco* pasase a ser accionista de control de *Digital +*, y coincidiera en el accionariado de esta entidad con *Prisa* y *Telefónica*.

❖ **Valoración de los compromisos.** De nuevo, era importante destacar que algunos de los potenciales efectos restrictivos sobre la competencia identificados derivados de la operación *Telecinco/Cuatro* se producirían o agravarían si *Telecinco* finalmente pasase a disponer de una participación de control en el capital social de *Digital+*, o si coincidiese con *Prisa* y *Telefónica* en el accionariado de *Digital +*; por lo que era ésta una variable a tener en cuenta en la valoración de tales compromisos:

➤ ***Primera ronda de compromisos.*** *Telecinco* había presentado una primera propuesta de compromisos el 24 de septiembre de 2010, la cual la DI estimó insuficiente para resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados que generaba la operación *Telecinco/Cuatro*, en la medida en que no eliminaban enteramente los problemas de competencia, no eran completos ni efectivos y su duración era excesivamente corta en el tiempo.

Por otra parte, en esta primera ronda de compromisos, tal y como vimos al tratar del mercado de la TV en abierto, la autoridad de la competencia rechazó las peticiones de terceros de que se adoptaran remedios estructurales que pasaran por la cesión de canales y de contenidos por parte de *Telecinco/Cuatro* a sus competidores. Los contenidos o los canales ya editados que los incluían iban indisolublemente ligados a la oferta publicitaria por lo que obligar a la cesión de tales contenidos o canales era tanto como prohibir la operación.

Además se trataría de un compromiso de difícil vigilancia para la autoridad de competencia, en la medida que tendría que supervisar de forma continua el trasvase de contenidos entre *Telecinco* y el canal de televisión del cesionario.

➤ ***Segunda ronda de compromisos.*** *Telecinco* presentó con fecha 19 de octubre de 2010 una nueva propuesta de compromisos para la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*. En esta propuesta de compromisos, *Telecinco* había presentado asimismo determinados compromisos ligados a su condición de accionista de control de *Digital +*, los cuales se pasaban a valorar. Además de un segundo bloque de compromisos referido al mercado de los telespectadores que dejamos estudiado al tratar de este último y de un tercer bloque relacionado con los mercados de los contenidos, era el primero el que estrictamente se relacionaba con el mercado de la publicidad televisada.

▪ **Segundo bloque de compromisos.** Existía un segundo bloque de compromisos que servían para limitar el refuerzo de la entidad resultante en el

mercado de la televisión en abierto, lo que de forma indirecta también servía para garantizar la competencia en el mercado de publicidad televisiva.

Así, en el noveno compromiso, *Telecinco* se comprometía a no ampliar su oferta de canales de TDT mediante el arrendamiento de la capacidad de emisión correspondiente a licencias de otros múltiples de titularidad de terceros operadores de TDT, lo que suponía también limitar su presencia en el mercado de la publicidad televisada.

Adicionalmente, *Telecinco* se comprometía en el undécimo compromiso a no bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión que pudieran querer lanzar sus competidores, *Net* y *La Sexta*, con los que la entidad resultante compartía múltiples de TDT hasta 2015, descartando los riesgos relacionados con el mercado de la publicidad examinados más arriba.

Para la DI, estos compromisos servían para garantizar que *Telecinco* no utilizase su posición resultante en el mercado de la audiencia o en la adquisición de contenidos para limitar la competencia en el mercado de la publicidad televisada.

- **Tercer bloque de compromisos.** Por otra parte, *Telecinco* había presentado un tercer bloque de compromisos dirigidos a compensar los efectos verticales derivados del refuerzo de la entidad resultante como demandante de contenidos audiovisuales. También estos, como veremos en su lugar, fueron considerados suficientes por la DI, con los consiguientes efectos favorables en el mercado de la publicidad televisada, teniendo en cuenta que unos contenidos atractivos resultaban indispensables para permanecer en este mercado.
- **Primer bloque de compromisos.** Un primer bloque de compromisos iba referido al mercado de la publicidad, los cuales fueron considerados suficientes.

El primer compromiso propuesto por la notificante, de no comercializar mediante una misma oferta comercial la publicidad de los dos canales de televisión en abierto de mayor audiencia de entre los que gestionaba, con la condición adicional de que la audiencia conjunta de los canales de televisión incluidos en cada paquete comercial no fuera superior a 22 %, favorecía la posibilidad real de que los anunciantes pudieran seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión de la entidad resultante, como sucedía con anterioridad a la operación. Asimismo, se limitaba la dimensión máxima de los paquetes de publicidad televisiva ofertados por *Telecinco*, a un nivel que la Dirección de Investigación estimaba adecuado para evitar que la publicidad televisiva de *Telecinco* se convirtiera en indispensable.

Por otro lado, el compromiso anterior se complementaba con el segundo compromiso, de no desarrollar políticas comerciales, y en particular, de precios, que supusieran, formalmente o de facto, la venta vinculada, directa o indirectamente, a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales de televisión, para así impedir que *de facto* se impusiera

la contratación conjunta de la publicidad de todos los canales de televisión cuya publicidad gestionase *Telecinco*.

Para reforzar los anteriores compromisos, *Telecinco* se obligaba en el tercer compromiso a romper sus acuerdos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros, dando un plazo transitorio de adaptación de un año, para evitar perjuicios excesivos a los terceros titulares de dichos canales. De esta manera, la oferta de publicidad de *Telecinco* se reducía de forma automática, y se garantizaba la existencia de una oferta alternativa de publicidad televisiva en el mercado, gracias al compromiso de *Telecinco* de no firmar nuevos contratos de gestión conjunta de publicidad con terceros operadores de TDT en abierto.

El caso de la publicidad de los canales de televisión de pago era particular, primordialmente porque su peso en el mercado de publicidad televisiva era muy reducido y su forma de contratación era distinta. De hecho, *Telecinco* venía gestionando la publicidad de los canales de televisión de pago de terceros mediante una empresa separada y con políticas comerciales diferenciadas. Por este motivo, a los efectos de la publicidad de los canales de televisión de pago, era suficiente con el compromiso de seguir manteniendo la situación preexistente

Para hacer frente a los efectos en el mercado de publicidad en televisión que pudieran surgir fruto de los vínculos estructurales de *Telecinco* con *Prisa* y *Telefónica* en *Digital +*, *Telecinco* se comprometía en el cuarto y quinto compromiso, en el caso de coincidir en el accionariado de *Digital +* con *Prisa* o *Telefónica*, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados por las demás partes y a aplicar a sus socios condiciones de mercado si le contrataban publicidad. De esta manera, se evitaba que *Telecinco* utilizase su comunidad de intereses con *Prisa* y *Telefónica* en *Digital +* para reforzar su poder de mercado en la publicidad televisiva o para convertir a *Prisa* o *Telefónica* en clientes privilegiados que pudieran servir como mecanismo de retorsión frente a terceros operadores.

En definitiva, la combinación de estos compromisos servía para eliminar los problemas de competencia horizontales unilaterales generados por la operación de concentración en el mercado de la publicidad televisiva en España.

A su vez, el conjunto de los anteriores compromisos servía para crear una asimetría entre las políticas comerciales de *Telecinco* y *Antena 3* y para garantizar a los anunciantes una capacidad mínima de elección entre las distintas ofertas de publicidad televisiva. Esto, unido a que se dificultaba que *Prisa* y *Telefónica* actuaran como mecanismo de represalia, llevaba a compensar los efectos horizontales coordinados que generaba la operación de concentración.

Por último, la DI estimó que resultaba adecuado establecer una duración inicial de los compromisos de tres años, prorrogable por otros dos si no se modificaban las circunstancias de mercado que habían hecho necesarios los mismos. De esta

manera, los compromisos tenían una duración máxima de cinco años, que se ajustaba a la duración de los remedios establecidos en otros precedentes nacionales y comunitarios en el sector audiovisual y, a la vez, esta duración tenía en cuenta el dinamismo del mercado de televisión en abierto en España.

A la vista de lo anterior, cabía concluir que el conjunto de los compromisos presentados por *Telecinco* el 19 de octubre de 2010 resultaba, en opinión de la DI, suficiente y proporcionado para compensar los problemas de obstaculización de la competencia efectiva derivados de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*.

La anterior propuesta de la CNC fue confirmada por resolución del Consejo de la CNC.

g) El mercado de la publicidad televisada en el caso de los acuerdos de Atres con Veo TV y Disney (caso Atres)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Atres

En el Expte. S/0245/10 los agentes de la supuesta práctica restrictiva eran los siguientes:

- **Antena 3**. Su caracterización coincidía con la realizada en el caso *Cuatro*. A nuestros efectos, remitirnos a lo dicho allí y retener sólo que *Antena 3* era titular de una licencia de emisión de un múltiple de televisión digital terrestre (TDT) de ámbito nacional, a través del cual emitía cuatro canales de televisión en abierto: *Antena 3*, *Nova*, *Neox* y *Nitro*.
- **Veo TV**. También coincidía su caracterización con la realizada en otros casos a los que valdría con remitirse. Aquí sólo destacar que *Veo TV* era propiedad al 100 % de *UNEDISA* (editora de *El Mundo*) y titular de una licencia de emisión de un múltiple de TDT de ámbito nacional, a través del cual emitía cuatro canales de televisión. Dos de ellos eran editados por la propia *Veo* y emitidos en abierto (*Veo7* y *Marca TV*); otro estaba operado por *Veo TV* con contenidos proporcionados por el grupo *Sony*, que emitía bajo la fórmula de TDT de pago el canal *AXN*; y el cuarto estaba arrendado a un tercero, que emitía en abierto el canal *13 TV*.
- **Atres**. Era una filial al 100 % del grupo *Antena 3* que actuaba como un exclusivista de medios, es decir, que llegaba a acuerdos de exclusividad con determinados medios para ocuparse de la venta de su espacio publicitario. Cualquier anunciante, agencia de publicidad o agencia de medios que quisiera colocar anuncios en esos medios debía dirigirse al exclusivista. Al tiempo de plantearse la operación *Atres* gestionaba la publicidad de diversos canales de televisión en abierto (*Antena 3*, *Neox*, *Nova*, *Nitro*, *Disney Channel* y *Veo 7*) y del canal de pago *Disney XD*.
- **Disney**. Era la filial para España y Portugal de *The Walt Disney Company* que se encargaba de la comercialización en ambos países de las películas, en todos los soportes, videojuegos, parques y *resorts*, canales de televisión, y otros productos de *Walt Disney*. En el sector audiovisual, disponía de 4 canales en España:

- *Disney Channel* era el canal principal del grupo. Había comenzado sus emisiones el 1998, y desde julio de 2008, emitía en abierto a través de la TDT en España, siendo el único canal con la denominación *Disney Channel* que emitía en abierto en el mundo. Además del canal principal, contaba con un multiplexado, llamado *Disney Channel +1*, para las operadoras de pago. Emitía en el múltiplex asignado a *Net TV*.
- *Disney XD* era un canal de televisión de pago dedicado a los niños. Había comenzado sus emisiones el 18 de septiembre de 2009 y emitía series. Había sustituido a *Jetix*. Disponía de un multiplexado llamado *Disney XD +1*.
- *Disney Cinemagic* era un canal de televisión de pago dedicado al cine *Disney*, pero también a series de animación. Había comenzado sus emisiones el 1 de julio de 2008, en sustitución de *Toon Disney*. Disponía de un multiplexado llamado *Disney Cinemagic +1* y también de una versión en alta definición *Disney Cinemagic HD*.
- *Playhouse Disney* era un canal de televisión de pago dedicado a los niños en edad preescolar.

ii) Reseña general del caso Atres

El Expte. S/0245/10, *Antena 3/Veo Televisión/Disney Channel* fue instruido por unas posibles prácticas restrictivas del Art. 1 de la LDC consistentes en la realización de acuerdos entre competidores relativos a la comercialización de publicidad en televisión que contenían pactos de fijación de precios y descuentos, obligaciones de comercialización conjunta de productos y cláusulas de no competencia.

Se trataba de dos acuerdos, a saber: (i) un acuerdo suscrito entre *Atres Advertising S.L.U.* (*Atres*), filial del grupo *Antena 3 de Televisión, S.A. (Antena 3)* y *Veo Televisión, S.A. (Veo)* con el objeto de que *Atres* comercializase los espacios publicitarios del canal de televisión *Veo 7*, perteneciente a *Veo*; (ii) otro acuerdo de comercialización publicitaria firmado por *Atres* y *The Walt Disney Company Iberia, S.L. (Disney)* con objeto de que *Atres* gestionase la publicidad televisiva de un canal de *Disney* en televisión en abierto, *Disney Channel* (posteriormente, este acuerdo se extendió *de facto* a la publicidad de otro canal de *Disney* de televisión de pago, *Disney XD*).

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la publicidad televisada en el caso Atres (remisión al caso Cuatro)

Dada la proximidad de las fechas de ambos pronunciamientos, la DI incluyó en su propuesta al Consejo un análisis del mercado prácticamente coincidente con el del caso *Cuatro*, al que valdría con remitirse en cuanto a la estructura de la oferta y a la estructura de la demanda.

Si bien, en cuanto a la primera, cabía recordar que *Antena 3* mantenía una cuota elevada en torno a un [20-30] % del mercado por ingresos de publicidad. Tanto *Veo 7* como *Disney Channel* y *XD* tenían, en cambio unas cuotas reducidas dentro de ese mismo mercado. No obstante, sus cuotas se habían incrementado significativamente durante los últimos años como consecuencia de los cambios regulatorios y tecnológicos acaecidos en el sector.

Existían otros importantes competidores en el mercado de publicidad en televisión, como el grupo *Telecinco-Cuatro* que ostentaba una cuota de mercado superior a la de *Antena 3* y *La Sexta*. Con datos de *Infoadex* y teniendo en cuenta sólo el primer trimestre de 2010, la cuota de ingresos publicitarios conjunta de *Telecinco/Cuatro* tras la operación de concentración en 2010 sería de un [40-50] %.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada en el caso Atres

Se trataba de dos contratos:

- 1.º **Contrato de 15 de diciembre de 2009 entre Atres y Veo TV.** *Atres* se ocupaba en exclusiva de la venta y comercialización de los espacios publicitarios (publicidad convencional y resto de formatos salvo la autopromoción y el emplazamiento de producto) del canal *Veo 7* bajo el sistema de “pauta única” que, hasta la fecha del contrato se aplicaba a los canales del grupo *Antena 3*: *Antena 3*, *Antena.Neox* y *Antena.Nova*. Ello suponía la emisión de la publicidad contratada al mismo tiempo en todos los canales que operaban bajo el sistema de pauta única, a un precio único para todos los canales, repartiéndose la facturación publicitaria entre los citados canales de forma proporcional a los GRPs obtenidos por cada canal de conformidad con las mediciones de la entidad *TNS SOFRES* (luego *Kantar Media*).

El contrato tenía una duración de tres años desde su entrada en vigor el 1 de febrero de 2010. Se preveía que cualquiera de las partes pudiera instar en cualquier momento la resolución anticipada del contrato comunicándolo por escrito a la otra parte con una antelación de al menos seis meses a la fecha de resolución prevista.

La contraprestación por la explotación comercial de los espacios publicitarios de *Veo 7* que *Atres* hiciera entre sus clientes supondría un porcentaje sobre el total de ingresos netos (los ingresos brutos menos los descuentos) publicitarios del canal *Veo 7*, que sería del 34,5 % durante el primer año, 31,5 % durante el segundo y 29,5 % durante el tercero. Dicha comisión englobaba lo que *Atres* pudiera pagar a cualquier intermediario que estuviera presente en el mercado de la publicidad.

- 2.º **Contrato de 6 de mayo de 2008 entre Atres y Disney.** *Atres* ejercía las funciones de una agencia de venta respecto a toda la publicidad de *Disney Channel*: anuncios, patrocinios y cualquier otra forma de publicidad. El contrato tenía una duración de tres años desde su entrada en vigor el 1 de octubre de 2008 renovable de forma tácita por periodos anuales a menos que las partes preavisasen la terminación del contrato con un plazo de 3 meses de antelación.

Respecto a la política comercial, *Atres* se comprometía a acordar con *Disney* la tarifa de publicidad y los descuentos comerciales del canal que, a su vez, eran negociados por *Atres* con anunciantes y/o centrales. Ambas partes acordaban negociar las ventas y la estrategia de crecimiento del canal, en particular, la expansión, distribución y contenido del mismo.

En cuanto a la retribución a *Atres*, si el ingreso neto por publicidad era inferior a 10 millones de euros al año, la comisión de *Atres* sería de un 8 % mientras que si era superior a dicha cifra, la comisión sería de un 7 %.

Se incorporaba un pacto de no competencia, por el que *Atres* debía solicitar la aprobación por parte de *Disney* antes de firmar acuerdos con otros canales destinados al público infantil durante el periodo de vigencia del contrato. *Atres* proveería los mismos servicios y en los mismos términos para el canal *Disney XD*, pues así lo había solicitado *Disney* haciendo uso de su facultad contractual.

Para la DI se trataba, en ambos casos, de acuerdos de venta conjunta que incorporaban cláusulas de fijación de precios y descuentos comerciales entre competidores. Los acuerdos de fijación de precios eran restrictivos *per se* o por el objeto, al afectar a la principal variable competitiva para diferenciar la propia oferta en el mercado, a saber, el precio.

Además, en el contrato con *Vevo TV* se aplicaba el sistema de pauta única, de modo que la emisión de la publicidad era simultánea para todos los canales sujetos a dicho sistema. Lo anterior era tanto como decir que dicho acuerdo afectaba a otras condiciones comerciales o de la transacción, además del precio, reduciendo la posibilidad de elección de los anunciantes. En el contrato con *Disney* se incorporaba una cláusula de no competencia que agravaba los efectos de la restricción y que limitaba igualmente la capacidad de elegir de los anunciantes.

Se refirieron las partes a la existencia de posibles eficiencias por la mejora de la comercialización y del producto ofrecido a los anunciantes, así como la reducción de los costes de la transacción.

En el acuerdo con *Vevo*, la comercialización mejoraba porque buscaba agregar audiencias para contrarrestar la fragmentación que suponía la multiplicación de los canales tras la entrada de la TDT y dado que *Vevo 7* carecía de la estructura necesaria para realizar por sí misma o a través de su matriz *Unedisa* una comercialización adecuada de la publicidad de televisión. El acuerdo suscrito favorecía a las centrales de publicidad en la medida en que facilitaba la contratación de publicidad accesible a una mayor audiencia centralizada. Además tales eficiencias no podrían ser obtenidas por las centrales de publicidad, dado que no intervenían en la planificación de la programación en televisión.

En cuanto a la mejora de producto, en el caso del acuerdo con *Vevo TV*, se señalaba como ventaja derivada de la entrada de *Vevo* en el sistema de pauta única la posibilidad de obtener GRPs de forma más rápida (con una menor frecuencia de mensaje publicitario) y alcanzar una cobertura que, individualmente, *Vevo* no podría ofrecer a los anunciantes. Desde este punto de vista, además, el acuerdo de comercialización conjunta ofrecía a los anunciantes un canal adicional en el que publicitarse.

La autoridad de la competencia no aceptó, sin embargo, que llegaran a darse tales eficiencias. En primer lugar, los anunciantes siempre podrían contratar la publicidad de los distintos canales por separado para lanzar una misma campaña publicitaria. Además, la contratación conjunta derivada de la pauta única les impedía obtener las ventajas derivadas de los distintos *target* específicos asociados a cada uno de los canales televisivos, restringiendo su capacidad de decisión y elección, lo que generaba un claro perjuicio para ellos e introducía restricciones de competencia innecesarias.

En caso del acuerdo con *Disney*, la inclusión del pacto de no competencia tampoco permitía apreciar mejoras relacionadas con la comercialización.

También se argumentó que ambos acuerdos podían suponer reducción de los costes de la transacción, sin embargo la autoridad de la competencia consideró que tal reducción de costes sería mínima, difícilmente se trasladaría a los anunciantes y consumidores y sería insuficiente para compensar los efectos restrictivos de los acuerdos.

En todo caso, en un mercado como el de venta de espacios publicitarios televisivos con barreras legales de entrada y en el que *Telecinco* y *Antena 3* actuaban en régimen de duopolio de facto (Expte. C/230/10), el Consejo consideraba esencial preservar la presión competitiva que podían ejercer competidores marginales. Los efectos dinámicos que los acuerdos podían tener sobre la competencia eran significativos, dado que en el contexto de la fragmentación de la oferta de canales de televisión en abierto que había generado la implantación de la TDT, la ventaja competitiva que tenían los operadores incumbentes como *Antena 3* en la publicidad en televisión podía verse erosionada por el potencial de esos otros canales para restarle audiencia e ingresos por publicidad. Desde esta perspectiva de la competencia, los contratos de adhesión a la política de venta de espacios publicitarios de uno de los duopolistas como los que eran objeto del expediente no eran susceptibles de cumplir los requisitos de exención del art. 1.3 de la LDC.

La autoridad de la competencia no cerró sin embargo la puerta a otros acuerdos de venta conjunta de publicidad en un escenario de competencia más saneada y – habría que entrever – cuando tales acuerdos de venta conjunta se dieran entre operadores diferentes de *Antena 3* o *Telecinco*.

Aún cuando no concurrían eficiencias, el hecho de que los acuerdos sometidos a examen hubieran producido pocos efectos en el tiempo, sumado al reducido peso relativo de los canales (*Veo 7*, *Disney Channel* y *Disney XD*) en cuanto a ingresos publicitarios, dio pie a que pudieran terminarse convencionalmente los expedientes sobre la base de la rescisión de ambos contratos propuesta por las partes.

h) Barreras a la entrada en el mercado de la publicidad televisada

La tercera fuente de presiones competitivas que ha de soportar un proveedor, además de la sustituibilidad de la demanda y la de la oferta, es la constituida por la competencia potencial. Ésta, a diferencia de las otras dos, no opera en sede de definición del mercado, sino que se relaciona más con las facilidades de acceso al mismo y con todo lo referente a las barreras de entrada, por lo que su estudio se relaciona con un estadio posterior al de la definición de los mercados, en concreto, al del juego de la competencia en los mismos.

La diferencia esencial entre sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta y capacidad potencial se cifra en que, mientras que en la primera los competidores pueden reaccionar rápidamente y sin costes adicionales para comenzar a facilitar el producto o servicio ante un incremento de sus precios, en la segunda los competidores potenciales necesitan más tiempo e incurrir en unos importantes costes hundidos. Cuando hablamos de costes hundidos hay que entender que se trata de inversiones sustanciales que no podría recuperar el operador de abandonar el mercado (Ver Briones, J.; Folguera, J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Marcial Pons, 1999; Págs. 231 y ss.; Op. Cit.).

Las relaciones entre sustituibilidad de la oferta y competencia potencial pueden también explicarse a partir de las reflexiones del Prof. Pellisé Capell (*“La explotación abusiva...”*; Op. cit.; Págs. 169 y ss.): *“De este modo, la Comisión establece una diferenciación entre los posibles entrantes en el mercado del producto (competencia potencial en sentido amplio) que distingue, según el mayor o menor grado de dificultad de entrada, entre entrantes sustitutorios (mercado relevante) y entrantes potenciales (poder de mercado), para considerarlos en distintos momentos del iter evaluativo [...] Que una o varias empresas no alcancen el grado de sustituibilidad en la oferta necesario para incluir sus productos en el mercado relevante, no va a impedir después a la Comisión tener en cuenta esa sustituibilidad defectuosa como competencia potencial en la fase posterior de evaluación del poder de mercado”*.

En idéntico sentido la Comisión {1999/641/CE: Decisión de la Comisión, de 25 de noviembre de 1998, por la que se declara compatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el EEE una operación de concentración (Asunto IV/M.1225 - *Enso/Stora*) [notificada con el número C(1998) 3653] (Diario Oficial n° L 254 de 29/09/1999 p. 0009 – 0021)}: *“(40) A la vista de todo ello, hay que concluir que la oferta no tiene capacidad de reacción a corto plazo. Por consiguiente, la Comisión no examina la sustituibilidad desde el lado de la oferta en la definición del mercado, sino que considera estos elementos en la sección dedicada a la competencia potencial (véase más adelante)”*.

Para el examen de barreras de entrada en el mercado de la publicidad televisada, hay que partir de que los oferentes de los servicios de publicidad televisada son los mismos organismos que actúan como difusores televisivos en abierto. Lo anterior conduce a que las barreras a la entrada dentro del mercado de la publicidad televisada sean coincidentes con las que envuelven al mercado de la audiencia o de los telespectadores y que dejamos ya estudiadas.

Ahora bien, con ser cierto lo anterior también puede ser posible hacer un examen de barreras de entrada más específicamente relacionadas con los servicios de publicidad televisada. Y así, podría comenzar por señalarse que, sin perjuicio de que puedan jugar algún papel con relación a la prestación de servicios publicitarios novedosos dentro del entorno digital como los ya referidos de la publicidad interactiva (que exigen una bidireccionalidad aún por desarrollar en el plataforma digital terrestre), no da la impresión de que existan **barreras de entrada de carácter tecnológico**, añadidas a las propias del mercado de la audiencia, que tengan un papel que desempeñar en el ámbito del mercado de la publicidad televisada.

En cuanto a **las de contenido económico**, podríamos distinguir entre las barreras para acceder al mercado como oferentes o como demandantes de servicios de publicidad televisada. Del lado de la oferta, las barreras de entrada económicas existentes para empezar a operar como oferente de servicios de publicidad televisada no serán otras que las que vimos al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores. Del lado de la demanda, los obstáculos económicos para que los anunciantes o las agencias de publicidad puedan acceder al mercado de compra de los servicios de publicidad televisada existirán sin duda y su intensidad dependerá de cuales sean las circunstancias del mercado.

Si nos centramos en el caso español, se observa que la incorporación de nuevas cadenas en abierto (*Cuatro* y *La Sexta*) pudo haber servido de estímulo a la competencia obligando a las hasta entonces existentes (sobre todo *Antena 3* y *Telecinco*) a moderar sus pretensiones

económicas. En este sentido, la situación del mercado publicitario anterior a estos acontecimientos era la de una demanda procedente de anunciantes y agencias de publicidad muy superior a la oferta realizada por las cadenas de TV. Y ésta parece ser, por otro lado, la situación a la que se vuelve tras la integración de *Cuatro* en *Telecinco* y de *La Sexta* en *Antena 3*. Por otra parte, las barreras económicas de entrada del lado de la demanda pueden manifestarse con especial fuerza en este mercado en aquellos casos en los que lo buscado sea la inserción de mensajes publicitarios dentro de horarios o programas de máxima audiencia. En lo demás, está por ver cual vaya a ser la evolución de estas barreras económicas – probablemente, en el sentido de atenuarse – tras la multiplicación de canales y aumento de la oferta implícitos en el fenómeno de la digitalización.

Dicho lo anterior y al margen de las **barreras de entrada de tipo normativo** que vimos ya al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores, puede ya apuntarse que, como se desprende del estudio del entorno normativo en el que se mueve este mercado, aun cuando no lleguen a ser calificadas como barreras normativas a la entrada, sí habría importantes restricciones normativas indirectas derivadas de ese marco regulador. Llegados a este punto, recordar la prohibición de las distintas formas de publicidad consideradas ilícitas (la vulneradora de los derechos y valores constitucionales, atentatoria contra la integridad física o moral de los menores, la engañosa, agresiva o desleal, la subliminal y la que infrinja la legislación sectorial). También destaca la existencia de ciertos límites para las comunicaciones comerciales audiovisuales - en sus diferentes manifestaciones de publicidad, televenta, patrocinio o emplazamiento de producto -, como las que se refieren al límite de tiempo por hora de reloj, al respeto de la integridad de los programas en los que se insertan, a su fácil identificación respecto del contenido editorial, a la prohibición de publicidad subliminal o encubierta, a la prohibición de la publicidad del tabaco, a la fuerte limitación de la de las bebidas alcohólicas, los medicamentos o las propiedades nutricionales de los alimentos, etc. Se trata, en fin, de una normativa muy prolija de la que resultan importantísimas restricciones que afectan tanto a la compra como a la venta de servicios de publicidad.

Por otra parte, de barrera normativa de entrada, al menos respecto de la TV de titularidad pública, cabría catalogar la prohibición de la TV de titularidad pública, Corporación RTVE, de financiarse a través de publicidad impuesta con la Ley 8/2009.

La existencia de restricciones normativas indirectas en el ámbito de la publicidad, ligadas a la prohibición de anunciar determinados productos – fundamentalmente productos del tabaco y bebidas alcohólicas – han llegado a dificultar la prestación de servicios transfronterizos de difusión televisiva. Tal aconteció con las restricciones impuestas por la Ley *Evin* (ley francesa de lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo) a la difusión en Francia de las carreras automovilísticas y los partidos de fútbol organizados en el extranjero amparándose en una competencia exclusiva de los estados cuál era la salud pública, toda vez que en las mismas aparecían representaciones invitando al consumo de bebidas alcohólicas. La Ley *Evin* prohibía la publicidad televisada de bebidas alcohólicas, directa o indirecta, de donde resultaba que, en las retransmisiones de manifestaciones deportivas binacionales difundidas en Francia que interesaran principalmente al público francés, los difusores franceses debían utilizar los medios disponibles para evitar la aparición en pantalla de marcas comerciales de bebidas alcohólicas.

La Comisión abogaba por el respeto al principio de proporcionalidad y la búsqueda de un equilibrio entre el objetivo legítimo de la protección de la salud pública y la libertad de

prestación de servicios televisivos transeuropeos. Para ello, dicha institución consideraba el medio idóneo el de la autorregulación mediante la aprobación de códigos de conducta dentro del sector.

Este régimen fue llevado ante el Tribunal de Justicia a través de la formulación de una cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial tuvo su origen en el hecho de que la cadena *TF1* conminó a las empresas *Groupe Darmon* y *GiroSport*, encargadas de negociar en su nombre los derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol, a que evitaran la aparición en pantalla de marcas de bebidas alcohólicas. Al recibir una negativa a su petición de arrendamiento de vallas publicitarias alrededor de un terreno de juego como consecuencia de tal iniciativa, *Bacardi France* interpuso una acción judicial contra *TF1*, *Darmon* y *GiroSport* ante la jurisdicción francesa, para que dejaran de ejercer presión sobre los clubes de fútbol extranjeros. En este contexto, la *Cour de cassation* francesa presentó al Tribunal de Justicia europeo una cuestión prejudicial sobre una posible contradicción entre el régimen francés y las disposiciones del Derecho comunitario, incluidas las prescripciones de la Directiva de TV sin Fronteras.

En su sentencia de 13 de julio de 2004 (Asunto C-429/02; Recopilación de Jurisprudencia 2004 página I-06613), el Tribunal falló que la publicidad televisiva indirecta de bebidas alcohólicas resultante de las vallas visibles en pantalla durante la retransmisión de acontecimientos deportivos no constituía un mensaje televisado individualizable destinado a promover bienes o servicios conforme a la antigua versión de la Directiva de TV sin fronteras. El Tribunal consideró, en efecto, que era materialmente imposible para los difusores mostrar esta publicidad únicamente durante los intervalos entre las distintas partes del programa televisivo de que se tratase. Por lo tanto, concluyó que no eran de aplicación las disposiciones de la Directiva y, en consecuencia, que el régimen francés de publicidad televisada era compatible con el Derecho comunitario.

i) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la publicidad televisada

i) Sobre la relación del mercado de la publicidad televisada con otros mercados

El mercado de la publicidad televisada, junto con el de los servicios de audimetría, es uno de los dos mercados que hemos integrado dentro del segmento de la publicidad. A pesar de que la presencia de la nueva modalidad del emplazamiento de producto o del patrocinio no resultarían del todo incompatibles con los servicios de pago, el modelo de negocio de estos últimos pasa por la ausencia o, al menos, por la menor presencia de comunicaciones comerciales audiovisuales en los mismos.

Así las cosas, los mercados con los que más estrechamente se relacionaría son: **(a)** el de la audiencia o de los telespectadores (segmento de la difusión televisiva o de la comunicación audiovisual lineal); **(b)** el mencionado de los servicios de audimetría (segmento de la publicidad); **(c)** el de los servicios de TV digital interactiva (segmentos de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información):

- a. **Relaciones con el mercado de la audiencia o de los telespectadores.** Por lo que se refiere a sus relaciones con el mercado de la audiencia o de los telespectadores, la idea

esencial es la de que los oferentes de servicios de difusión televisiva en abierto a los telespectadores son también los oferentes de servicios de publicidad televisada a las agencias de publicidad y a los anunciantes. En este sentido, podría entenderse que se trata de dos mercados superpuestos (más que vecinos o que ascendentes o descendentes entre sí), como hubo ya oportunidad de referir al estudiar el mercado de la audiencia o de los telespectadores.

- b. **Relaciones con el mercado de los servicios de audimetría.** En cuanto a sus vínculos con el mercado de los servicios de audimetría, en la medida en que, como veremos, los datos que esos servicios proporcionan pueden ser considerados como un insumo necesario para actuar en el mercado de la publicidad televisada, cabría considerar el mercado referido de los servicios de audimetría como ascendente respecto del mercado final de los servicios de publicidad televisada.
- c. **Relaciones con el mercado de los servicios de televisión digital interactiva.** Por último, en lo que concierne a las relaciones del mercado de la publicidad televisada con el de los servicios de TV digital interactiva, las mismas se circunscribirían a los servicios de publicidad interactiva, el cual, a falta del necesario grado de desarrollo de la plataforma de TV digital terrestre, cabría calificar como mercado emergente. Los referidos servicios de publicidad interactiva, en los que, desde un entorno de difusión lineal, el espectador, pulsando un icono interactivo, accede a un entorno de interactividad quedarían más bien embebidos dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva que estudiaremos en el apartado correspondiente.

Además de lo anterior, convendrá tener presente que, dado que el mercado de la publicidad televisada se superpone al de la audiencia o los telespectadores y que los oferentes de los servicios de difusión televisiva son los mismos que los de publicidad televisada, todos los mercados que vimos eran ascendentes con respecto al de la difusión televisiva lo serían también con relación al de la publicidad televisada. Ahora bien, de esos mercados ascendentes sólo tendríamos que volver a ocuparnos, en la medida en que ello pudiera venir justificado por la concurrencia de especialidades referidas a los servicios de publicidad televisada.

ii) Sobre la evolución del mercado de la publicidad televisada en Europa

Como hubo ya oportunidad de observar al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores, siendo éste un mercado superpuesto al de la publicidad televisada, la evolución de ambos mercados en Europa ha venido siendo la misma a lo largo de los últimos años (lo anterior es lógico si se considera que la situación de un difusor dentro del mercado de la publicidad televisada y sus ingresos publicitarios está en función de su posición dentro del mercado de la audiencia o los telespectadores y de su cuota de pantalla). Podría destacarse que, en 2000, el retroceso que estaban experimentando ya otras plataformas de TV de pago y las de titularidad estatal no se hacía aún sentir entre las cadenas comerciales financiadas a través de la publicidad. En ese año 2000, la publicidad había sido la principal fuente de ingresos de los organismos de radiodifusión televisiva y, tras varios años de continuo crecimiento, el mercado bruto de la publicidad en TV se situó en 22.500 millones de euros (un 8 % más que en 1999).

Con la llegada de 2001 comenzó una tendencia regresiva, lo que vino a traducirse en un recorte de los ingresos por publicidad del 6,3 % con respecto al año anterior. Ello se debió, principalmente, a los resultados insatisfactorios registrados por las entidades comerciales tradicionales de radiodifusión afectadas por una crisis global en el mercado de la publicidad. En ese año, la decepcionante evolución económica a escala mundial incidió directamente sobre el gasto en publicidad, incluida la publicidad televisiva. Para 2002, las previsiones eran las de una estabilización del mercado publicitario y, para 2003, la de una recuperación del mismo y, en 2004, se verificó una efectiva recuperación con un incremento del mercado bruto de la publicidad del 7,2 % respecto al año anterior. De esta manera, el mercado de la publicidad televisiva se situó en 2004 aproximadamente al nivel de 2000 en términos nominales.

Si nos centramos en la situación en el mercado español, puede observarse como en 2006 el segmento de la publicidad experimentó un incremento del 7 %. La TV y los diarios seguían siendo los medios preferidos por los anunciantes y se repartían el 44,5 % y el 25 % del total, respectivamente (Diario *El Mundo* de 1 de marzo de 2007). Esta tendencia al alza tuvo su punto de inflexión en 2007 y, en 2008, llegó a producirse una contracción del 11,2 %. Para 2009 la previsión era la de una contracción del 11 % (Fuente *RTVE*). Lo anterior revelaba la influencia de la crisis global sobre el mercado de la publicidad y, en especial, de la publicidad televisada un momento de especial vulnerabilidad como era el de la transición a la TDT, que llevaría aparejada la multiplicación de cadenas y de oferta publicitaria.

También se hacían sentir a través de una drástica reducción de los resultados de las cadenas comerciales financiadas a través de la publicidad, como *Antena 3* y *Telecinco*. Los recortes de publicidad y su final eliminación para *RTVE* empeoraban, asimismo, la situación, ya de por sí deficitaria, de la Corporación y hacían necesario pensar en otros modos de financiación, como la tasa impuesta a los operadores de servicios de comunicación audiovisual y de telecomunicaciones, cuya legalidad, en este último caso, se encontraba en entredicho en la Comisión. Esta situación llevaba al Gobierno a adoptar reformas legislativas, como las que estudiamos al tratar del mercado de los telespectadores, a fin de atenuar las restricciones legales frente a posibles concentraciones de cadenas en abierto.

iii) Sobre la identificación del mercado de la publicidad televisada como mercado de referencia de producto y geográfico

Una correcta descripción sobre el modo de aplicar la prueba del monopolio hipotético puede ser la siguiente (Jiménez Latorre, F.; Cañizares Pacheco, E.; “*Dificultades para la definición del mercado relevante*”; Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino; Madrid, 18 de octubre de 2005; y, en idéntico sentido, Fabra, N.; “*Política de la Competencia: Definición del Mercado Relevante, Fusiones Horizontales y Remedios*”; Máster en Derecho de las Telecomunicaciones; Universidad Carlos III de Madrid; Octubre 2005):

“El test parte de un bien, por ejemplo, X, y un área geográfica, A, que conjuntamente determinan lo que podría denominarse el conjunto de partida - por lo general y para la Comisión, el conjunto de partida será lo más estrecho posible y se definirá atendiendo a los productos comercializados por la empresa o empresas objeto de investigación y al área geográfica donde operan -. A continuación, se supone que el suministro del bien X dentro del área geográfica A está controlado por un monopolista (el monopolista hipotético) que

decide incrementar de forma permanente los precios entre un 5 % y un 10 % y se evalúa si dicho incremento en precios resulta rentable:

- *Si resulta rentable, se podría concluir que el monopolista no enfrenta restricciones competitivas que le impidan incrementar los precios – es decir, que no existen sustitutivos de demanda u oferta – y que, por tanto, el bien X y el área geográfica A constituyen un mercado relevante.*
- *Que no resultase rentable indicaría que existen restricciones competitivas que impiden al monopolista hipotético incrementar los precios.*

Una posibilidad sería, por ejemplo, que los consumidores hubiesen redirigido su consumo hacia el bien alternativo Y. En este caso, Y ejercería una presión competitiva sobre X, por lo que X e Y deberían incluirse dentro del mismo mercado relevante.

También podría darse el caso de que los consumidores hubiesen decidido comprar el bien X a los productores situados en el área geográfica vecina B. En este caso, el mercado relevante debería ampliarse en su dimensión geográfica para abarcar las zonas A y B.

En el ejemplo, el test debería repetirse de nuevo considerando que el monopolista controla el suministro de X e Y (o, alternativamente, el suministro de X en el área A-B) e incrementa los precios entre un 5 % y un 10 %, de forma que – en su caso – sea posible detectar la existencia de otras presiones competitivas.

El ejercicio se repetiría hasta identificar el mercado relevante, que se correspondería con un conjunto de productos considerado en un área geográfica que “merezca la pena monopolizar” – esto es, donde un monopolista hipotético podría incrementar los precios de forma rentable.

De acuerdo con este marco analítico, para que dos productos formen parte del mismo mercado relevante no tienen por qué ser idénticos o ser considerados sustitutivos por la totalidad de consumidores. No es necesario que sean sustitutivos “perfectos”. Basta con que un número suficiente de consumidores esté dispuesto a sustituir un bien por el otro en respuesta a variaciones en los precios relativos.” (ver también “Prueba del SSNIP” en Pascual y Vicente, J.: “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 126, septiembre, 1997).

Como señala la Office of Fair Trading británica [“Competition Law Guideline: Market Definition (2004)”, disponible en <http://www.oft.gov.uk/>]: “No resulta necesario que todos los consumidores, ni siquiera la mayoría, sustituyan entre productos. La cuestión es si el volumen de compras potencialmente perdido es suficiente para prevenir que para un monopolista hipotético resulte rentable mantener los precios entre un 5 % y un 10 % por encima del nivel competitivo”.

El descrito es también el criterio manejado en las “Merger Guidelines” de 1992 mediante las que la Federal Trade Commission estadounidense daba cumplimiento a la sección 7 de la Ley Clayton que exigía al gobierno la definición de mercados apropiados como para que se produjera una lesión substancial de la competencia resultado de la operación notificada. Se

tratará de ir trazando círculos concéntricos desde la definición más estrecha geográfica y de producto hasta que el círculo trazado quede fuera, claramente, del mercado relevante.

Partiendo del anterior planteamiento teórico, la identificación del mercado de la publicidad televisada como mercado de producto dotado de sustantividad propia con respecto a los de publicidad basada en otros medios no plantea especiales dificultades dentro de las resoluciones de las autoridades de la competencia. En este caso, a diferencia del mercado de la audiencia o de los telespectadores, como consecuencia de la gratuidad de los servicios, la aplicación de la prueba del monopolio hipotético y de los criterios de sustituibilidad del lado de la oferta y del de la demanda no suscita dudas.

En este sentido, si bien es cierto que en nuestro país a lo largo de los últimos años los demandantes tradicionales de servicios de publicidad televisada han desviado sus pedidos hacia otros soportes, ello no puede interpretarse como indicador de sustituibilidad en la medida en que ha obedecido al dato de ser superior la demanda de aquellos servicios a la oferta. Ahondaría también en lo anterior la existencia de un marco específico para regular la inserción de publicidad en TV, frente al más general regulador de esa misma inserción en otros medios.

En especial el mercado de la publicidad televisada presenta perfiles que permiten diferenciarlo del de la publicidad en Internet. Esta última, se relacionará, por otra parte, más con los servicios de la Sociedad de la Información (descarga de contenidos a través de tecnologías *peer to peer*, sitios web como en el caso de *You Tube* o motores de búsqueda como *Google*) que con los de difusión televisiva (esta afirmación podría no ser tan rotunda en el caso de los servicios de TVIP que, además de servicios de difusión televisiva, son también servicios basados en IT; sin embargo, como ya se dijo, al tratarse de servicios de TV de pago, p.e. *Imagenio*, la inclusión de publicidad tenderá a no existir o a tener una importancia marginal). Ahora bien, sin dejar de ser cierto todo lo anterior, en el muy largo plazo y partiendo del escenario “todo IP” a que conducirá la convergencia tecnológica y la digitalización (incluso la red terrestre podría llegar a basarse en el mismo), los perfiles que hoy distinguen los mercados de la publicidad televisada y de la publicidad por IT tenderán a diluirse, como a diluirse tenderán también los que permiten diferenciar los servicios de difusión televisiva o comunicación audiovisual de los de la Sociedad de la Información.

P.e., ya entrado 2007, *Abertis* y *Microsoft* suscribieron un acuerdo de I + D para trabajar conjuntamente en el desarrollo de la TV digital terrestre a través de Internet. En virtud de este acuerdo, el operador de telecomunicaciones y el proveedor de *software* se pondrían manos a la obra de diseñar una plataforma tecnológica basada en el entorno visual del nuevo sistema operativo *Windows Vista* y *Windows XP*, utilizando *Windows Presentation Foundation* como interfaz gráfica de última generación y aportando herramientas DRM para la protección de los derechos de autor sobre los contenidos (Fuente *Cinco Días*).

De otra parte, tampoco plantearía discusión la dimensión nacional del mercado geográfico de referencia de la publicidad televisada conforme a los mismos criterios del grado de sustitución de la oferta y del de la demanda (lo que vendría avalado por la dimensión nacional del mercado superpuesto de la audiencia o de los telespectadores). En el caso de la publicidad en IT, el mercado geográfico de referencia se correspondería más bien con una determinada comunidad lingüística atendiendo más a criterios de sustituibilidad de la demanda que de la oferta (*Vid Supra*).

Todo este planteamiento sobre definición del mercado de la publicidad televisada como mercado de producto y geográfico de referencia tendría que ser confirmado a través de la aplicación de los elementos de prueba habitualmente utilizados por la Comisión: **(i)** pruebas de sustitución en el pasado hacia otras formas de publicidad, elasticidad propia de la demanda de publicidad televisada o cruzada con la de publicidad en otros medios, preferencias muy definidas de los anunciantes, mayor certidumbre sobre su eficacia que la de otros medios, etc.; todo ello en relación con la definición del mercado de producto; **(ii)** desvíos de pedidos hacia otros mercados nacionales, características básicas de la demanda conformada por los anunciantes, opiniones de los anunciantes, etc.; lo anterior respecto de la delimitación del mercado geográfico de referencia.

iv) Sobre el entorno normativo del mercado de la publicidad televisada

Con relación al entorno normativo dentro del cual se desenvuelve el mercado de la publicidad televisada, pasamos a enunciar las que podrían ser las principales conclusiones, distinguiendo en función de que nos encontremos ante el ordenamiento jurídico comunitario o ante el nacional español.

Dentro de la normativa europea, se encuentran muy diversas normas que disciplinan la publicidad televisada por TV. Sin necesidad de reiterar cuáles son esas normas, lo que ya se hizo en el apartado correspondiente, sí cabrá destacar aquí, en sede de conclusiones, que dichas normas se agrupan en torno a tres bloques, a saber: **(a)** las que, en general, se refieren a la protección de los consumidores y usuarios; **(b)** las que, más en concreto, disciplinan la actividad publicitaria; **(c)** las que, más en concreto aún, regulan la comunicación comercial, audiovisual, respecto de la que la publicidad televisiva es sólo una de sus formas; y **(d)** las que se ocupan de la publicidad en internet. Dentro del primer bloque, especial importancia tendrían las normas que regulan a favor de los consumidores y usuarios el ejercicio de las acciones de cesación en diversas áreas como podrían ser las ventas de bienes de consumo, las ventas a distancia o por IT y las que buscan proteger a los propios consumidores frente a la publicidad desleal. Dentro del segundo bloque, descollarían algunas directivas que disciplinan la publicidad del tabaco, de los medicamentos o de las propiedades saludables y nutricionales de los alimentos, así como la publicidad engañosa y la comparativa. Finalmente, dentro del tercer y cuarto bloque, las normas esenciales en cuanto a la regulación de la publicidad televisada y en internet, respectivamente, tendrían que ser la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual y la Directiva de Servicios de la Sociedad de la Información.

En lo demás, sólo destacar la adaptación a toda esta normativa europea de la nacional de que pasamos a ocuparnos. Dentro de esta última, en los epígrafes correspondientes, distinguimos entre dos bloques de normas, a saber: **(a)** uno referido a la regulación de la actividad publicitaria, en general; y **(b)** otro más centrado en la regulación de la publicidad televisada. Dentro del primer bloque, la norma principal a la que estar será la Ley General de Publicidad de 1988, en su redacción vigente, en la cual se regulan las diferentes formas de publicidad ilícita (la vulneradora de derechos y valores constitucionales, la lesiva para la integridad física o moral de los menores, la engañosa, agresiva y, en general, desleal, la subliminal o la que infrinja la legislación sectorial - como la que disciplina la publicidad del alcohol o del tabaco), se tipifican los diversos contratos publicitarios (contrato de publicidad, contrato de difusión publicitaria, contrato de creación publicitaria y contrato de patrocinio) y se perfilan sus elementos personales (anunciante, agencia de publicidad y medio de

publicidad). Sin salir de ese primer bloque, otras previsiones atinentes a la regulación de la actividad publicitaria las encontraríamos fuera de la Ley General de Publicidad, en normas, como p.e., la vigente Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios o en la de Ordenación del Comercio Minorista; en términos como los que se dejaron expuestos en los epígrafes correspondientes.

Inciendiando sobre el segundo de los bloques antes enumerados, el conformado por la normativa reguladora de publicidad televisada, la norma esencial resultaría ser la Ley General de Comunicación audiovisual de 2010. La Ley se ocupa de las figuras de la publicidad televisada, del patrocinio televisivo, de la televenta y del emplazamiento de producto, en línea con las previsiones de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual, introduciendo importantes restricciones relativas a la identificación, colocación y limitación temporal de la publicidad televisada. Más allá de lo que sería la estricta implementación de la Directiva, regula ciertas modalidades específicas de comunicación audiovisual como la telepromoción, la autopromoción o el patrocinio cultural. Además incluye su propio listado de comunicaciones comerciales audiovisuales ilícitas que habrá que superponer a las causas de ilicitud provenientes de la normativa que, con carácter más general, ordena toda la actividad publicitaria. Finalmente, dentro de este segundo bloque habría que incardinar también la Ley 8/2009 que, como sabemos, ha terminado de vetar el acceso de la Corporación RTVE al mercado español de la publicidad televisada.

De todo lo anterior, lo más directamente relacionado con los objetivos de la tesis sería la existencia de una regulación muy prolija de los servicios de publicidad televisada que, si bien podría no dar lugar a barreras normativas de entrada en sentido estricto, sí, al menos, generaría importantísimas restricciones normativas indirectas que modularían el acceso al mercado sobre todo del lado de la demanda (p.e., anunciantes de ciertas bebidas alcohólicas); aunque también del de la oferta (p.e., normas sobre colocación y tiempos de la publicidad).

v) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de la publicidad televisada

El análisis del mercado de la publicidad televisada pasaría por la fijación de la cuota correspondiente a cada uno de los difusores oferentes de publicidad dentro del mismo. Como hubo ya oportunidad de reseñar al tratar del mercado superpuesto de la audiencia o de los telespectadores, dado el peso de la marca en toda esta materia (no será lo mismo un minuto de publicidad en una cadena que en otra), parece que el criterio del valor de las ventas (cantidad de dinero obtenida por la venta de publicidad; así en el caso *Antena 3* en el que la Audiencia Nacional se centro en “la inversión publicitaria” y también la DG4 en *HMG* atendió al criterio del valor de las ventas) ofrecerá una imagen más fiel del poder de mercado atribuible a cada uno de los agentes que el del volumen de esas mismas ventas (expresado, Vg., en minutos de publicidad vendidos).

Por ejemplo, en nuestro país, la CMT observaba en su Informe Anual correspondiente a 2006 que las cadenas que más ingresos percibieron, *Antena 3 Televisión* y *Gestevisión Telecinco*, no fueron las que mayor número de minutos de publicidad emitieron. El operador con mayor ocupación publicitaria facturable fue *TVE* con 245.795 minutos. Esta cifra de minutos era casi el doble de lo que emitían los líderes del mercado, *Antena 3 Televisión* con 128.483 y *Gestevisión Telecinco* con 139.749 minutos de publicidad facturable. Aunque *TVE* emitió mayor número de minutos de publicidad debido a que poseía dos canales de ámbito estatal, su ingreso medio por minuto de publicidad (excluida la autopromoción) era

significativamente inferior al obtenido por las dos principales cadenas privadas. A este respecto se observaba que *Antena 3 Televisión* seguía siendo la que más caro facturaba su minuto de publicidad, con 6.257 euros por minuto. Le seguía el líder del *share* de audiencias del mercado, *Gestavisión Telecinco*, con 5.657 euros por minuto. A continuación, *TVE* y *Sogecable* ingresaron 2.825 y 2.501 euros por minuto respectivamente. *La Sexta*, ingresó 1.568 euros por minuto. A efectos ilustrativos también, según las cifras que manejaba *Telecinco* para fechas posteriores, sus precios eran un 7 % superiores a los de *Antena 3*, un 8 % a los de *Cuatro* y un 18 % a los de *La Sexta* (Edición digital de *Cinco Días* de 07/05/2010).

Por otro lado, el criterio de la cuota de pantalla, que define directamente la posición del difusor dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores, será un indicador relativo del poder disfrutado por ese mismo difusor dentro del de la publicidad televisada, pero no tendrá por qué necesariamente expresar de un modo exacto su posición dentro de este último (p.e., en el caso *HMG*, la existencia de importantes limitaciones legales suponía que los organismos públicos de difusión no pudieran llegar a tener en el mercado de la publicidad televisada toda la participación que les permitirían sus niveles de audiencia). Las cuotas dentro del mercado de la publicidad televisada expresadas sobre todo atendiendo al valor de las ventas permitirán definir si el mercado se encuentra concentrado (monopolio, duopolio u oligopolio) o no.

Al margen de las labores de análisis de un mercado desarrolladas a propósito de un caso concreto (aquí, por ejemplo, los casos *HMG*, *Antena 3*, *Cuatro* o *Atres*), que supondrán definir un escenario concreto con el que relacionar una operación o práctica restrictiva determinadas, es dable realizar otras de análisis de un mercado nacional – el geográfico de referencia - cualquiera al margen de cualesquiera de las operaciones o prácticas referidas. En nuestro caso ese mercado nacional tendría que ser el español, donde el principal sistema de distribución de los servicios de publicidad televisada sería la plataforma de TV terrestre, por ser el principal soporte de los servicios de TV en abierto.

Si tomáramos, por ejemplo, la situación en el primer semestre de 2006 (<http://www.pressgraph.es/fotos/04-marcom.pdf>), la situación podía ser la siguiente: *Tele 5* disfrutaba una cuota del 31,3 % dentro del mercado español de la publicidad televisada (512,2 millones de euros facturados), *Antena 3* la del 28,1 % (460,1 millones de euros facturados), *RTVE* la del 22,8 % (374 millones de euros facturados), *Cuatro* la del 5,4 % (88 millones de euros facturados), *La Sexta* una cercana al 1 % (dato aproximado partiendo de unos ingresos trimestrales de 8 millones de euros facturados) y, por último, las autonómicas en su conjunto disfrutaron de una cuota del 11,9 % (195,3 millones facturados). Los datos correspondientes a todo el ejercicio 2006 (Fuente: *Infoadex*) no variaban mucho con respecto a estos: *Telecinco* tuvo un 30,9 % (953,7 millones de euros), *Antena 3* un 27,1 % (837,4 millones), *RTVE* un 22,4 % (692,5 millones), *Cuatro* un 6 % (186,6 millones), *La Sexta* un 1,6 % (48,2 millones).

Estas cuotas de mercado arrojarían un IHH de, aproximadamente, 2.461, lo que permitiría catalogar el mercado español de la publicidad televisada como de concentración elevada conforme al criterio de la Comisión. Vimos que el mercado superpuesto de la audiencia o de los telespectadores en España era, en cambio, de concentración moderada y lo anterior podría explicarse por la existencia de unos mayores ratios de eficiencia presentados por determinadas cadenas (así, p.e., *Antena 3* y *Telecinco* cobrarían tarifas más elevadas que *Cuatro* o *La Sexta*, más necesitadas de ganar audiencia; es decir, que aquellas aprovecharían

mejor que las segundas sus niveles de audiencia para traducirlos en ingresos y cuota dentro del mercado de la publicidad televisada).

En lo demás, el mercado español de la publicidad televisada sería un mercado maduro, con tendencia natural al oligopolio y en el que la existencia de un corto número de competidores podría llegar a propiciar la colusión, todo ello por razones idénticas a las expuestas al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores.

Partiendo del Informe Anual de la CMT correspondiente a 2006, los ingresos por publicidad (en un sentido amplio comprensivo de la televenta y el patrocinio) suponían el 69 % de los ingresos de la TV en abierto en nuestro país. A pesar del incremento de la competencia a consecuencia de la entrada de *Cuatro* y la *Sexta*, los ingresos publicitarios de *Telecinco* y *Antena 3* experimentaron un incremento del 6,1 % y del 0,5 %, respectivamente. Este dato se explicaba en parte por los decrementos de los ingresos comerciales de los operadores públicos y que fueron del 2,2 % con respecto a 2005. Pese a ello, a finales de 2006, los analistas (*JPMorgan*) alertaban del previsible declive de *Antena 3* y *Telecinco* e infraponderaba sus acciones a consecuencia de la irrupción de *La Sexta* y *Telecinco* (Fuente: Cinco Días de 28 de noviembre de 2008).

Esta situación podrá tender a revertir en el medio plazo como consecuencia de la digitalización y de la atenuación de las barreras normativas a la entrada, tras la supresión de la exigencia de concesión en la LGCA y su sustitución por la de simple licencia (título con una menor carga de intervención administrativa). Se mantiene, en cambio, la exigencia de concesión demanial para disfrutar de las frecuencias de espectro necesarias, aunque, en el medio/largo plazo también esta barrera de entrada tenderá a atenuarse, a consecuencia de la racionalización del espectro derivada de la digitalización. Lo anterior podría contribuir a desconcentrar el mercado español de la publicidad televisada, si bien determinados movimientos dentro del mismo, como las concentraciones entre *Telecinco* y *Cuatro* y *Antena 3* y *La Sexta*, no lleguen a producir un efecto contrario.

vi) Sobre la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de la publicidad televisada

(1) Ante concentraciones de empresas

Aún cuando, como hemos visto, la cuota disfrutada por un difusor dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores no tenga porque equipararse necesariamente a la ostentada por ese mismo difusor dentro del de la publicidad televisada, atendiendo a diversos factores como podrían ser, p.e., la existencia de una especial regulación de la publicidad emitida por los difusores públicos o a la de un mejor aprovechamiento de su marca (Vg. *Telecinco*) por parte de algunos privados, lo cierto es que el mercado de la publicidad televisada no deja de ser un reflejo, más o menos distorsionado, del de la audiencia o de los telespectadores. Dicho lo anterior, hay que advertir que los efectos restrictivos para el juego de la competencia derivados de concentraciones de empresas o de prácticas restrictivas (colusión o abuso) se hacen sentir más en el mercado de la publicidad televisada que en el de la TV en abierto, por ser el primero donde se plantea una verdadera relación comercial entre los medios y los anunciantes.

Se trata con este epígrafe de decidir en qué medida podrían llegar a plantearse concentraciones de empresas horizontales, verticales o conglomerales dentro del mercado español de la publicidad televisada y de calibrar su posible incidencia sobre el juego de la competencia en el mismo.

Podemos, ya y de antemano, dejar de lado el estudio de concentraciones verticales con incidencia en el mercado de la publicidad televisada, por razones coincidentes con las señaladas al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores: **(i)** no habría mercado descendente con respecto al de la publicidad televisada, el cual se integra a partir de servicios finales prestados a los empresarios (anunciantes) por los medios televisivos; **(ii)** no parece una opción en el mercado español actual una integración vertical entre una cadena prestadora de servicios de publicidad televisada y el operador de comunicaciones electrónicas que se encarga del servicio portador de difusión de la señal audiovisual (p.e., concentración *Antena 3/Abertis*); **(iii)** no es relevante el riesgo de concentración entre una cadena prestadora de servicios de publicidad y una productora de contenidos para TV en abierto, porque normalmente las cadenas en abierto o recurren a la producción propia o cuentan con una productora propia como entidad controlada.

Tampoco parece necesario profundizar sobre el fenómeno de las concentraciones conglomerales con incidencia en el mercado que ahora estudiamos. Lo anterior sí podría llegar a plantearse en un escenario de pleno desarrollo de la TDT interactiva si, por ejemplo, una cadena de TV en abierto se concentra con otra que ofrece servicios interactivos de modo que la nueva entidad pueda ofrecer a los anunciantes servicios avanzados de publicidad interactiva. Sin embargo, no es éste el escenario a día de hoy.

Una concentración horizontal dentro del mercado español de la publicidad televisada pasaría porque al menos dos cadenas de TV comercial se concentraran. Cabría pensar en otras fórmulas como la de que varias cadenas de TV crearan una empresa en participación para actuar en el mercado de la publicidad televisada (agencia de publicidad conjunta), sin embargo sería la anterior más una fórmula de colusión o concertación que de concentración, pues muy probablemente esa empresa conjunta no llegaría a tener plenas funciones.

Como supuesto fronterizo tanto con la concentración/integración como con la concertación/colusión citan los autores el de las *joint venture* que presenta los caracteres de un acuerdo de cooperación entre operadores económicos pero también los de la unificación de empresas. El acento habrá que ponerlo en este caso en el hecho de si las empresas involucradas mantienen o no una independencia económica o jurídica.

En este punto, para determinar en estos casos la existencia de concentración eran factores a los que atender señalados por la doctrina [Ver Alonso Soto, R.: artículo “*El control de las concentraciones económicas*”, compilado por Uría, R. y Menéndez, A. en “*Curso de Derecho Mercantil*”, Tomo I. Civitas Madrid 1999. Pág. 319; “*Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre liberalización de los servicios*”, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, 4 tomos, Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, págs. 653-669; “*Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y las principales novedades*”, en Beneyto Pérez (dir.) y Maillo González-Orús (coor.) “*El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*”, Bosch, Barcelona 2002, págs. 289-303] los siguientes: **(i)** que hubiera un control conjunto de la empresa en participación por parte de las matrices; **(ii)** que la empresa en participación fuera realmente persona jurídica independiente; **(iii)** que la

constitución de la empresa en participación significase un cambio estructural permanente y duradero; y (iv) que no existiera coordinación de las estrategias competitivas de las matrices o que la empresa en participación no se utilizase con ésta finalidad.

Tras la regulación del fenómeno de las concentraciones a través de su propio instrumento, es ya clara la diferenciación de trato que ha de darse a las mismas con respecto al fenómeno de la colusión – vertical u horizontal – que encuentra acomodo en el actual Art. 101 del Tratado. Como subrayan los autores (García Martínez, R.: *“La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia”*; publicado en la Revista del Poder Judicial n.º 64 de 2002), si bien la década de los ochenta conoció una etapa de continuas fusiones entre empresas, en la de los noventa tendió a predominar la cooperación empresarial.

Dentro de la teoría de la cooperación empresarial desarrollada por los estudiosos de la economía vienen a distinguirse diversas formas de cooperación. En particular, se habla de cuatro, dos de las cuales participan claramente del carácter de acuerdo vertical, una tercera con connotaciones de acuerdo horizontal y otra cuarta en la que, en función de las circunstancias, podrá predominar uno u otro componente o no darse ninguno. Responden al modelo del acuerdo vertical – ya tratado – la denominada “cuasi-integración vertical”, que alude a la relación que se da entre una empresa y sus subcontratistas, y las llamadas “asociaciones de valor”, que recogen la cooperación vertical sobre la cadena de valor añadido (sinergia vertical) del producto (como, p.e., la que pudiera darse entre una cadena de TV y una productora de obras audiovisuales). Responden más bien al esquema de acuerdo horizontal las llamadas “cuasi-empresas” que comprenden varias empresas que cooperan entre sí manteniendo su entidad. Por último, estarían los “acuerdos híbridos” como acuerdos de organización que utilizan recursos y estructuras de gobierno de dos o más organizaciones preexistentes (a este esquema podría responder el planteamiento de empresa-red que puede actuar en mercados entre los que no existe una relación vertical u horizontal propiamente dicha; ¿acuerdo conglomeral?).

Se pretende tratar el fenómeno de la cooperación como fenómeno unitario que comprenda todas esas fórmulas, definiéndola como *“un acuerdo entre dos o más empresas independientes, que uniendo o compartiendo parte de sus capacidades y/o recursos, sin llegar a fusionarse, instauran un cierto grado de interrelación, con objeto de incrementar sus ventajas competitivas”*. La explicación de ese enfoque unitario se encuentra en el hecho de que las empresas, cada vez más por efecto de la globalización, tienden a competir en mercados cada vez más vastos e interrelacionados lo que les demanda estructuras económicas cada vez más flexibles y una asignación de recursos cada vez más eficiente.

Las notas que para García Martínez (Ídem; Pág. 17) definen toda cooperación (incluida, por ende, la horizontal) son:

- 1.^a *“La cooperación es independiente de la forma oral o escrita en que se adopte el Convenio; abarcando incluso los llamados “pactos de caballeros”.*
- 2.^a *La cooperación solapa e incluso sustituye las relaciones de mercado por las relaciones organizativas creadas mediante el vínculo cooperativo.*
- 3.^a *La cooperación es un acuerdo único y producto de empresas soberanas, que continúan manteniendo su personalidad jurídica, su autonomía patrimonial, su propia cultura y su estructura de gestión independiente.*

- 4.^a *La cooperación supone siempre una reducción en el ámbito de la autonomía para adoptar determinadas decisiones que necesariamente habrán de ser compartidas con las empresas coaligadas.*
- 5.^a *La cooperación supone una relación igualitaria que persigue el consenso en la toma de decisiones; así, no se considera Cooperación “aquella unidad económica compuesta por personas jurídicas formalmente independientes, en las cuales funciona con preeminencia el principio de jerarquía”.*
- 6.^a *Los acuerdos de cooperación deben identificar a las empresas que en ellos participan, precisando las actividades que se van a realizar en colaboración.*
- 7.^a *La cooperación es, por naturaleza, de duración limitada; esta temporalidad supone una importante dosis de dinamismo que tiene como consecuencias continuos cambios en los niveles de compromiso alcanzados mediante el acuerdo”.*

Abandonando ya el plano teórico de la diferenciación entre concentración y cooperación/colusión, sin apartarnos del ejemplo, utilizado al tratar del mercado de los telespectadores, de la concentración de *Antena 3* y *Telecinco*, y tomando como referencia la situación en el mercado español en 2006 que se dejó expuesta, habría que superponer a ese escenario pre-concentración otro post-concentración para de esa puesta en relación concluir si la operación podría llegar a obstaculizar de modo significativo el juego de la competencia en el mercado español de la publicidad televisada, en particular, mediante la creación o refuerzo de una posición dominante que pudiera degenerar en abusos de la misma o, más en general, por la creación de un ambiente propicio a la colusión en ese mismo mercado.

El mercado español de la publicidad televisada sería en ese caso mercado de referencia en el que pasaría a estar activa la nueva entidad nacida de la concentración (*A3/T5*) por la existencia de relaciones horizontales, pues las dos partes de la concentración estarían activas en el propio mercado español de la publicidad televisada y, a resultas de la operación, llegarían a quedar con una cuota combinada en dicho mercado muy superior al umbral del 15 % fijado en el formulario de notificación incorporado como Anexo en el Reglamento de Aplicación del europeo de concentraciones y, en idéntico sentido, en la normativa española. En concreto la cuota de la nueva entidad sería la del 59,4 %.

A esta cuota de mercado no cabría darle el valor de absoluta, en el sentido de bastar por sí sola para determinar una posición dominante, pero sí, cuando menos, un valor relativo porque, a la vista de los factores concurrentes, podría ser perfectamente determinante de esa misma posición dominante. Baste aquí con retener este dato, sin perjuicio de profundizar sobre el mismo al ocuparnos de los abusos de posición dominante dentro del mercado español de la publicidad televisada. Lo anterior valdría para descartar la hipótesis de que tal concentración no fuera a tener en ningún caso un impacto anticompetitivo importante sobre el mercado de referencia, con lo que sería necesario realizar mayores indagaciones sobre la misma. El IHH tras la concentración sería de 4.220, mientras que en el escenario pre-concentración era de 2.460, es decir, que Delta sería 1.760. Con estos umbrales, y conforme al criterio de la Comisión, no cabría descartar que la operación tuviera importantes efectos anticompetitivos.

Los efectos anticompetitivos no coordinados arrancarían de la neutralización de la competencia que hasta la operación vendría enfrentando a *Telecinco* y *Antena 3* dentro del mercado español de la publicidad televisada, que sería el principal núcleo de presión competitiva dentro del mismo. Determinados factores agravarían estos efectos, como la elevada cuota de mercado de ambos operadores o la capacidad de la nueva *A3/T5* para

impedir la expansión del resto de operadores, con cuota muy alejadas dentro del mercado de la publicidad, protagonizando abusos anticompetitivos como los que referiremos. Otro factor de agravación podría venir conformado por la dificultad para que los anunciantes pudieran optar por otros proveedores, atendiendo a la diferencia de *share* o cuota de pantalla de las otras cadenas.

El riesgo de efectos anticompetitivos coordinados no sería significativo en cambio, por la escasa cuota de mercado de los otros operadores privados en 2006 (*Cuatro* y *La Sexta*) y por la especialidad del servicio público televisivo, desarrollado entonces por *RTVE* y las autonómicas, que las haría inasequibles a cualquier riesgo de coordinación en este sentido con las cadenas privadas.

En cuanto a los neutralizadores, no cabría plantearse la existencia de poder compensatorio del lado de la demanda. La demanda dentro del mercado de la publicidad televisada, sin llegar a ser tan dispersa como la existente dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores (comunidad de televidentes), tampoco llegaría a unos niveles de concentración tales como para permitir concluir que pudiera ejercer algún poder compensatorio sobre la oferta (mucho más concentrada, como acabamos de ver). En este sentido, puede observarse que el negocio de la publicidad en TV supuso en nuestro país en 2006 unos ingresos de 3.089,2 millones de euros siendo los cinco primeros anunciantes los siguientes: **(1.º) Telefónica** (175 millones); **(2.º) Procter&Gamble España** (102,8 millones); **(3.º) El Corte Inglés** (94,4 millones); **(4.º) Volkswagen- Audi España** (86,4 millones); y **(5.º) Renault España** (78,6 millones) (Fuente: El Mundo de 1 de marzo de 2.007). De lo anterior resultaría que sólo el primer anunciante (*Telefónica*) estaría por encima – por medio punto – del 5 % del volumen total de ingresos.

En cuanto al examen de la competencia potencial, cabría que con carácter prospectivo nos situáramos en un escenario algo posterior a 2006. En éste la competencia potencial se habría intensificado a raíz de la digitalización y de la atenuación de barreras de entrada consecuencia de la misma, como señalamos. No obstante no cabría que lo anterior pudiera, al menos de momento, tener un efecto de neutralización por diversas razones. Tal vez la más importante residiera en la progresiva limitación para que *RTVE* pudiera estar activa en el mercado de la publicidad televisada (hasta el extremo de haber sido desterrada de dicho mercado a través de la Ley 8/2009), lo que llevaría a que su cuota fuera absorbida por *A3/T5*, aumentando así los niveles de concentración del mercado.

Finalmente, sería más difícil el surgimiento de eficiencias dentro del mercado de la publicidad televisada que en el de la audiencia toda vez que los servicios de publicidad televisada se dirigen a anunciantes (empresas) en tanto que los de difusión televisiva van destinados a consumidores y usuarios (televidentes).

Es conclusión, una operación tal tendría que ser prohibida. Por esta razón las que más actualmente se planteaban en el mercado español de la publicidad televisada eran las que pasaban por la integración horizontal *Antena 3/La Sexta* (recientemente autorizada bajo condiciones; v. Adenda incorporada al tomo II) o *Telecinco/Cuatro* (caso ya estudiado). Con todo, la clave de análisis de estos supuestos tendría que ser la misma, si bien con las debidas adaptaciones.

(2) Ante abusos de posición dominante

(a) Aspectos generales

Se trataría de definir el riesgo de que llegaran a plantearse estas prácticas restrictivas de la competencia, restricciones de comportamiento, dentro del mercado español de la publicidad televisada, prácticas prohibidas por el Art. 102 del TFUE y por el Art. 2 de la LDC. De acuerdo con el Art. 102 TFUE: *“será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo”*; y, en parecido sentido, el Art. 2 de la LDC citado.

Como observan los autores (Calvo Caravaca; Goñi Urriza; *“El control de las concentraciones...”*; Op. Cit.; Pág. 66 y Ss.), los Arts. 101 y 102 TFUE (los antiguos Arts. 85 y 86 del Tratado) se ocupan de las dos principales formas de falseamiento de la competencia: *“**por un lado**, acuerdos y decisiones de asociación entre empresas que tengan, por objeto como efecto, impedir, falsear o restringir el juego de la competencia en el Mercado Común, así como las prácticas concertadas entre dos o más empresas con la misma finalidad o el mismo resultado, independientemente de la intención de las partes (artículo 85); y, **por otro**, los actos de explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado común o en una parte sustancial del mismo (artículo 86) [...]* Esta distinción hecha, entre ententes y abuso de posición dominante, estaba inspirada en el proyecto de Ley alemana contra las Restricciones de la Competencia, que se convertiría el 25 julio 1957, cuatro meses después del TCEE, en la llamada ley de Cáteles (Kartellgesetz) (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Bundesgesetzblatt (BGBl.) de 25 julio 1957. [...] Esta influencia del Derecho alemán en el TCEE estaba justificada porque la República Federal de Alemania era, en ese momento, el único de los seis Estados fundadores de la CEE que tenía una legislación completa y sistemática de defensa de la competencia (M. Daranas, «Examen crítico de la necesidad de un reglamento comunitario para el control de las concentraciones de empresas y de la introducción de este control en la próxima ley española de defensa de la competencia», Gaceta Jurídica de la CEE, serie D, núm. 52, 1988, p. 77).”

Como sostiene Alfaro Águila-Real, J. (*“Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”*; op. cit. § 3; Págs. 4 y ss.), la distinción formal entre el abuso de posición dominante del Art. 102 y la colusión del Art. 101 hay que cifrarla, en efecto, en el hecho de que en el primer caso nos encontremos ante la conducta unilateral de elevación de precios (o recorte de otras condiciones de calidad, innovación o cantidad) de la empresa que, por sí sola, disfruta de poder de mercado, mientras que en el segundo se trate de que varias empresas, cada una de las cuales carece por sí sola de poder de mercado, se ven en la necesidad de alcanzar acuerdos entre sí con el mismo fin.

Desde un enfoque material, el Derecho de la Competencia al prohibir unas y otras prácticas restrictivas persigue una misma finalidad cual es la de evitar que se genere un poder de mercado que pueda terminar traducándose en una subida de precios o en un empeoramiento de las condiciones aplicadas a los consumidores. Para este autor, dentro del Art. 101, tendrían que tener cabida sólo los acuerdos horizontales y no los verticales, en la medida en que estos últimos no generan poder de mercado. Esto último, según este autor, habría que reconducirlo a la estructura del abuso de posición dominante cuando alguna de las partes de

dicho acuerdo vertical ostente una posición dominante. Sin embargo, este planteamiento podría no ser del todo convincente en el caso de mercados oligopólicos: p.e., partiendo de un mercado de venta donde existan dos proveedores con una cuota de mercado del 50 % cada uno y otro de compra en el que existan dos compradores con una cuota del mercado de compra del 50 % cada uno, habrá que concluir que no existe posición dominante ni riesgo de abuso y, sin embargo, la existencia de acuerdos verticales de suministro o de compra en exclusiva entre cada uno de los proveedores y cada uno de los compradores si bien podrían no generar poder de mercado, sí contribuiría a que el de cada una de las partes no se viera erosionado por el juego de la competencia (las empresas darían por bueno este modelo de colusión y no competirían entre sí).

Por otra parte, los mismos Calvo Caravaca y Goñi Urriza (*Ídem*) calificaban de “laguna lacerante” la inexistencia de una norma relativa a las operaciones de concentración en el ámbito del TCEE a diferencia de lo acontecido en el TCECA. Esta diferencia de tratamiento se explicaba porque, mientras que en el caso del carbón y del acero “*el problema de las estructuras en el TCECA era, si no prioritario, (sí) tan importante como el de los comportamientos*”, por lo que resultaba vital refrenar los procesos de integración en esos sectores vitales para la economía de los estados miembros, en el ámbito del Mercado Común ese interés era más bien el contrario y se buscaba la creación de grandes grupos empresariales de dimensión europea capaces de hacer frente a los estadounidenses y japoneses que iban creando filiales en Europa. No obstante, también en este último ámbito comenzó a constatarse que no todo aumento dimensional de las empresas era beneficioso para la economía, sino que sus efectos podían ser nocivos, al disminuir el número de ofertantes o llegar a establecer una situación de monopolio en un mercado determinado (V. también M. A. Domínguez García, “*La eventual aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta*”, Revista de Instituciones Europeas, 1987, p. 369-381). Esta laguna tendría, en fin, que haber llegado a ser colmada con el Reglamento Europeo de Concentraciones hoy en vigor y ya antes por el anterior que resultó derogado por este último. Al primero de ellos es al que nos venimos refiriendo a lo largo de la tesis.

Retomando el riesgo de abuso en el mercado español de la publicidad televisada, cabría diferenciar la parte del **análisis estructural** de la del **examen de comportamiento**:

- ❖ **Análisis estructural.** Lo primero sería realizar un análisis estructural que permita definir si existe posición dominante individual o colectiva dentro de ese mercado. Así, la existencia de esta posición dominante pasaría por que uno o más proveedores de servicios de publicidad televisada dentro del mercado español ostentaran un poder de mercado tal que les permitiera adoptar un comportamiento independiente o inmune a la presión competitiva ejercida por sus proveedores, competidores o clientes y, además, fueran capaces de influir o determinar el comportamiento de esos otros agentes en el mercado, aún cuando pudiera subsistir una cierta competencia residual dentro del mismo.

Si referimos lo anterior a la situación del mercado español de la publicidad televisada en 2006, podríamos concluir la ausencia de posición dominante individual, lo que, de modo automático, nos llevaría a plantearnos la existencia de posición dominante colectiva. Necesitados de poner esa posibilidad en relación con la realidad de ese mercado español, nos referiremos, nuevamente, al caso de una posición dominante conjunta ostentada por *Antena 3* y *Telecinco*.

La cuota conjunta de estos operadores dentro del mercado español de la publicidad televisada en 2006 vimos que se situaba en torno al 60 %. Esta cuota de mercado raya en umbrales que las autoridades de la competencia sólo consideran relativos, es decir, que podría denotar una posición dominante siempre que ello resultase de la puesta en relación del anterior de la cuota con otros factores concurrentes.

Entre estos últimos podrían citarse los abultados resultados obtenidos por ambas cadenas a lo largo de un periodo dilatado de tiempo o el hecho de que las mismas hubieran venido aplicando precios elevados durante un periodo considerable de tiempo, sin, por ello, haber visto mermada su posición en el mercado. Otro importante factor de ponderación sería el de que la cuota de mercado en publicidad televisada del inmediato perseguidor, *RTVE*, se situaría en torno a un 22,8 %, es decir, muy por debajo de la mitad de la cuota combinada de *Antena 3* y de *Telecinco*.

Por ejemplo, en su sentencia de 9 de noviembre de 1983 (caso 322/81, *Michelin c. Comisión*; Rep. 3461) el Tribunal de Justicia consideró como cuota relativa la que se situaba entre el 57 y el 65 % en los mercados de los neumáticos de recambio nuevos para vehículos pesados porque la posición dominante se daba, partiendo de las mismas, dado que sus competidores sólo disfrutaban de cuotas del 4 y del 8 %. Con parecido criterio al del TJUE, la Comisión, en su decisión relativa al asunto *Tetra Pak* (Decisión 88/501/CEE, de 26 de julio de 1988, en el asunto IV/31043, *DOCE*, L-272, de 4 de octubre de 1988, p. 27) estimó que una cuota de mercado oscilando entre el 63 y el 66 por ciento a lo largo de un periodo de tres años constituía, por sí sola, prueba bastante de la existencia de posición de dominio teniendo en cuenta, además, que las cuotas de mercado del resto de los concurrentes directos para el mismo periodo era del 14,8 y del 6,3 por ciento.

Del mismo modo, serían factores concurrentes la débil competencia potencial, por las fuertes barreras a la entrada en el mercado español de los telespectadores (a pesar de la atenuación de la exigencia de título habilitante y de los efectos previsibles de la digitalización) y en el de la publicidad televisiva (más débil aún tras la prohibición de que *RTVE* se financie a través de publicidad), y residual por la incapacidad de expandirse del resto de competidores activos en el mercado de referencia, así como el débil poder de compra de los anunciantes, ninguno de los cuales disfrutaría de una cuota claramente por encima del 5 % del mercado de compra.

Por último, una importante cuota de mercado conservada sólo durante un cierto periodo de tiempo hasta la aparición de nuevos competidores demuestra que nunca se tuvo un verdadero poder de dominio. Esto resulta especialmente predicable de los mercados abiertos y emergentes que comienzan a desarrollarse con una fuerte expansión, como los mercados informáticos (Ver la decisión de 9 de noviembre de 1994, *MSG Media Service*, *DOCE* L 364 de 31 de octubre, núm. 55). En nuestro caso, muy probablemente esa cuota de mercado combinada de *Antena 3* y *Telecinco*, en torno al 60 %, se mantendría en un horizonte temporal que cabría situar entre los 3 y los 5 años.

- ❖ **Examen de comportamiento.** Pasando al examen de comportamiento, cabría considerar como elementos configuradores los siguientes: la *forma del comportamiento*, el *fin ilícito del comportamiento*, el *carácter culpable del*

comportamiento y el resultado lesivo para el juego de la competencia del comportamiento:

- **Forma del comportamiento.** La explotación abusiva de esa posición dominante podría revestir las más diversas formas, activas, p.e., subidas de precios, o pasivas, p.e., negativas a la inserción de mensajes publicitarios en las parrillas de programación de las cadenas. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991 (asunto C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c.*) se consideró constitutiva de abuso de posición dominante la conducta de la empresa concesionaria del monopolio de operaciones portuarias en el puerto de Génova consistente en la negativa a incorporar tecnología moderna, lo que llevaba a un mayor coste y dilación de las operaciones necesarias para la recepción de los servicios.
- **Fin ilícito del comportamiento.** El fin ilícito de tales comportamientos podría ser apreciado a la luz, p.e., del Art. 38 de la Constitución española que garantiza la libertad de empresa y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general, y considerando que cualquier iniciativa empresarial para ser libre y productiva precisa poder ser publicitada, o del Art. 51 que garantiza la protección de los consumidores y usuarios, lo que, ciertamente, pasaría por el acceso a los medios de los diversos mensajes publicitarios en condiciones de libre mercado.
- **Carácter culpable del comportamiento.** Además, resultaría bastante con que el comportamiento protagonizado por *Antena 3* y *Telecinco*, consistente en la explotación ilícita de su posición dominante, tuviera un carácter objetivamente culpable o mínimamente culpable. Así por ejemplo, ya en el *Memorándum sobre las concentraciones económicas en el Mercado Común de 1965*, señaló la Comisión que hay “explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa constituye **objetivamente un comportamiento culpable** respecto a los objetivos fijados por el Tratado”. A mayor abundamiento, decisión de 2 de junio de 1971 (DOCE, nº L 134, de 20 de junio de 1971; asunto *GEMA*) entendió la Comisión que el concepto de abuso es un concepto objetivo, independiente de toda idea de culpabilidad, de intencionalidad o de conducta reprehensible desde el punto de vista de la deontología profesional, cuando señaló que la discriminación en cuestión debía apreciarse de modo objetivo e independientemente de toda idea de culpabilidad.

En este entendimiento, han venido los autores considerando que la conducta de la/s empresa/s dominante/s cuyo carácter abusivo se trata de dilucidar debe entenderse y valorarse de forma objetiva, debiendo ese carácter abusivo inferirse de los rasgos económico-objetivos del acto, y no de la intención de su autor/es ni de la infracción de criterios morales. Pueden consultarse al respecto: Deringer: “*Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et commentaire des articles 85 a 94 du Traité*”, en *Revue du Marché Commun* de décembre de 1963, págs. 489 y 490; Braun/Gleiss/Hirsch: “*Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*”, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967, pág. 191; Dubois: “*La posición dominante et son abus: Art. 86 du traité de la CEE*” (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librairie de la Court de Casation), 1968; pág. 267;

Megret/Louis/Vignes/Waelbroeck: *“Le Droit de la Communauté Economique Européenne”*, Tomos I y IV: *La concurrence*, Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 67; Guyenot/d'Evegnée: *“European Antitrust Law of the Common Market”*, Paris: ed. économique, 1976; pág. 114; Gavalda/Parleani: *“Droit Communautaire des affaires”*, Paris: Litec, 1988, pág. 426.

E, igualmente, el Tribunal de Primera Instancia (sentencia de 1 de abril de 1993, asunto T-65/89 *BPB Industries y British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-389, apartado 70) cuando afirma que *“el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo y que, por tanto, el comportamiento de una empresa que ocupa una posición de dominio puede considerarse abusivo con arreglo al artículo 86 (actual 82) TCE, al margen de cualquier culpa. En consecuencia, la alegación del demandante según la cual BG nunca tuvo la intención de desanimar o debilitar a Iberian carece de incidencia alguna en la calificación jurídica – como abuso de posición dominante - de los hechos”*.

Dentro de la jurisprudencia del TJCE, probablemente sea la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21/2/1973 (as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 248) el paradigma de la objetivación, y en ella llega a afirmarse que *“el refuerzo de la posición de dominio por la empresa puede ser abusivo y prohibido cualesquiera que sean los medios o procedimientos utilizados al efecto, desde el momento en que tengan los efectos descritos”*.

Pero esta sentencia va mucho más allá del hecho de prescindir de la intencionalidad de la empresa para la calificación del abuso y alcanza al plano de la causalidad, pues afirma que, desde el momento en que llegue a producirse el efecto estructural del refuerzo de la posición dominante, no sólo resultará irrelevante para considerar la existencia de abuso de posición dominante la intencionalidad o negligencia de la empresa, sino incluso la propia existencia de vínculo causal entre el comportamiento de la empresa y ese resultado estructural del refuerzo de la posición dominante. Bien es cierto que esta sentencia hay que entenderla en el contexto histórico de la ausencia de mecanismos normativos comunitarios para el adecuado control de concentraciones (Vid Alonso Soto, R.: *“La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas”*; Comentario a la sentencia *“Philip Morris”*, de 17 de noviembre de 1987; en Revista de Instituciones Europeas 1988 p.769-788); lo que, sin duda, forzó al Tribunal a aplicar la figura del abuso conforme a unos esquemas propios del sistema de prohibición al que es ajeno.

Posteriormente, ha sido el propio TJCE el que ha debido moderar los excesos de *Continental Can*, que suponían acercar nuestro sistema al de prohibición norteamericano, al exigir el recurso de la empresa dominante a medios anómalos, con lo que ello conlleva de introducir elementos subjetivos desde el momento en que difícilmente podrá admitirse la falta de intención en la empresa dominante que recurre a medios anómalos. Así, en su Sentencia de 3 de julio de 1991 (caso C-62/86, *AKZO-Chemie c. Comisión*, Rep. I-3360, considerandos 69 y 70) afirma que *“el artículo 86 (actual 102) TCE,..., prohíbe a una empresa dominante eliminar a un competidor y reforzar así su posición de dominio recurriendo a*

medios distintos de los que corresponde a una competencia meritatoria". También en Hoffmann La Roche (1979) y DLG (1994) mantiene el Tribunal para la calificación del abuso las referencias a "*unos medios distintos de los que rigen una competencia normal de los productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores económicos*" y lo anterior, pese a afirmar en esa misma sentencia que "*el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo*". Y en el mismo sentido, el TJCE en su Sentencia *L'Oreal* de 11 de diciembre de 1980 y en otras posteriores.

La Comisión recoge también esta doctrina, entre otras, en su Decisión *British Midland c. Air Lingus* de 26 de febrero de 1992. Y del mismo modo, el TPI, de entre cuyas sentencias pueden destacarse la de *Irish Sugar plc*, de 7 de octubre de 1999, en la que se afirma que el artículo 86 (actual 102) del Tratado prohíbe a la empresa dominante que tenga comportamientos con los que refuerce su posición de dominio utilizando métodos diferentes a los propios de una competencia basada en los méritos y dirigidos a la expulsión de un competidor del mercado.

También hizo el TDC referencia a los medios diferentes de los que rigen una competencia normal en Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de febrero de 1999, as. 413/1997, *Airtel/Telefónica*, espec. funds. 6 y 7. Y, del propio modo, en su Resolución de 8 de marzo de 2000 (asunto *Retevisión/Telefónica*) reproduce los argumentos del TJCE en *Hoffmann-La Roche*, en términos como los siguientes: "*es un concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado*".

Es probablemente a partir de esta línea de revisión que puede apreciarse adecuadamente la dimensión o tensión objetivo/subjetiva del abuso. De este modo, no bastará cualquier restricción estructural para apreciar la existencia de abuso de posición dominante, sino que será exigible una culpabilidad, aún a título de culpa levísima. Así, más que de un comportamiento objetivamente culpable, como dice la Comisión, lo que parece una contradicción *in terminis*, pues un sistema de responsabilidad objetiva es uno en el que se prescinde de la culpabilidad, habría que hablar de un comportamiento mínimamente culpable. Otorgando relevancia a la intención, aunque sólo sea en el grado de una negligencia mínima presumible, puede verse Dubois: "*La posición dominante et son abus: Art. 86 du traité de la CEE*", op. cit., pág. 417; Focsaneanu: "*La notion d'abus dans les systèmes de l'article 86 TCEE*", en Van Damme, *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en Droit communautaire*, Collège d'Europe, Bruges, 1977, pág. 370; Marchini/Camia: "*La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: L'expérience américaine et les problèmes européens*", en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, de 1971, pág. 416.

La necesidad de ese comportamiento mínimamente culpable habría de ponerse en relación con la responsabilidad cualificada que, como sabemos ya, imponen las autoridades de la competencia a las empresas en posición dominante [se ha querido ver (Waelbroeck y Frignani) una excepción respecto de esta regla en la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1975 (asunto *General Motors* sobre

certificados de conformidad para vehículos importados en Bélgica), donde la falta de intención transgresora se consideró eximente de cualquier forma de abuso por parte de esta empresa].

Esta responsabilidad especial y cualificada determinará que la empresa dominante no pueda desarrollar comportamientos que sí puedan estarle permitidos a otros competidores (Vid, p.e.: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, As. T-65/89, *British Gypsum c. Comisión*, Rep. II-417, consid. 65, respecto de unos acuerdos verticales de compra exclusiva; la sentencia del TJCE en *Tetra Pak* 1994 respecto a una obligación de aprovisionamiento exclusivo vinculada a la venta de sus máquinas que limitaba a los clientes la posibilidad de elegir sus fuentes de aprovisionamiento y limitaba el acceso al mercado de otros productores; o la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de julio de 1992, as. 309/1991, *ACIMA c. Mutua Madrileña Automovilística* en cuanto a la facultad de no contratar y de elegir contratante de la empresa dominante).

Así, para apreciar la existencia de abuso de posición dominante, no sería necesario que las empresas dominantes, en nuestro caso *Antena 3* y *Telecinco*, buscaran o aceptasen, ni tan siquiera que previesen, los resultados anticompetitivos, sino que sería bastante que hubieran debido preverlos partiendo de la perspectiva que les brindaba su especial posición dentro del mercado.

Lo anterior no sería óbice para que el grado del dolo o intención pudiera jugar como criterio de graduación de la sanción. El anterior parece que fue también el criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia en *Liga Nacional de Fútbol Profesional* (Resolución de 10 de junio de 1993, asunto 319/92) cuando entiende que para el abuso no era necesario que la LNFP tuviera la iniciativa de la conducta enjuiciada, ni tampoco que su intención primordial fuera cerrar el mercado a las nuevas cadenas privadas de emisión libre, pues “*basta con que la conducta del que abusa de la posición de dominio pueda considerarse negligente*”.

- **Resultado lesivo del comportamiento.** Y, finalmente, en cuanto al presupuesto del resultado lesivo, en nuestro ejemplo, el mismo habría que cifrarlo, más que en que el mercado español de la publicidad televisada dejara de ser tan competitivo como habría llegado a serlo de no haberse dado tales conductas, lo que, realmente, no resultaría fácil de determinar, en una lesión del interés general por un mercado de la publicidad televisada eficiente, saneado y transparente y de los intereses particulares de los difusores activos en el mismo (primera línea de defensa); así como en el daño a los intereses de los competidores en los mercados de los bienes y servicios publicitados, que pueden verse excluidos al no poder publicitarlos frente a otros que sí puedan hacerlo (segunda línea de defensa), o de los consumidores o usuarios de esos mismos bienes o servicios publicitados, toda vez que la ausencia de esa competencia intermarcas dentro de los mercados correspondientes se traducirán en incrementos de los precios que les son aplicados o en rebajas de calidad o de innovación.

(b) Abuso explotativo

En principio, las formas bajo las que el abuso de posición dominante colectiva por parte *Antena 3* y *Telecinco* podría llegar a darse dentro del mercado español de la publicidad televisiva serían las dos básicas ya conocidas del abuso anticompetitivo y el explotativo.

Ambas modalidades de abuso (explotativo o de exclusión) responden a dos filosofías o sistemas sobre la forma en que debe actuar al Derecho Antitrust para preservar la competencia. Por otra parte, ambos pueden llegar a tener cabida dentro del sistema mixto impuesto a través del Art. 102 del TCEE (V. Marenco: “*Le due anime dell’articolo 86 TCE*”, en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionalli*, nº 1, Gennaio-Marzo di 1986).

El abuso de exclusión responde más a un sistema de prohibición. A través de su aplicación se pretende mantener la estructura competitiva (competencia residual y potencial) del mercado porque, se piensa, ello llevará, si bien de forma mediata, a preservar los intereses de los proveedores, clientes y en fin de los consumidores. El abuso explotativo responde a un sistema de abuso, o lo que es igual, prescinde de cualquier actuación sobre la estructura del mercado para pasar a reprimir sólo los comportamientos abusivos de la empresa dominante traducidos en sus tratos con clientes (consumidores si son clientes finales) y proveedores. Los intereses de todos los anteriores son directamente protegidos frente a las actuaciones concretas de la empresa dominante; es decir, que se trata más de curar que de prevenir y de actuar allí donde el mercado falla. Así, Focsaneanu (“*La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés euroéennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l’héméneutique de la Cour*” en RMC, nº 192 de janvier de 1976, pág. 158), con ocasión de la crítica de *Continental Can* (1973) y a la doctrina del abuso anticompetitivo, destaca que el artículo 82 TCE no está destinado a asegurar el mantenimiento de la competencia, sino a suplir la falta de competencia (argumento también sostenido por la defensa de *Continental Can*). Se trata del argumento más genuino de la tesis restrictiva, en opinión del profesor Pellisé (Op. Cit).

Inicialmente los autores llegaron a considerar que éste del abuso explotativo era el auténtico supuesto de abuso a que se refería el Tratado (Art. 86 anterior; hoy 102) y, paradójicamente, la actuación de las autoridades de la competencia ha llevado a que su inclusión dentro del Art. 102 resulte hoy mucho más discutida que la del abuso de exclusión, hasta el punto de que no existan unas orientaciones de la Comisión sobre abuso explotativo y sí las haya, en cambio, sobre el de exclusión.

Históricamente, la defensa por parte de la doctrina de una interpretación restrictiva del antiguo Art. 82 TCEE sobre la base de una argumentación de carácter histórico gramatical es lo que llevó a pensar que dicho precepto estaba pensado para el abuso explotativo (siendo el principal exponente Joliet con su “*Monopolization and abuse of dominant position*”. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970). Conforme a un criterio gramatical (o literal), lo primero que se observaba es que no se prohibía la posición dominante, ni tan siquiera el monopolio, de donde cabía inferir que no importaba a dicho precepto cuál fuera la estructura del mercado, sino sólo que la misma no llegase a traducirse en abusos (esta interpretación era aceptada en España, entre otros, por Bercovitz, A.: “*Normas sobre la competencia del Tratado de la CE*”, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por García Enterriá/González Campos/Muñoz Machado, Madrid, 1986, t. II, cap. XXV, pp. 327 y ss.; pág. 410; o Font Galán: “*La libre competencia en la Comunidad Europea*”; Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 247).

Por otra parte, centrando la atención en el listado del que hoy sería Art. 102, y sin dejar de reconocer su valor sólo ejemplificativo y orientador (*vid supra*), se observaban en él supuestos típicamente de abuso explotativo (aplicación de precios y otras condiciones no equitativas en las transacciones, limitaciones de producción o innovación en perjuicio de los consumidores, etc.). Puede verse al respecto Temple Lang: “*Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty*”, en *Common Market Law Review*, vol. 16, n. august de 1979, págs. 345 y ss.; Braun/Gleiss/Hirsch: “*Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*”, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1967, pág. 190; Gómez Segade: “*Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE*”, en *Actas de Derecho Industrial*, Tomo V, Madrid, 1978; pág. 115.

Al anterior criterio gramatical o literal, añadían los partidarios de la interpretación restrictiva del Art. 82 otros argumentos de Derecho histórico y comparado. Y es que, antes de darse redacción definitiva al citado precepto, estaba vigente el enfrentamiento entre un sistema, el de prohibición, encarnado en el modelo normativo norteamericano, que llegaba a postular la adopción de medidas estructurales de desconcentración sobre posiciones de dominio ya adquiridas para preservar el juego de la competencia dentro del mercado, y otro sistema, el de abuso, cuyo arquetipo era el modelo alemán del periodo de entreguerras, el cual, si bien permanecía indiferente ante las posiciones dominantes existentes en el mercado, reaccionaba frente a cualquier abuso de esa posición para reprimirlo (sobre este último modelo, puede consultarse Joliet: “*Monopolization and abuse of dominant position*”. Lieja: Martinus Nijhoff, 1970, pág. 163; Guyenot/D’Evegnée: “*European Antitrust Law of the Common Market*”, Paris: ed. économique, 1976; pág. 113; Korah: “*Introducción al estudio y práctica de la competencia en la Comunidad Económica Europea*”, Edición española a cargo de A. Fernández de Aràoz Gómez-Acebo. 1ª edición. Barcelona: Ariel, 1988, pág. 214; Goldman/Lyon-Caen/Vogel: “*Droit Commercial Européen*”, Paris: Dalloz, 1994; pág. 423).

Siendo el anterior el estado de los debates dentro de la doctrina, la opción del legislador comunitario por no adoptar medidas estructurales respecto de posiciones dominantes, sino sólo por sancionar su abuso sólo puede interpretarse como su alineamiento con el sistema alemán de abuso (V. Richemont: “*Art. 86 du Traité: l’abus de position dominante*”, *Droit et affaires*, Paris, 15-5-1970, pág. 6; Cerexhe: “*L’interprétation de l’Art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission*”, *Rev. Cahiers de Droit Européen*, n. 3 de 1972, pág. 294 y ss.; Focsaneanu: “*La jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes en matière de concurrence: VII- L’abus de position dominante*” en *RMC*, nº 190 de novembre de 1975; pág. 516).

Hechas las anteriores reflexiones de carácter más o menos teórico, y centrándonos en los riesgos de abusos explotativos en el mercado español de la publicidad televisada, tales riesgos habría que situarlos aguas abajo en las relaciones de las cadenas con los anunciantes, mas no aguas arriba frente a los proveedores de *inputs* para actuar en los mercados descendentes, superpuestos entre sí, de los servicios de publicidad y de la TV en abierto; ello por la fortísima posición de *Abertis* en transmisión de señal y, en el caso de las obras audiovisuales para TV en abierto, porque cada vez es mayor la producción propia de las cadenas o, al menos, a través de productoras verticalmente integradas.

Dentro de los abusos explotativos frente a los anunciantes cabría situar los mixtos, que afectarían a la segunda línea de defensa, es decir, que debilitarían la posición de los anunciantes en los mercados de sus productos o servicios respectivos excluidos de

publicitación frente a los de los competidores. En cuanto a los abusos explotativos puros, en el sentido de lesionar sólo los intereses económicos no concurrenciales de los anunciantes, parece que tendrían una menor virtualidad que los mixtos, habida cuenta la dificultad de que un abuso explotativo no llegara a debilitar la posición del anunciante frente a sus fuerzas respectivas. Por otra parte, vimos ya, p.e. al tratar del abuso de posición dominante en otros mercados, la preferencia de las autoridades de la competencia por derivar la figura del abuso explotativo hacia su variante mixta bajo la cual podrán ser calibrados los daños estructurales en el funcionamiento del mercado (v., p.e., Resol. del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 TCE de junio de 1997; as. r 202/1997, *Construcciones y Contratas*), dadas las dificultades que suscita la aplicación del abuso explotativo puro por tender a convertir a las autoridades de la competencia en autoridades reguladoras de las condiciones del mercado (precio, etc.), lo que resulta ajeno a su función.

Si nos centramos en la doctrina de la autoridad nacional de competencia española, podríamos empezar percibiendo una tendencia a derivar el análisis del abuso explotativo hacia el abuso de exclusión cuando ambas modalidades de abuso puedan percibirse en un mismo asunto. Así, por ejemplo, en la Resolución de 26 de septiembre de 2006 (Expte. 597/05, Emisión partidos de bolos) existía un abuso explotativo consistente en que la *Federación Española de Bolos* y la *Federación Cantabra de Bolos*, dentro del mercado ascendente de la inscripción de las peñas bolísticas en las competiciones oficiales organizadas por esas Federaciones, imponía a dichas peñas para poder inscribirse en esas competiciones la firma de un contrato de cesión exclusiva de los derechos audiovisuales de las principales competiciones de Bolos Palma a *Audiovisual Cantabria*. Sin embargo, lo anterior tenía su traducción en un abuso de exclusión dentro del mercado descendente de la venta de derechos audiovisuales sobre dichas competiciones a las cadenas de TV pues los derechos se cedían, en exclusiva y por largo tiempo, a favor de *Audiovisual Cantabria, S.A.*, con exclusión del mercado de compra de esos derechos de otros difusores como, por ejemplo, el denunciante *Radio Televisión Canal 8-DM S.L. (Canal 8)*.

Partiendo del anterior y de otros pronunciamientos podría sentarse que, si existe posibilidad de aplicar el abuso de exclusión, eso es, precisamente, lo que deberá hacerse antes de acudir a la figura, mucho más dada a la polémica, del abuso explotativo; y esto es justo lo que tienden a hacer también las autoridades de la competencia (sobre esta tendencia, también en el ámbito comunitario, V. Jacquemin: *“Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa”*; Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980; pág. 18-19). Esto responde también a un natural modo de ser de las cosas: lo primero será aplicar técnicas de prevención que preservando, en lo posible, una estructura competitiva de mercado no den ni tan siquiera ocasión a que el mercado pueda cerrarse frente a los competidores actuales o potenciales. Cuando no sea posible acudir a esta primera línea de contención, p.e., porque nos encontremos ante monopolios legales o naturales que no den pie a la competencia residual o potencial, estará ya justificado hacerlo a la segunda conformada por toda la doctrina referente al abuso explotativo.

En ambos casos, es dable entender que subyace la idea de la eficiencia en el sentido de bienestar de los consumidores. Esta idea estará latente en la prohibición del abuso de exclusión pues, a mayor competencia intermarcas dentro del mercado, menos presión al alza sobre los precios en sentido descendente, lo que beneficiará a los usuarios situados en el último eslabón de la cadena, los consumidores. Será más patente en el caso de la prohibición del abuso explotativo sobre otros empresarios que sean clientes pues el mismo dificultará que los mismos puedan trasladar beneficios aguas abajo hacia los consumidores. Y más patente

aún en la del abuso explotativo sobre los consumidores siempre que, como vimos, afecten al interés general, y no sólo particular, de los mismos.

No obstante, tampoco conforme a algún pronunciamiento de las autoridades de la competencia (Resolución del TDC de 27 de julio de 1999; as. *Ibertex*), podría descartarse del todo la opción del abuso explotativo puro, especialmente cuando el mismo se proyecte más sobre empresarios (en nuestro caso anunciantes) que sobre consumidores y usuarios protegidos por su normativa específica. En nuestro ejemplo, si el comportamiento abusivo de *Antena 3* y *Telecinco* se proyectara por igual sobre todos los anunciantes perjudicando los intereses concurrenciales de todos con la misma intensidad, algo difícil de imaginar en la práctica, podría seguir siendo de aplicación la figura del abuso explotativo puro (aun cuando pudieran tener una mayor prosperabilidad en sede contenciosa las acciones por competencia desleal al amparo de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal).

Las formas de manifestación del abuso explotativo serían difíciles de tasar en el ejemplo a que nos venimos refiriendo. Podríamos referirnos al **abuso por precios excesivos**, lo que, inevitablemente, conduciría a la dificultad de determinar qué precios habría que considerar justos y a la necesidad de que la autoridad de la competencia dictaminara sobre la posibilidad de que *Antena 3* y *Telecinco* pudieran haber aplicado esos precios de no haber disfrutado de una posición dominante colectiva (en este caso, una opción sería la de descontar los costes de prestación del servicio de publicidad televisada, teniendo en cuenta que serían mucho menores que para la prestación de los servicios de TV de pago por el menor valor *Premium* de los contenidos y por los altos niveles producción propia, para luego establecer una comparación con otros mercados nacionales europeos; este ejercicio aunque ha sido empleado en algún caso, p.e., en el caso de las tarifas de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, resulta muy complicado en la práctica).

Igualmente, podría pensarse en **abusos explotativos por la aplicación de condiciones no equitativas**, de cualquier clase que éstas fueran: inserción de los mensajes publicitarios en franjas de escasa audiencia, degradaciones de la calidad de la programación con impacto sobre la eficacia del mensaje publicitario, rebajas de tiempos, etc. Se cita como ejemplo de esta forma de abuso explotativo el caso *Eurofirma (1973)*, en el que la Comisión entendió que un comprador monopolístico infringió el antiguo artículo 82 cuando exigió derechos ilimitados sobre todas las patentes obtenidas de sus proveedores a través de contratos, así como el derecho a conceder licencias a terceros sin pago adicional. Son numerosos los ámbitos en los que esta forma de abuso explotativo puede llegar a brotar: mercados de los derechos de propiedad intelectual en los que las entidades de gestión aplican condiciones excesivamente onerosas (esto resulta muy frecuente en el mercado español, *vid infra*, y en el resto de los europeos: ver, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de abril de 1987, caso *Basset c. SACEM*, Rec. 1747), los de la distribución en los que las grandes superficies pueden imponer a sus proveedores condiciones casi draconianas, p.e., en relación con la aceptación de la devolución de géneros, etc.

Tanto esta modalidad de abuso explotativo como la anterior de los precios excesivos pueden responder a una desidia o dejadez a la que son muy dadas las empresas monopolistas, dada la comodidad de su situación por no sufrir con la presión competitiva procedente de otros agentes económicos. Es lo que los autores (Bellamy, C., y Child, G., *Derecho de la competencia en...*, ob. cit., p. 554) denominan “la vida fácil del monopolista”. Estos autores han puesto de manifiesto que el artículo 82 del TCE prohíbe “*limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores*” planteando que bajo este

precepto, calificado como de “vida fácil” podrían perseguirse los supuestos de “ineficiencia, pereza, falta de dirección o negligencia voluntaria”, pudiendo ser considerados como actos de abuso de posición dominante siempre que afectaran a las condiciones de comercio. Aunque, perseguir este tipo de conductas parece exceder con creces a la función que ha de cumplir el Derecho *antitrust*.

Por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989 (as. 395/87, *Tournier*, as. ac.110-241-242/88, *Lucazeau*, Rep. 2521, 2811) la pesadez de la maquinaria administrativa de las empresas no se consideró justificativa de los elevados precios aplicados. También en España, el TDC 1137 (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de diciembre de 1997, asunto 361/1995, *Funerarias de Madrid 2*, ap. 5) consideró la explotación abusiva partiendo de que la ineficiencia del monopolio funerario de Madrid redundaba en la aplicación de precios elevados. Contrastando con este último pronunciamiento, en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de enero de 1995 (as. 1149/94, r 103/94 *Pompas fúnebres del Baix Llobregat*) no consideró la existencia de esa explotación abusiva, precisamente, porque no parecía que la ineficiencia, en ese caso concreto, llegara a repercutir en los precios.

Y, del mismo modo, cabrían **abusos por contratos ligados**, cuando, por ejemplo, se obligara a los anunciantes a la contratación de tiempos de publicidad tanto a *Antena 3* como a *Telecinco*, aún cuando los mismos sólo estuvieran interesados en la contratación de los servicios de una de las dos.

También serían posibles **abusos explotativos por discriminación**. A una forma cualificada (v. Pellisé; Op. Cit. Pág 454) de esta clase de abuso explotativo se refiere el Art. 102 c: “*aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva*” (V. también Art. 2.2.d LDC). La generalidad de los términos de esta forma de abuso explotativo consistente en aplicar condiciones comerciales diferentes a supuestos idénticos permite entender que el mismo podría llegar a darse en el mercado español de la publicidad televisada cuando el acceso a la publicidad se facilitase en unas condiciones más onerosas a unos anunciantes que a otros. Esta práctica restrictiva sería el supuesto arquetípico del abuso explotativo mixto a que venimos haciendo referencia.

P.e., en la Resolución de 27 julio 2007 del TDC (Caso *Feima Mapfre* - AC 2007\1935), se trataba de que un tomador de un seguro de caución con *Mapfre*, *Herrera Martos*, entraba en disputa comercial con un cliente suyo, *Feima*, por impago de unas facturas a aquélla. *Herrera Martos* comunicó a *Mapfre* tal disputa en aplicación del contrato de seguro y al tiempo dio cuenta de la insolvencia supuesta de *Feima*. Aplicando una cláusula del contrato de seguro, *Mapfre* excluyó de la cobertura del seguro de *Herrera Martos* las deudas que con ella pudiera contraer *Feima* atendiendo a la insolvencia provisional de ésta. Esta última denunció a *Mapfre* por la vía del Art. 1.1.d) LDC alegando que su conducta la excluía del mercado. Posteriormente, el debate fue reconducido tanto por el SDC como por el TDC hacia la existencia de abuso de posición dominante dadas las alegaciones de “*que la base del abuso está en que la posición de dominio de dos o tres empresas de caución condiciona el crédito de todas las empresas en su relación con terceros*” o que “*la posición de dominio de Mapfre Caución le permite ante un aviso de insolvencia no comprobada dejar fuera del mercado de riesgo a Feima estando el abuso en la utilización de esa situación para obtener el resarcimiento de lo debido*”.

(c) Abuso anticompetitivo

Frente a los argumentos de carácter gramatical-literal e histórico-comparado en los que fundaban sus tesis los autores partidarios de la interpretación restrictiva, la tesis extensiva, cuyo principal exponente entre la doctrina fue el alemán Metsmäcker (“*Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 TCE des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*” en *Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein*, Frankfurt Amphoux Main, 1966, págs. 322 y ss.), recurrió a argumentos de índole sistemática y finalista. Partiendo de los fines del Tratado de establecer un mercado único en el que rigiera una competencia no falseada y de la puesta en relación del Art. 82 con el 81, pues ambos debían conformar un único sistema coherente de defensa de la competencia, mediante la prohibición del abuso de posición dominante debían poder atacarse aquellos comportamientos unilaterales protagonizados por empresas dominantes que mediante la consolidación o refuerzo de esa posición pudieran excluir del mercado a sus competidores actuales o impedir el acceso al mismo de los potenciales. Es decir que, partiendo de esta interpretación extensiva, el Art. 82 proscribía el abuso de exclusión o de orientación horizontal. Las tesis extensivas, centradas en la represión del abuso de exclusión, fueron las que encontraron pronto eco en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia. En este sentido, la sentencia pionera en esta línea interpretativa fue, sin duda, la de *Continental Can* Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. Págs. 244 y ss.).

Centrándonos en la realidad del mercado español de la publicidad televisada, probablemente, dado que el mercado de la publicidad televisiva es un mercado en el que, tradicionalmente la demanda ha sido superior a la oferta, un abuso de posición dominante colectiva por parte de *Antena 3* y *Telecinco* los más probable es que produjera una reducción de los ingresos de sus competidores dentro del mercado de referencia, más que su exclusión definitiva del mismo. P.e., *La Sexta* o *Cuatro* siempre contarían con demandantes potenciales para la inserción de sus anuncios, siempre que su programación fuera lo bastante atractiva. A lo anterior cabría añadir la integración de dichas cadenas dentro de grupos mediáticos con fuertes secciones de producción propia, *Mediapro* y *Sogecable*.

Además, habría que tener en cuenta la existencia de fuertes barreras de salida en el mercado de referencia de la publicidad televisiva y en el de los telespectadores. En efecto, resultaría difícil de imaginar que un operador en abierto, que contase con el título habilitante (concesión o licencia) para el servicio televisivo en abierto y con la concesión demanial que le permitiera el uso de determinados canales de frecuencias, terminase por dejar de emitir y ser excluido del mercado de la publicidad televisada (lo que sí sucedió, en cambio, en el mercado de la TV de pago con *Quiero TV*).

Igualmente se haría necesario ponderar la creciente limitación de la participación de RTVE en la “tarta publicitaria” – actualmente, como sabemos, supresión – de modo que su porción habría que esperar que se repartiera entre el resto de operadores, incluidos *Cuatro* y *La Sexta*, a prorrata de sus participaciones respectivas en el mercado de la publicidad.

Ahora bien, con ser la anterior la regla, tampoco sería del todo descartable que esa exclusión definitiva llegara a producirse. Especialmente, en un entorno global de crisis del mercado de la publicidad televisiva, como el que actualmente se vive, en el que el menor poder adquisitivo de los anunciantes respecto de los servicios de publicidad y la atenuación de la puja entre estos por la inserción de sus anuncios en las parrillas de programación

incidirían en una rebaja de los precios por tiempo de publicidad y, consecuentemente, de sus niveles de ingresos. Teniendo, en cuenta, además un escenario de próxima digitalización y de multiplicación de la oferta de publicidad televisada que podría llevar a las cadenas a no rebasar los umbrales críticos que les permitieran permanecer rentablemente en el mercado (ésta ha sido la base de las recientes reformas legislativas orientadas a eliminar las restricciones sobre participaciones recíprocas y propiciar las concentraciones horizontales entre difusores, cómo ha sido el caso de *Cuatro* y *Telecinco*).

En este último escenario no podría descartarse de antemano que los ingresos por publicidad de *Cuatro* o de *La Sexta* u otros operadores pudieran llegar a reducirse hasta el punto de no permitirles mantener una parrilla de programación lo suficientemente atractiva como para sobrevivir en el mercado de la TV en abierto. Habría que tener además en cuenta que el mercado de la publicidad televisada, y en esto el español no sería una excepción, se retroalimenta: los mayores ingresos por publicidad permiten la inversión en mejores contenidos – los mejores contenidos incrementan las audiencias – las mayores audiencias redundan en un incremento de los ingresos por publicidad – los mayores ingresos por publicidad vuelven a permitir, de nuevo, la adquisición de mejores contenidos y todo vuelve a empezar. El anterior sería un planteamiento de círculo virtuoso, pero también cabría el de círculo vicioso, para el que bastaría con hacer negativas las anteriores variables.

En cuanto a las formas que podría revestir el abuso anticompetitivo, habría que empezar por advertir que las Orientaciones de la Comisión sobre abuso excluyente no resultan de aplicación a los abusos de posición dominante colectiva. Lo anterior bien puede responder a que los abusos de posición dominante colectiva muchas de las veces tendrán que ser analizados en clave de colusión horizontal o cártel. No obstante lo anterior, podríamos, al menos, acudir a las orientaciones de la Comisión para determinar si el abuso de su posición dominante por *Antena 3* y *Telecinco* podría o no llegar a revestir alguna de las formas previstas en ese instrumento.

Empezando por los acuerdos exclusivos, dentro de estos, dado el escaso poder de los anunciantes, no podríamos plantearnos los acuerdos de suministro exclusivo o los incentivos de suministro exclusivo cuyo efecto sería el de obligar o animar a *Antena 3* y a *Telecinco* a prestar los servicios de publicidad sólo a determinados anunciantes. En cambio, si cabrían los acuerdos de compra exclusiva o los descuentos condicionales, que serían la contrapartida de los anteriores y que llevarían a que determinados anunciantes quedaran obligados o estimulados para contratar los servicios de publicidad televisiva de esos proveedores dominantes, en detrimento de los alternativos, como *Cuatro* o *La Sexta* u otros. No obstante, no podría concluirse que llegaran tales prácticas a tener una especial incidencia sobre un mercado español de publicidad televisada en el que esos otros difusores tendrían asegurada la demanda procedente de anunciantes alternativos.

La práctica de precios predatorios no resultaría fácilmente imaginable en la práctica, por lo costoso de la prestación de los servicios de TV en abierto, aún cuando no se alcancen los niveles de la prestación de servicios de pago. Sin embargo, tampoco cabría excluir del todo el recurso a tales prácticas por parte de *Antena 3* y *Telecinco*, cuando las mismas estuvieran dispuestas a incurrir en pérdidas en el corto plazo, con la expectativa de excluir a alguno de sus competidores en el medio plazo y de resarcirse en el largo plazo de las pérdidas sufridas mediante una nueva subida de tarifas, ya en un mercado menos competitivo. En las propias Orientaciones se hace referencia al asunto 62/86, *AKZO Chemie*/Comisión, Rec. 1991, p. I-3359, apartado 71, donde, al referirse a los precios inferiores al coste variable medio, el

Tribunal manifestó que “(...) *una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida (...)*”. En tal caso, parece que la forma más normal de afrontar esta práctica anticompetitiva pasaría por su consideración como cártel de precios (ver más abajo).

Otras formas de abuso anticompetitivo citadas en las Directrices resultarían de una menor virtualidad. La denegación de suministro o la compresión de márgenes, no podría darse por no existir ningún mercado descendente en el que compitan los organismos de radiodifusión y los anunciantes. La vinculación podría plantearse con respecto a mercados estrechamente vinculados al de la publicidad televisada (p.e., publicidad en radio o en internet) en los que pudieran estar presentes *Antena 3* o *Telecinco* y si impusieran la contratación en esos medios para la prestación de servicios de publicidad televisada. Sin embargo, ni existen referencias de lo anterior, ni, aunque las hubiera, tendría un excesivo interés su estudio, por llevarnos lejos de los objetivos propuestos.

(3) Ante prácticas colusorias (cártel)

(a) Aspectos generales

Se trata en este caso de determinar cuál sería el riesgo de que llegaran a darse en el mercado español de la publicidad televisada conductas de las previstas en el Art. 101 TFUE o 1 LDC. Se tratará de supuestos de conducta bi o multilateral lo que permitirá diferenciarlos de los casos de abuso de posición dominante de carácter unilateral.

P.e., la importancia de esta distinción, aunque referida a mercado diferente al de la publicidad televisada, se ponía de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a) núm. 269/2007 de 14 mayo (Vendedores profesionales de prensa - JUR 2007/333292). Se trataba de un procedimiento entablado por una asociación de quiosqueros (*Associacio de Venedors de Premsa de L'Hospitalet de Llobregat*) ante la jurisdicción ordinaria (orden civil) para obtener la declaración de anticompetitiva de la práctica de una distribuidora en exclusiva de productos editoriales concretos provenientes de determinadas editoriales (*Planeta, Altaza, RBA, Orbis*, etc.), *Distribarna, S.A.*, consistente en reducir el descuento del 25 % sobre el precio bruto (sin IVA) de portada en un 5 % respecto de los fascículos coleccionables que incorporaban un objeto relacionado con su contenido, práctica que – se decía – colocaba a los miembros de la entidad actora en una situación de desventaja en relación con el resto de quiosqueros y puntos de venta. La Audiencia entendió que el Art. 1.1.d) LDC invocado por la asociación demandante no resultaba de aplicación y, que dada la unilateralidad de la conducta debiera haber sido invocado el regulador del abuso de posición dominante. Como la actora no centró sus esfuerzos en la prueba de los elementos configuradores del abuso de posición dominante, sino en la de los que configuran la práctica colusoria, y considerando que la controversia se ventilaba en vía civil, caracterizada por el principio de justicia rogada, la Audiencia desestimó las peticiones de la Asociación demandante.

Varios pasajes de la Sentencia resultaban bastante ilustrativos: “[el Art. 1.1.d) LDC] *no resulta de aplicación porque al margen de que el resultado de la actuación llevada a cabo por la distribuidora demandada haya provocado la imposición de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes a unos puntos de venta frente a otros, colocando a unos en situación desventajosa frente a los otros, ello no ha sido como consecuencia de un «acuerdo,*

decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela...». No existe un acuerdo entre distribuidores para imponer esas condiciones desiguales, que provocan la situación de desventaja de unos quiosqueros frente a otros, sino la decisión de un solo distribuidor. No se da algo tan básico como es la bilateralidad de un acuerdo, para que pueda hablarse de tal, ni tampoco cabe apreciar una decisión o recomendación colectiva o práctica concertada, pues no se denuncia el concierto de varios distribuidores para restringir o falsear la competencia, sino tan sólo la práctica impuesta por un solo distribuidor [...] Por lo tanto tratándose de una práctica individual, de un agente en el mercado, no cabe hablar de prácticas colusorias o restrictivas de la competencia, que fueron las realmente denunciadas en la demanda, sino que de merecer alguna reprobación por la Ley de Defensa de la Competencia, lo sería en la medida en que dicha actuación llevada a cabo por el distribuidor supusiera un abuso de posición dominante, merced a la inclusión que hace el Art. 6 LDC del abuso de dependencia económica. Y así, este precepto, en su apartado 1 letra b) prohíbe "la explotación abusiva por una o varias empresas (...) de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad [...] Tratándose de un juicio declarativo ordinario, que se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte, la demanda debería haber expuesto con claridad los hechos en los que fundaba la concurrencia de esta situación de posición de dominio, acudiendo a los criterios comúnmente empleados: un análisis estructural del mercado y de la posición en el mismo de la distribuidora demandada; complementado por el comportamiento tanto de DISTRIBARNA como de sus competidores; así como por la posible dependencia de los quiosqueros demandantes respecto de la demandada. Nada de ello ha hecho la actora, quien ha centrado su exposición en el simple trato discriminatorio concedido por la distribuidora respecto de los puntos de venta a los que distribuye, dentro de su ámbito territorial, este tipo de «producto editorial compuesto», lo cual si bien serviría para justificar la concurrencia del segundo elemento de la prohibición -el comportamiento abusivo- en atención al Art. 6.2.d) LDC («aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros»), resulta insuficiente para que el tribunal pueda apreciar la existencia de una posición dominante. Por todo lo cual tampoco cabe apreciar una infracción de la prohibición de abuso de posición dominante, prevista en el Art. 6 LDC».

El supuesto fronterizo entre los dos anteriores (abuso de posición dominante individual y colusión) del abuso de posición dominante colectiva tendría grandes posibilidades de plantearse dentro del mercado español de la publicidad televisada, como hemos tenido oportunidad de ver, y, en tales casos, los autores y la doctrina de las autoridades de la competencia se muestra partidaria de aplicar ambas figuras acumulativamente. Dentro del ámbito de tales preceptos resulta lo más pacífico entender que se incluyen tanto los acuerdos verticales como los horizontales, sin embargo, el estudio de los primeros lo reservamos para el epígrafe de los acuerdos verticales dentro del mercado español de la publicidad televisada.

La forma que la colusión podría adoptar dentro del mercado de referencia que nos ocupa podría manifestarse en cualquiera de las formas previstas en dichos preceptos y así, y en graduación basada en la presencia o intensidad del elemento consensual:

- 1.^a **Acuerdos expresos jurídicamente vinculantes** (escritos o verbales). El dato de que se admita que los acuerdos puedan ser tácitos permite inferir *a fortiori* que también quedarán prohibidos los acuerdos verbales conforme al siguiente razonamiento: si se prohíben los acuerdos tácitos que resultan de hechos concluyentes de las partes, con

mayor razón deberán ser también prohibidos los acuerdos verbales que no dejan de ser una modalidad de los acuerdos expresos (V. Resolución del TDC de 8 de julio de 1966- *Sociedad Española del Oxígeno, S.A.*).

- 2.^a **Pactos entre caballeros vinculantes con arreglo a la moral o a los usos** (escritos o verbales).
- 3.^a **Decisiones jurídicamente vinculantes en el seno de asociaciones de empresas** (p.e., la *Unión de Televisiones comerciales UTECA*). Este concepto de asociación ha de ser entendido en un sentido amplio y funcional de modo que abarque cualquier estructura que englobe a varias empresas cualquiera que sea su forma jurídica. Se trata de evitar las decisiones en el seno de los órganos de estas asociaciones que impliquen la coordinación de sus miembros con un objeto o efecto anticompetitivo.
- 4.^a **Recomendaciones sin alcance jurídicamente vinculante procedentes de asociaciones de empresas**. Tales recomendaciones, aún no llegando a desplegar efectos anticompetitivos por el hecho de no ser jurídicamente exigibles, indudablemente tendrán un fin u objeto anticompetitivo que las hará incurrir en la prohibición, al ser “*expresión de la voluntad de la asociación de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado*”, como dijo el TJCE en 1980 (asunto *Fedetab*; en idéntico sentido, ver, p.e., la decisión de la Comisión de 6 de junio de 1996 en el asunto *Fenex*). El TDC vino, en efecto, empleando como distintos los términos de decisión y de recomendación colectiva, dando a entender que sólo las primeras tenían efectos jurídicamente vinculantes (V. Resolución de 4 de julio de 2001: *Operadores aeroportuarios*).
- 5.^a **Prácticas concertadas entre empresas**, en el sentido de actuaciones uniformes de las empresas y agentes económicos que implican la existencia de un acuerdo de voluntades tácito (*facta concludentia*).
- 6.^a **Prácticas conscientemente paralelas** que permitan presumir la existencia de concertación, al no explicarse el paralelismo a la luz de las circunstancias del mercado.

Además resultaría exigible que ese comportamiento tuviera por objeto o efecto real o potencial el de impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado español de la publicidad televisada y, finalmente, que no concurrieran eficiencias del Art. 101.3 TFUE o 1.3 LDC que hicieran aceptable ese sacrificio del juego de la competencia en el mercado español de la publicidad televisada, p.e., porque los precios aplicados de común acuerdo a los anunciantes resultaran la única vía de mantener a disposición de los televidentes unos contenidos con una calidad mínimamente aceptable.

Dentro de la categoría de los acuerdos horizontales en el mercado español de la publicidad televisada, que son los que se dan entre organismos de difusión televisiva que actúan como proveedores de servicios de publicidad televisada, cabe distinguir, sobre todo a partir de las Directrices de la Comisión sobre cooperación horizontal de que nos ocuparemos más adelante, entre los acuerdos restrictivos por su “objeto” (cárteles o *hard core restrictions* equivalentes a las prohibiciones *per se* americanas) y los que lo son por sus “efectos”. Junto a estas dos categorías habrá que situar, de acuerdo con la sistemática de esas mismas Directrices, la de los acuerdos horizontales que, en ningún caso, tendrán efecto anticompetitivo.

Pasamos en los párrafos que siguen a ocuparnos del fenómeno de los cárteles, perfectamente suscitable en el mercado español de la publicidad televisada, en todas sus formas, además.

Se cita por los autores (Odriozola...; Op. Cit.; en pág. 231 y nota al pie núm. 15) al Comisario Monti (Prólogo al XXXI Informe sobre Política de la Competencia de 2001): *“...los cárteles constituyen un verdadero cáncer para una economía de mercado abierta y moderna. A diferencia de otros tipos de conductas restrictivas de la competencia, su único objetivo es reducir o eliminar la competencia, sin producir ningún efecto beneficioso para la economía y por lo tanto nunca pueden acogerse a un balance económico favorable. Sus efectos son meramente negativos: reducen las posibilidades de elección de los consumidores, encarecen los costes y degradan la competitividad de la industria, retrasan las necesarias adaptaciones de las empresas y obstaculizan la innovación”*.

En primer término, dado que basta que el objeto o el efecto potencial del cártel resulten anticompetitivos, no resultará necesario proceder a un examen de los efectos anticompetitivos reales o actuales tan detallado como en el caso de otras prácticas restrictivas de la competencia. Por lo mismo, un cártel dentro del mercado español de la publicidad televisada podría existir aún cuando la concertación se diera entre operadores sin una posición dominante conjunta (p.e., entre *Telecinco* y *Cuatro*).

No obstante lo innecesario de esa valoración, no resulta complicado imaginar cuáles serían los efectos restrictivos de un cártel en el mercado de referencia. Los cárteles llevan a una dramática restricción de la competencia intermarcas dentro del mercado relevante, lo que se traduce en la exclusión de competidores, la posibilidad de “aguas abajo” elevar los precios aplicados a los clientes y “aguas arriba” de rebajar por debajo de niveles competitivos los satisfechos a proveedores (léase también, como es habitual al referirnos a variaciones de precios, modificaciones de calidad, cantidad, variedad o novedad de los productos). En el caso del mercado español de la publicidad televisada, por lo ya visto, más que aguas arriba, los efectos se darían en las relaciones entre difusores y en las de éstos con los anunciantes.

Antes de pasar a examinar en los epígrafes siguientes la diversa tipología de acuerdos de cártel con virtualidad en el mercado español de la publicidad televisada, debe comenzar por hacerse algunas advertencias.

- 1.^a **Enumeración ad exemplum.** La primera es la de que la enumeración contenida en el Art. 101.1 TCEE y 1.1 LDC es, como ya sabemos, simplemente ejemplificativa.
- 2.^a **Cárteles puros y cárteles complejos.** La segunda es la de que es realmente complicado encontrar supuestos de cárteles puros, en el sentido de responder a un único tipo, siendo lo más normal que se trate de infracciones complejas. P.e., un acuerdo sobre subida idéntica y simultánea de precios se daba en el asunto *Extra de Aleación* (Decisión 98/247/CECA, de la Comisión de 21 de enero de 1998), en el que seis fabricantes de productos planos de acero inoxidable protagonizaban subidas idénticas y simultáneas de precios del acero inoxidable, instrumentándose a través de la modificación concertada de la fórmula de cálculo de un suplemento de precio llamado extra de aleación, en función de los elementos de aleación empleados en el acero inoxidable. También en el asunto *Christie's y Sotheby's* (COMP/37.784, IP/02/1585 de 30.12.02) el eje del acuerdo sancionado pasaba por la subida de la comisión aplicada a

los vendedores en las subastas de arte, lo que no era más que el precio cobrado por la sala de subasta al vendedor por las labores de mediación de la primera. En España, cabría citar la resolución del TDC de 13 de junio de 2003, Expte. 543/02, *Transmediterranea/Euroferrys/Buquebús* donde se sancionaba a estas tres empresas por la fijación de los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras. O, dentro del sector agroalimentario, la resolución del TDC de 3 de junio de 1997, Expte. 352/94, *Industrias lácteas*, en la que se multó a diversas empresas lácteas por la aplicación de los mismos precios de comercialización de la leche.

Son estos casos complejos los más numerosos, por no decir la práctica totalidad (V. Odriozola...; Op. Cit.; en pág. 235 y nota al pie núm. 25): en ***Tubos de cobre industriales*** (asunto COMP/38.240) y ***Peróxidos orgánicos*** (COMP/37.857) se trataba de fijación de precios con reparto de mercado; en ***Nucleótidos*** (asunto COMP/37.671), se trataba de una fijación de precios con reparto de clientes e intercambios de información sobre cifras de ventas; en ***Tubos preaislados*** (Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre ; 1998, DO L 024 de 30.01.1999, p. 1) lo que había era reparto de mercados, licitación fraudulenta y fijación de precios; en el caso del ***Papel autocopiativo*** (Decisión 2004/337/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, asunto COMP/E-1/36.212, DO L 115 de 21.04.2004, p.l) existía una concertación en torno al calendario y al importe de los incrementos de precios y a las cuotas de venta de las partes concertadas que se repartían así el mercado y que, además, protagonizaban intercambios de información confidencial; lo mismo que en el caso anterior, prácticamente, sucedía en el asunto de las ***Placas de yeso*** (asunto COMP/37.152; IP/02/1744, de 27.11.2002); etc.

Por ejemplo, en la Decisión 94/601/CE de la Comisión de 13 de julio de 1994 (asunto del *Cartoncillo*; DO L 243 de 19.09.1994, p. 1) se sancionó una política reiterada de fijación de precios y de control de la producción que condujo a una coordinación de precios en todo el sector. También en España el TDC sentó que la decisión de comprar, almacenar y comercializar las cantidades necesarias de aceite de oliva para evitar que su precio se situara por debajo del 95 % del nivel de intervención de la anterior regulación de la empresa en participación *Compañía Española de Comercialización de Aceite, S.A. (CECASA)*, era un acuerdo horizontal entre competidores prohibido por el Art. 1.1 LDC dirigido a sostener el precio del aceite. En el ámbito de la publicidad televisada, p.e., una limitación de la publicidad televisada puede ser la vía para obtener incrementos de precios si, como consecuencia de la reducción del número de minutos de publicidad en el mercado, el precio de la publicidad televisada se encarece. El intercambio de información entre los organismos de difusión televisiva puede ser la forma de mantener una política de precios uniforme o de repartirse el mercado, etc....

En tales supuestos de cárteles complejos, que lo más normal será que se prolonguen en el tiempo, cabrá que las autoridades de la competencia aprecien la existencia de una infracción única y continuada (V. Ss. *TPI Hércules Chemicals/Comisión* y *Tubos Preaislados* – asunto T-9/99; y en España la Resolución del TDC de 18 de abril de 2001, Expte. 491/00, Reciclado de vidrio donde se trataba de diversos acuerdos encaminados a expulsar del mercado a determinados competidores imponiendo prohibiciones de comprarles y venderles, o la Resolución de 31 de octubre de 2000, Expte. 475/99, *Caso Prensa de Vizcaya*).

Esto que acabamos de señalar podría tener una enorme virtualidad a la hora de enfrentarnos a un cártel dentro del mercado español de la publicidad televisada, donde el acuerdo, muy probablemente, incluiría aspectos relativos a los precios, a los minutos de publicidad puestos en el mercado o al reparto del mercado de la publicidad por franjas horarias, por clases de telespectadores o anunciantes (téngase en cuenta que determinado perfil de espectador se relaciona con determinada clase de producto, p.e., los juguetes con el público infantil), etc.

- 3.^a **Discriminación y vinculación.** Sin salir del capítulo de advertencias, debemos referirnos, en tercer lugar, a las prácticas colusorias tipificadas en las letras d) y e) del Ap. 1 del Art. 1 LDC [en idéntico sentido las letras d) y e) del Ap. 1 del Art. 101 TCE]. En ellas, respectivamente, se hace referencia a *“la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”* y *“la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*. En idéntico sentido, las letras d) y e) del Art. 101.1 TCE se refieren, respectivamente, a las prácticas colusorias consistentes en *“aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”* y *“subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”*.

Se trata de casos que, en realidad, responden más a la estructura del abuso de posición dominante explotativo mixto (ver más arriba) que a la de la colusión horizontal en forma de cártel. De hecho, las letras d) y e) del Ap. 2 del Art. 2 LDC reproducen literalmente esos contenidos para tipificarlos como supuestos de abuso de posición dominante. Igualmente, las letras c) y d) del Art. 102 TCE tipifican como casos de abuso de posición dominante, respectivamente, *“aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”* y *“subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”*.

Parece como si se tratara de proscribir aquellas prácticas colusorias cuyo objeto fuera el de inducir a las partes concertadas en horizontal a protagonizar aguas abajo abusos de posición dominante de los señalados. Sin embargo, parece que la mejor forma de abordar estas prácticas anticompetitivas sería directamente desde toda la teoría del abuso - ya explotativo ya de exclusión - de posición dominante - ya individual ya colectiva - que dejamos ya estudiada y a la que valdrá con remitirse. Frente a esta última opción podría desde luego argumentarse que no cabría apreciar en tal caso los supuestos de “discriminación con exclusión” [Art. 1. Ap. 1 letra d)] o de “vinculación” [Art. 1. Ap. 1 letra e)] cuando faltara el presupuesto de la posición dominante, siendo lo cierto que el Art. 1 ha querido sancionar tales conductas aún no mediando esa posición dominante. Frente a estas objeciones podría contraargumentarse que, aún no siendo aplicable la doctrina del abuso, la cuestión habría de resolverse más en clave de colusión vertical que horizontal, lo que nos alejaría igualmente del cártel en tanto que acuerdo entre competidores.

Si parece lógico entender que si un proveedor o proveedores de publicidad televisada, aplicando condiciones diferentes y discriminatorias a algunos de sus clientes pueden llegar a excluirlos del mercado, ello será porque los mismos disfrutan de una situación de poder muy próxima a la posición dominante individual o colectiva en su mercado respectivo (porque sino esos anunciantes podrán acudir a otros proveedores más eficientes).

Estas dificultades se percibían, por ejemplo, en la Resolución del TDC de 31 octubre 2000 (*Caso Prensa Vizcaya*. - AC 2001\465). Se trataba de una práctica anticompetitiva protagonizada por la *Asociación Provincial de Editores y Distribuidores de Prensa y Publicaciones de Vizcaya (APEV)*, que agrupaba, además de algunas publicaciones no diarias, a *Editorial Iparaguirre, SA* (editora y distribuidora de *Deia*), *Diario El Correo, SA* (editora y distribuidora del diario *El Correo Español, El Pueblo Vasco*), *Unidad Editorial, SA* (editora de *El Mundo*), *Hernani Imprimategia, SA (Egin)* y *Guinea Simo, SL* (distribuidora de *El Mundo, Egin* y *Euskaldunon Egunkaria*) y que era la única que distribuía diariamente por los puntos de venta de Vizcaya los periódicos de sus asociados, que constituían el 95 % de los diarios vendidos en la Provincia, quedando a salvo la posibilidad de que los vendedores que no aceptasen las condiciones de la Asociación pudieran acudir a la sede de las empresas asociadas a recoger y pagar diariamente los ejemplares que necesitasen.

La denuncia se fundaba, entre otros preceptos, en el Art. 1.1. d) por la aplicación por parte de *APEV* de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y fue planteada por tres particulares que habían obtenido Licencia del Ayuntamiento de Bilbao para la venta de prensa. Tras una negativa inicial al suministro a favor de estos particulares, *APEV* les exigió la constitución de fianza por un importe superior al impuesto a otros minoristas y, para continuar con el suministro, la venta de un número de ejemplares superior al también exigido a otros vendedores.

En este caso, al tratarse de decisiones adoptadas colectivamente en el seno de una Asociación, se daba una multilateralidad que permitía aplicar sin problemas el Art. 1 de la LDC sin necesidad de acudir a la figura del abuso de posición dominante. Sin embargo, el TDC se molestó en insistir que *APEV* abarcaba la totalidad de los operadores del sector implicado lo que, además de erigirla de hecho en cártel de distribución de prensa, le confería una posición dominante de la que había llegado a abusar al impedir la llegada de nuevos competidores, hasta el punto de que, de entre los cientos de solicitudes que la Asociación reconocía recibir cada año, tan sólo constaba que se aprobaran ocho en el período de tiempo comprendido entre el mes de junio de 1995 y el mes de mayo de 1996, y catorce entre el mes de junio de 1997 y el de abril de 1998. La pregunta, en este caso, podría ser la de si, de no haber disfrutado *APEV* de esa posición de dominio y de haber podido los minoristas acudir a otros distribuidores de prensa, habría llegado igualmente el TDC a sancionar por la vía del Art. 1.1.d). La respuesta parece que tendría que ser negativa, en primer lugar, porque resultaría muy discutible que faltando esa posición dominante de *APEV* pudieran los minoristas haber sido excluidos del mercado – lo que constituye uno de los requisitos del 1.1.d) – y, en segundo lugar, porque una interpretación tal dejaría vacía de sentido toda la doctrina del abuso de posición dominante individual o colectiva.

Del mismo modo cabría entender que si ese proveedor o proveedores pueden forzar a sus clientes a la adquisición de prestaciones suplementarias no relacionadas con el objeto del contrato, ello será porque la posición dominante que disfrutan a título individual o colectivo impide a sus clientes desviar sus pedidos hacia otros proveedores que no impongan esa vinculación. Aunque, realmente, y por lo visto al ocuparnos del abuso explotativo, la virtualidad de la vinculación no sería mucha a los efectos de nuestra exposición centrada en el mercado español de la publicidad televisada.

(b) Acuerdos horizontales de fijación de precios

Los cárteles de precios resultan perfectamente imaginables en el mercado español de la publicidad televisada, con toda la extensión con la que han venido siendo identificados por las autoridades de la competencia. Tal vez supongan los acuerdos de esta clase la forma más flagrante de conculcar el principio de la libre competencia. Y, en efecto, en varios asuntos, el Tribunal de Justicia y la Comisión han considerado los acuerdos sobre precios como una de las infracciones más graves del artículo 85 [*PVC*, Decisión 89/190/CEE (DO n° L 74 de 17. 3. 1989, p. 1); asunto 123/85, *BNIC/Clair*, Rec. 1985, p. 391; asunto 8/72, *Cementhandelaren/Comisión*, Rec. 1972, p. 977; *Polipropileno*, Decisión 86/398/CEE (DO n° L 230 de 18. 8. 1986, p. 1)].

Tanto de la dicción del Art. 101.1 TCEE como de la del Art. 1 LDC se desprende que lo mismo dará que esa fijación de precios se haga de forma directa (Vg. Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1999 – *Transbordadores griegos* – en DO L 109 de 27 de abril de 1999; pág. 24) como indirecta. Esta última será la forma más frecuente de manifestarse los acuerdos de fijación de precios y al respecto de ella convendrá tener presente que, a los efectos de la imposición de las sanciones oportunas, será irrelevante que el acuerdo de fijación de precios haya llegado o no a materializarse en la práctica pues – recordemos – se penalizan los acuerdos anticompetitivos por su objeto aún cuando no hayan llegado a serlo en sus efectos.

Enlazando con lo anterior, parece lógico que la concertación entre operadores en materia de precios no vaya referida, por lo general, a la base de los mismos y sí, en cambio, a otros aspectos de los precios respecto de los cuales resulte más complicado detectar la existencia de concertación. Así, a título ejemplificativo, podría citarse con los autores (Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...]*”; Op. Cit.; Págs. 237 y ss.): **(i)** las limitaciones sobre **descuentos** y, especialmente, la fijación de topes máximos para los mismos (V. Decisión de la Comisión 86/361/CEE – *Asunto Vimpoltu* – DO L 200 de 23/07/1983 P. 4: donde salió multada una asociación de empresas comercializadoras de maquinaria agrícola por la imposición a sus miembros de descuentos máximos; Decisión 2000/627/CEE de 16 de mayo de 2000 – *Far East Trade Charges and Surcharges Agreement, FETCSA* – DO L 268 de 20/10/2000 P. 1: en que sentó la Comisión que “*un acuerdo de no conceder descuentos sobre los precios publicados restringe la competencia, de forma contraria al artículo 81 (1) CE, incluso en el caso de que las partes de dicho acuerdo no se pongan expresamente de acuerdo sobre el nivel de dichos precios publicados*”; o **(ii)** las restricciones sobre **recargos** o **suplementos** – los cuales no son más que la otra cara de los descuentos a que acabamos de referirnos -, en particular, cuando se fuerza a aplicarlos a los operadores económicos (V., p.e., Asunto COMP/37.956, *Redondo para cemento armado*, IP/02/1908, de 17.12.2002, donde se multó a las empresas implicadas por un acuerdo de fijación de precios en el que, entre otros extremos, se acordaba el

suplemento que debía añadirse al precio base del redondo para cemento en barras o en rodillo en el mercado italiano).

Y, aún dentro de los casos en los que la concertación va directamente referida a la base de los precios, por razones análogas a las que se acaban de referir en el párrafo anterior, es decir, por las de evitar su detección, lo más habitual no será la directa fijación de común acuerdo del precio base de comercialización (precios fijos), sino la introducción de restricciones en torno a los umbrales de ese precio base. En el caso de los acuerdos horizontales fijando un **precio máximo** de comercialización, los mismos – salvo excepciones, como en el caso de los precios predatorios – tendrán un carácter procompetitivo al atenuar aguas abajo la presión al alza sobre los precios. Muy distinto sería, en cambio, el caso de los **precios mínimos** pactados entre competidores (P.e., en la Decisión de la Comisión 2003/674/CE de 2 de julio de 2002; asunto C.37.519 – Cártel de la Metionina donde, de lo que se trataba, era de la imposición de precios mínimos en el mercado de la metionina; en la Decisión 2000/117/CE de la Comisión de 26 de octubre de 1999, asunto *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie*, DO L 39, de 14.02.2000, p. 1, se multó a la asociación de mayoristas de control electrotécnico y a uno de sus miembros por una decisión vinculante en el seno de la primera en la que, entre otros motivos, se prohibía a sus miembros la aplicación de precios especialmente reducidos).

En virtud de toda la anterior doctrina, resultaría indiferente que un acuerdo sobre precios de publicidad televisada entre, p.e., *Antena 3* y *Telecinco*, llegara o no materializarse, y del mismo modo que el mismo fuera referido a la base de los precios (fijando umbrales o directamente su cuantía) o a la aplicación de recargos o descuentos en función de los tiempos contratados; en todos los casos tendría que ser prohibido o sancionado.

Por revestir una especial gravedad, es complicado que un acuerdo horizontal de fijación de precios pueda llegar a beneficiarse de una **exención individual o colectiva**. No obstante, y como ya observara la Comisión, “*no cabe afirmar que un acuerdo relativo a los precios deba clasificarse siempre de cártel y, por consiguiente, no pueda optar a una exención*” (Decisión 2002/914/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2002; Asunto COMP/29.373 – *Visa International* - Tasa multilateral de intercambio; DO L 318, de 22 de noviembre de 2002, p. 17). En este caso, la Comisión entendió aquí que la fijación multilateral de la tasa de intercambio limitaba en efecto la capacidad de los bancos a la hora de fijar su política de precios; sin embargo tal restricción tenía por objeto no una limitación de la competencia sino, y antes bien, incrementar la estabilidad del sistema de pago de Visa y la eficiencia de su funcionamiento.

También se cita por los autores - Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...]*”; Op. Cit.; Pág. 247 – el caso del derogado Reglamento (CEE) nº 4056/86 del Consejo de 22 de diciembre de 1986 por el que se determinaban las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos en el que se contemplaba una exención en bloque a los acuerdos colectivos de precios en el marco de las conferencias marítimas. Igualmente se señala como en el asunto *Taca* revisado (Decisión de la Comisión de 14 de noviembre de 2002, asunto COMP/37.396/D2) se aplicó la Comisión la exención individual en relación con determinados acuerdos adoptados en el seno de la Conferencia Trasatlántica, los cuales no llegaban a beneficiarse de la exención en bloque del Reglamento 4056/86, p.e., el que autorizaba a las líneas marítimas a comprometerse a no cobrar un precio inferior al coste directo efectivo que les hubieran supuesto unos determinados servicios de transporte terrestre

prestados dentro del Espacio Económico Europeo, combinados con los de transporte marítimo.

Así, por ejemplo, cabrá imaginar que un acuerdo horizontal sobre precios mínimos pueda ser una eficaz herramienta para el propio sostenimiento del mercado si, por ejemplo, los proveedores de servicios que se ponen de acuerdo sobre los precios aplicados a sus clientes se ven obligados, a su vez, a soportar un fuerte poder de mercado de sus proveedores respectivos situados en eslabones superiores de la cadena de valor. Del mismo modo, no es infrecuente que los acuerdos horizontales sobre fijación de precios puedan ser empleados como herramienta en situaciones de liberalización de mercados que antes estaban regulados (como en el asunto *Verbändevereinbarung* referido en el XXVIII Informe sobre la Política de la Competencia de 1998 en el que existían acuerdos para la fijación de tarifas entre operadores situados en diversos niveles de la cadena de producción, distribución y consumo de energía eléctrica en Alemania, porque de ellos iban a derivarse beneficios para los usuarios finales por el ahorro de costes derivado de la reducción del número de negociaciones necesarias entre redes y de la obtención de economías de densidad o de red).

Finalmente, y como ya sabemos, en el nuevo sistema de prohibición con excepción legal, sin perjuicio de una ulterior intervención de las autoridades de la competencia, serán las propias empresas las que queden erigidas en árbitros de la concurrencia o no de estas eficiencias. Ante un acuerdo horizontal de fijación de precios en el mercado español de la publicidad televisada, resultaría, desde luego, complicado imaginar que pudieran concurrir eficiencias (podrían imaginarse casos extremos como el ya citado de que tales acuerdos redundaran en la adquisición de mejores contenidos que ofrecer a los televidentes).

(c) Acuerdos horizontales de fijación de otras condiciones de la transacción

No sólo las cláusulas de fijación de precios a que acabamos de referirnos tienen la aptitud o virtualidad de restringir el juego de la competencia haciéndose acreedoras del calificativo de colusorias; también la tienen las que se refieren a otras condiciones de la transacción diferentes del precio y que modulan la entrega del bien o la prestación del servicio que conforman el mercado pertinente. Estos acuerdos horizontales de fijación de otras condiciones de la transacción (o de otras condiciones comerciales o de servicio) resultan hoy perfectamente posibles en el mercado español de la publicidad televisada.

El solo dato de definirse en términos negativos, como acuerdos que definen las condiciones de la transacción que no se refieren al precio, permite inferir que aquí la *casuística* podrá ser de lo más variopinto, más incluso de lo que resulta ya habitual en esta materia en la que nos movemos. Así, por sólo poner algunos de los ejemplos traídos a colación por los autores (*Ibidem* Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...]*”; Op. Cit.; Pág. 261): (i) en el *ámbito comunitario*: el acuerdo sobre los anticipos abonados a los vendedores, las garantías sobre los resultados de las subastas y las condiciones de pago (*Christie’s y Sotheby’s* - COMP/37.784, IP/02/1585 de 30.12.02; Op. Cit.); los acuerdos entre los miembros de una conferencia marítima en torno a los términos y condiciones con sujeción a los cuales podían llegar a contratar con los cargadores (Decisión 1999/243/CEE de la Comisión de 16 de septiembre de 1998, *Trans-Atlantic Conference Agreement* – DO L 95, de 09.04.1999, p. 1); o el acuerdo sobre las condiciones de alquiler, costes de transporte, entrega, seguridad y medio ambiente del producto pertinente (Asunto COMP/E-3/36.700; Gases médicos industriales – DO L 84 de 1 de abril de 2003, p. 1; Op. Cit.); (ii) en el *ámbito nacional*: el acuerdo en torno a la forma de

celebrar las subastas, a las condiciones de pago o al horario (Resolución del TDC de 21 de septiembre de 2000, Expte. 474/99, Lonja Pescado Vigo); la utilización de un contrato-tipo en el que se fijaban plazos de facturación y pago, conceptos a cargo del cliente, cláusulas de estabilización de precio conforme a IPC, prórroga del contrato, constitución en garantía y cláusula de sumisión expresa a Tribunales (Resolución del TDC de 16 de mayo de 2000, Expte. A-261/99, Contrato-tipo Frigoríficos); la elaboración por una asociación de vendedores de reses bravas para su lidia en festejos taurinos de un contrato-tipo en el que se incluían las condiciones de admisión de las reses bravas o sobre el reparto de los gastos ocasionados por el festejo y la difusión del mismo entre sus miembros (Resolución del TDC de 22 de julio de 1999, Expte. 436/1998, Ganaderías de Lidia).

Será frecuente que los acuerdos horizontales sobre otras condiciones de la transacción diferentes del precio, adquieran un **carácter sólo instrumental** con respecto a otros cárteles de fijación de precios (p.e. en la Decisión 89/44/CEE, de la Comisión de 12 de diciembre de 1988, *Publishers Association – Net Book Agreements* – DO L 022 de 26 de enero de 1989, p. 12 – se trataba de impedir a los revendedores eximirse de los precios de venta prefijados) o de reparto de mercados (V., p.e., el caso de los Gases Médicos Industriales citado en el párrafo anterior, donde la finalidad última del acuerdo era la de operar un reparto de clientes por periodos de tiempo). En el caso del mercado español de la publicidad televisada llegaría a suceder lo anterior, por ejemplo, si *Antena 3* y *Telecinco* fijaran horarios comunes para la inserción de los anuncios a fin de permitir un mejor control sobre los precios.

Finalmente, en lo que concierne a la posible apreciación de una **exención individual o colectiva** del Art. 101.3 TCEE o 1.3 LDC, la misma dependerá, fundamentalmente, de que estos acuerdos horizontales puedan contribuir a la implantación de procedimientos estandarizados de comercialización que puedan ayudar a dotar de transparencia al sector de que se trate facilitando el acceso de las partes de dichos acuerdos a los conocimientos técnicos o comerciales precisos para la mejor o más económica prestación de servicios o entrega de bienes en el mercado relevante (piénsese, por ejemplo, en el acuerdo que pudiera darse entre determinadas agencias de prestación de servicios de audimetría o de medición de índices de audiencia en torno a la forma de suministrar la información de modo que la misma resulte lo más fidedigna posible o en la autorregulación que tiende a imponerse en el ámbito de la publicidad televisada con vistas a la protección de determinados colectivos como, por ejemplo, el de la infancia). Lo anterior haría más probable la concurrencia de exenciones que en los acuerdos de precios, si por ejemplo el acuerdo sobre otras condiciones de la transacción en el mercado español de la publicidad sirviera para evitar discriminaciones entre los anunciantes.

(d) Acuerdos horizontales de reparto de mercados

Este acuerdo de reparto del mercado cabrá imaginar que se dé dentro de un mismo **mercado de producto** (si, por ejemplo, cada una de las partes se reserva la comercialización de productos con diferentes características, siempre que esas diferentes características no sean de la entidad suficiente como para propiciar un cambio del mercado de producto; p.e. dos productoras activas en el mercado de la producción independiente de obras audiovisuales para TV se ponen de acuerdo para que una de ellas suministre obras de ficción y la otra documentales); de un mismo **mercado geográfico** (p.e., el operador de la RTPC, pongamos *Telefónica*, se compromete a no competir con los cableoperadores en TV de pago en aquellas demarcaciones del mercado nacional español en las que estos pudieran estar ya implantados a cambio de que esos cableoperadores no expandan sus actividades y/o red más allá de una

determinada demarcación); o, incluso, de un **mercado temporal** (p.e., varios de los grandes estudios norteamericanos se conciertan para lanzar cada uno de ellos sus producciones en diferentes épocas del año); o también atendiendo a la existencia de diversas **categorías de clientes**, siempre que en este caso las características de la demanda, no dé lugar a la existencia de mercados separados porque, en tal caso, no cabría en rigor hablar de un único mercado que repartir (p.e., dos canales de TV se reparten la audiencia en función de los tramos de edad o gustos del público).

Sobre ejemplos de cárteles de reparto de mercados, V., p.e., Decisión 73/109 de la Comisión, de 2 de enero de 1973, Industria Europea del Azúcar (DO L 140 de 26 de mayo de 1973, p. 17); Decisión de 69/240 /CEE de la Comisión de 6 de julio de 1969, Quinina (DO L 192 de 5 de agosto de 1969); o la Decisión 84/405/CEE de la Comisión, de 6 de agosto de 1984, Grupo de Productores de Cinc (DO L 220 de 17 de agosto de 1984, p. 27). En España, el TDC multó, por ejemplo, el reparto del mercado de la instalación de gas natural en Castilla y León en función de criterios geográficos en su Resolución de 5 de enero de 2001, Expte. 482/00, Gas Natural Castilla y León, donde la práctica prohibida se materializaba a través de comunicaciones dirigidas a comunidades de vecinos anunciando la instalación de gas y aconsejando la contratación de uno u otro instalador en función de criterios geográficos.

Dadas las características del mercado español de la publicidad televisada resultaría perfectamente imaginable el reparto dentro del mismo mercado de producto (si, por ejemplo, *Antena 3* se reservara la publicidad de los productos o servicios dirigidos hacia un público de mayor edad y *Telecinco* la de los productos enfocados hacia otro más joven); o con arreglo a criterios temporales (si esos dos mismos difusores se respetaran en la comercialización de publicidad en distintas franjas horarias); o por categorías de clientes (si, por ejemplo, *Antena 3* se reservara a los anunciantes de coches y *Telecinco* a los grandes establecimientos comerciales). Todas las fórmulas serían imaginables. En cambio, dada la cobertura universal de los servicios de difusión resultaría más difícil un reparto del mercado con arreglo a criterios geográficos.

De lo anterior se desprende que la **forma** de articular ese reparto de mercado podrá dar lugar a una casuística de lo más diverso siendo posible, incluso, que determinados acuerdos de cooperación horizontal de los que más adelante se analizarán, como serían, por poner algún ejemplo, los de transferencia de tecnología [V., p.e., *Centrafarm* contra *Winthrop* (Sentencia del TJCE de 31 de octubre de 1974, asunto 16/74; *Tiercé Ladbroke SA* contra Comisión (Sentencia del TPI de 12 de junio de 1997; asunto T-504/93)], los de distribución (P.e., en el asunto de la industria europea del azúcar, los productores belgas y holandeses acordaron canalizar sus ventas transfronterizas exclusivamente los unos a través de los otros) o los de especialización, constituyan en realidad una vía para operar un reparto de mercados entre las partes de dichos acuerdos.

El principal **efecto anticompetitivo** de un acuerdo de reparto de mercados en el mercado español de la publicidad televisada habría que cifrarlo en la compartimentación del mercado, lo que limitaría las facultades de abastecimiento de los anunciantes con relación a un producto específico cual es el servicio de publicidad televisada. Cada uno de los proveedores puestos de acuerdo tendrá su propio feudo y, dentro de él, le estarán sometidos sus compradores o clientes, los cuales tendrán el acceso vetado a otros proveedores que pudieran ser más eficientes. La consecuencia será, en fin, la de una importante degradación de la calidad competitiva dentro de cada una de las áreas del mercado así troceado y la perpetuación de diferentes condiciones de competencia en cada una de esas áreas.

Este efecto choca frontalmente con los objetivos del Tratado CEE en cuanto a la creación del mercado único, siendo esta la razón de que la Comisión se haya mostrado especialmente vigilante en relación con estos acuerdos (p.e., en la Decisión 94/815/CEE de 30 de noviembre de 2004, asunto del Cemento – DO L 343 de 30.12.1994, p.1 – la Comisión multó a casi todos los productores de cemento europeos por un acuerdo único y continuado, integrado por diversas prácticas anticompetitivas, cuyo fin último era el de que las cementeras nacionales no hubieran de soportar la presión competitiva procedente de las de los países vecinos; y, en parecido sentido, puede consultarse la Decisión de la Comisión 2003/382/CEE de 8 de diciembre de 1999 – asunto IV/E-1/35.860-B, tubos de acero sin soldadura – DO L 6.6.2003, p. 1, sobre un cártel en el mercado de los tubos de sondeo de acero normal y de los tubos de transporte dirigido a que algunos productores británicos, franceses, alemanes, italianos y japoneses asentados en sus respectivos mercados nacionales no tuvieran que enfrentar la competencia del resto).

En cuanto a la posibilidad de *exención individual o colectiva* en relación con los acuerdos de reparto de mercados, los autores (por todos Odriozola, M., Irissarry, B. y Arrantes, B. en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...]*”; Op. Cit. Pág. 256), prácticamente, la descartan y, realmente, serían mucho más difíciles de imaginar incluso que en los acuerdos horizontales de fijación de precios. En efecto, resulta difícil concebir eficiencias cuya importancia fuera la bastante como para compensar la total neutralización del juego de la competencia dentro de los diversos compartimentos creados dentro del mercado de referencia.

(e) Acuerdos horizontales de limitación de la producción

Estos son acuerdos en los que las partes de los mismos se comprometen a no hacer un uso pleno de su capacidad de producción. Esa limitación puede darse de un *modo* relativo, como cuando se acuerda que una de las partes no pueda elevar la producción sin el consentimiento de la otra (V. Decisión 72/474/CEE de la Comisión de 22 de diciembre de 1972, *Cimbel* – DO L 303 de 31.12.1972, p. 24), o mucho más definido, si las partes llegan a fijar sus cuotas de producción respectivas (V. Decisión 84/405/CEE de la Comisión, de 6 de agosto de 1984, Grupo de productores de Cinc – DO L 220 de 17 de agosto de 1984, p. 27 – donde las partes acordaban determinadas cuotas de producción).

Por otra parte, es frecuente que los acuerdos de limitación de la producción se invistan de un *carácter sólo instrumental* respecto de otros incluidos en alguna de las categorías que hemos estudiado anteriormente. Así, la limitación de la producción puede ser la forma de mantener artificialmente los precios dentro del mercado (V., p.e., Asunto COMP/37.956, Redondo para cemento armado, IP/02/1908, de 17.12.2002; Op. cit.) o garantizar el reparto de mercado operado entre las partes del acuerdo cada una de las cuales se muestra respetuosa con la parte de mercado que a la otra pudiera corresponder (V. Decisión 85/74/CEE de la Comisión de 23 de noviembre de 1984, Peroxygenes – DO L 035 de 7 de febrero de 1985, p. 1).

Todo lo anterior resultaría especialmente aplicable al mercado español de la publicidad televisada: p.e., *Antena 3* y *Telecinco* podrían perfectamente concertarse para que ninguna de ellas pusiera en el mercado más tiempo de publicidad sin el consentimiento de la otra; ese acuerdo bien podría ser la forma de dar consistencia a su acuerdo sobre precios de comercialización o sobre reparto del mercado por franjas horarias.

En relación con estos acuerdos de limitación de la producción puede ser válido remitirse a los **factores de agravación** de los efectos anticompetitivos coordinados de las concentraciones horizontales. Recordando estos, tendríamos: **(i)** la posibilidad de influencia efectiva de las partes del cártel sobre las condiciones en las que se basa la coordinación por la simplicidad del mercado o la simetría de las estructuras de las empresas puestas de acuerdo o por la existencia de intercambios periódicos de información [como en el asunto Albayalde en el que los productores de plomo blanco de UK, Alemania y Holanda se repartieron por terceras partes la exportación de este producto con destino a países no comunitarios, estableciendo una Oficina Central a la que debían dar cuenta detallada de los suministros; v. 79/90/CEE: Decisión de la Comisión, de 12 de diciembre de 1978, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29.535-Albayalde) - Diario Oficial n° L 021 de 30/01/1979 p. 0016 – 0024)]; **(ii)** el hecho de que la acción concertada quede resguardada frente a reacciones de competidores actuales o futuros y de clientes (en el caso del acuerdo entre *Antena 3* y *Telecinco* habría sin duda que ponderar la capacidad de reacción de *Cuatro* o *La Sexta* antes de que se verificaran las recientes concentraciones); y **(iii)** la existencia de algún mecanismo disuasorio de castigo o represalia que cada empresa pueda activar si alguna otra se aparta del camino pactado o la de mecanismos compensatorios [p.e., la implantación de un sistema de pagos compensatorios a realizar por quien protagonice incrementos de producción por encima del nivel pactado; V., p.e., 86/596/CEE: Decisión de la Comisión de 26 de noviembre de 1986 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.204-MELDOC) - Diario Oficial n° L 348 de 10/12/1986 p. 0050 – 0065)].

En cuanto a la posibilidad de **exención individual o colectiva**, será más probable que en el caso de los acuerdos de reparto de mercado. En efecto, en el caso de industrias en crisis o en las que la oferta se encuentra muy por encima de la demanda (p.e., sector agrícola y ganadero) puede resultar aconsejable la limitación durante cierto tiempo de la capacidad productiva de los agentes económicos a fin de lograr una estabilización del precio de los productos. Esta opción resulta, por otra parte, difícilmente imaginable respecto de los mercados a que se refiere la tesis por la propia naturaleza de los servicios que los conforman (servicios de comunicación audiovisual, de comunicaciones electrónicas, de la Sociedad de la Información, etc.) y, en especial, respecto del español de la publicidad televisada en el que es la demanda la que se encuentra claramente por encima de la oferta.

Como variante de la limitación de producción se refieren los autores a la **limitación de la publicidad** de los propios productos o servicios. La publicidad resulta ser una herramienta para promover la venta de los bienes o servicios objeto de ella dentro del mercado mayorista o minorista de referencia. A la vista de lo anterior, cualquier acuerdo por fuerza del cual las empresas competidoras se pongan de acuerdo en torno al nivel de publicitación de sus respectivos productos o servicios tendrá un efecto parejo al de un acuerdo de limitación de la producción o de las ventas. Adicionalmente, tales acuerdos tendrán un efecto reflejo sobre el propio mercado de los servicios de publicidad donde recortarán artificialmente la demanda (pongamos por caso que dos fabricantes de automóviles se ponen de acuerdo para limitar la publicidad de sus coches en el medio televisivo; tal acuerdo no sólo incidirá sobre el mercado de la venta de vehículos automóviles donde, por efecto del recorte publicitario, serán menos los vendidos, sino también sobre el mercado de los servicios de publicidad televisada donde existirá una menor demanda procedente de los anunciantes).

Una variante con respecto a lo anterior podría partir del hecho de que el acuerdo no participe de la connotación negativa de limitar la publicitación de los productos y servicios, sino de la positiva vinculada a la publicitación conjunta o en común de los productos o servicios de las diversas partes implicadas. Un acuerdo tal habría que reconducirlo más bien hacia el campo de la cooperación horizontal de que trataremos más adelante, en concreto, hacia el de los acuerdos de comercialización conjunta. Aún tratándose de acuerdos encaminados a incrementar la eficiencia, cabrá que los mismos puedan entenderse incluidos dentro del Art. 101.1 TCE o 1 LDC: p.e., en un caso de publicitación en común de sus productos o servicios por parte de varias empresas hasta tal punto que lo anterior se traducía en la creación de una marca común que, prácticamente, neutralizaba la competencia intermarcas entre las partes puestas de acuerdo e impedía la diferenciación de los productos por parte de los compradores o clientes (Decisión de la Comisión, de 10 de julio de 1986, *Revestimientos Asfálticos* – DO L 232 de 19.08.1986, p. 15).

Esta clase de restricciones no tendrán demasiado sentido dentro de los mercados de los servicios de difusión televisiva que, por razones fácilmente comprensibles, no precisan de publicitación más allá de la autopromoción que se hacen las propias cadenas dentro de sus propias emisiones. En el caso de los servicios de comunicaciones electrónicas, la fuerte competencia entre operadores a la búsqueda de captar abonados gracias a la diferenciación de sus ofertas respectivas limita también enormemente la utilidad de estas restricciones de publicidad.

(f) Acuerdos horizontales de intercambio de información

Dejando aparte supuestos de escasa virtualidad en el mercado español de la publicidad televisiva como los de restricción de la publicidad de los propios productos o servicios de las partes puestas de acuerdo (lo que, por razones fáciles de comprender carece de sentido respecto de los servicios de publicidad televisada que no precisan, a su vez, ser publicitados) o los de licitación fraudulenta (por su escaso impacto anticompetitivo en el mercado de referencia, dado el escaso poder de mercado de los anunciantes que pudieran llegar a ponerse de acuerdo para respetarse en la compra de publicidad), los acuerdos de una mayor virtualidad, fuera de los más importantes estudiados en epígrafes precedentes, podrían ser los de intercambio de información.

Se trata de prácticas anticompetitivas que, por lo general, adquieren un valor instrumental respecto de otras que hemos ya dejado analizadas. Así el intercambio de información podrá ir referido a los precios aplicados, a los niveles de producción o a las cuotas de mercado de las partes implicadas en función de que sirva a un acuerdo de fijación de precios, a uno de limitación de la producción o, en fin, a uno de reparto de mercados, respectivamente. En todo caso será condición indispensable que se trate de información sensible en el sentido de no transparente, por el hecho de no haber accedido al mercado de un modo lícito, e importante, por suponer una ventaja competitiva importante para quien accede a la misma (V., p.e., la Decisión 92/157/CEE de la Comisión de 17 de febrero de 1992, asuntos IV/31.370 y 31.446 *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* – DO L 68/1992 de 13.03.1992, p. 19: se producía un intercambio regular de información sobre volumen de ventas al por menor y las cuotas de mercado de ocho importadores y fabricantes de tractores agrícolas en el mercado de RU, intercambio que la Comisión consideró letal para la denominada “competencia invisible”, entre otros factores, por el hecho de tratarse de mercados muy concentrados y maduros en los que el intercambio de información terminaba de matar cualquier movimiento díscolo procedente de algún competidor real o potencial).

En términos generales, la utilidad que pudiera reportar un acuerdo de intercambio de información en los mercados en los que nos movemos no tendría por qué ser mucha. En el caso de los mercados relacionados con la actividad de difusión televisiva nos encontraríamos que la propia naturaleza de ese negocio de la difusión televisiva llevaría a un alto grado de transparencia en cuanto a la posición en el mercado de los operadores (continuamente se publica el *share* de cada cadena, son notorios los minutos de publicidad vendidos por cada una, los precios aplicados en las ofertas de TV de pago a los abonados, etc.). En el de los mercados de las comunicaciones electrónicas lo mismo podría decirse atendiendo a que se trata de mercados fuertemente intervenidos por las Autoridades Nacionales de Reglamentación que, aplicando el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, analizan y publican a intervalos regulares los resultados de los análisis de estos mercados.

En definitiva, tanto para unos, como para otros mercados basta con echar la vista a cualquier informe anual de la CMT para percibir que en todos ellos existe un altísimo grado de transparencia que resulta incompatible con la existencia de cualquier información sensible que pudiera ser objeto de intercambio.

Podría pensarse que las anteriores afirmaciones, sin embargo, dejarían de ser válidas en un mercado, como el de la publicidad televisada, donde, por ejemplo, los intercambios de información comercial sensible sobre sus clientes o anunciantes, entre *Antena 3* y *Telecinco* bien podrían llegar a restringir el juego de la competencia en el mercado de referencia de modo sensible. No obstante, parece que tampoco en este caso revestirían los acuerdos de intercambio de información una excesiva importancia pues, como se puso de relieve en el caso *Cuatro*, el mercado español de la publicidad televisada resultaría ser un mercado transparente, además de que la interposición de agencias de publicidad entre anunciantes y cadenas restaría trascendencia a esos acuerdos. Por otra parte, cabe observar que las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal de 2011 se ocupan de los acuerdos de intercambio de información tanto en clave de cooperación horizontal como de cártel.

(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)

Para la sistematización del contenido que sigue cabrá que diferenciamos los siguientes aspectos, a saber, **proyección posible de la colusión, efecto de la colusión vertical sobre el juego de la competencia, aplicación del Reglamento de Exención por categorías y tipo concreto de acuerdo vertical (cláusula de no competencia)**:

- ❖ **Proyección posible de la colusión vertical.** Aquí tendría sentido plantearse que la colusión se proyectara en *sentido descendente* o en *sentido ascendente*:
 - **Sentido ascendente.** Podría la colusión vertical darse en el caso de que las partes de ese acuerdo o práctica concertada fueran un organismo de radiodifusión, activo en el mercado de los servicios de difusión televisiva y en el superpuesto de los servicios de publicidad televisada, y cualquiera de sus proveedores de insumos, como un proveedor del servicio portador de difusión por ondas hertzianas o un proveedor de contenidos (obras audiovisuales para TV). Ahora bien, el examen de esta última forma de manifestarse la colusión vertical nos derivaría, más bien, hacia todo el estudio realizado a propósito del mercado de la audiencia o de los telespectadores, por lo que podríamos prescindir de su estudio.

Por otra parte, esa remisión al estudio del mercado de la TV en abierto no impediría, sin embargo, apreciar alguna especialidad. P.e., dentro de las prácticas especialmente graves que excluirían la aplicación de la exención por categorías, podríamos referirnos al mantenimiento del precio de reventa: dado que los servicios de difusión televisiva se prestan gratuitamente a los telespectadores no cabría imaginar esta clase de prácticas con efectos sobre el mercado de la audiencia. Por otra parte, la sola expresión “precio de reventa” da para entender que no nos encontraríamos, en este caso, ante cláusulas puras de mantenimiento del mismo. En efecto, el difusor de TV que compra obras audiovisuales no las “revende” a los telespectadores ni tampoco a los anunciantes, sino que las emplea para obtener niveles de audiencia que luego le permitan vender servicios de publicidad televisada (y lo mismo respecto de los servicios de comunicaciones electrónicas adquiridos).

No obstante, sería perfectamente imaginable que, p.e., un proveedor de obras audiovisuales para TV en abierto o de servicios de comunicaciones electrónicas muy poderosos se pusieran de acuerdo con un organismo de radiodifusión para la comercialización de los servicios de publicidad televisada a unos precios mínimos. Sin embargo, esta posibilidad tampoco parece ajustarse a la realidad del mercado español, en el que no parece una opción que tal acuerdo se dé entre, p.e., *Abertis* (operador con PSM en el mercado de los servicios portadores de difusión de señal audiovisual sobre ondas hertzianas y sujeto a obligaciones específicas impuestas por la CMT) y *Telecinco*, o entre esta última y su productora integrada de obras audiovisuales.

Si partimos de que los servicios de audimetría dan lugar a un insumo necesario para la prestación de los servicios de publicidad televisada por parte de los difusores, cabría, al menos en principio, plantearse la posibilidad de acuerdo vertical entre un organismo de radiodifusión proveedor de servicios de publicidad televisada y un organismo prestador de servicios de audimetría. Sin embargo, si tomamos el caso español, la actividad de la entidad prestadora de los servicios de audimetría (actualmente *Kantar Media*) es objeto de supervisión por una entidad (*Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación*) dentro de la cual se integrarían los difusores televisivos, las agencias de publicidad y los anunciantes, entre otros. La existencia de ese control, prácticamente, excluiría todo riesgo de colusión vertical entre el prestador de los servicios de audimetría y uno o varios organismos de radiodifusión televisiva determinados.

- ***Sentido descendente.*** De la misma manera que el estudio de la colusión vertical con relación a los mercados ascendentes respecto al de la publicidad televisada sería de utilidad escasa conforme a lo que acabamos de ver, también estaría desprovisto de esa utilidad el examen de la colusión vertical con relación a posibles mercados descendentes. Lo anterior es así porque los servicios de publicidad televisada prestados a las empresas anunciantes por los difusores televisivos darían lugar a un mercado minorista de servicios prestados a destinatarios finales y porque el examen de la interposición de las agencias de publicidad entre difusores televisivos y anunciantes nos llevaría lejos de nuestros objetivos, además de que, normalmente, los organismos de radiodifusión españoles se valdrán de una agencia verticalmente integrada para la comercialización de la publicidad.

Dejando al margen el caso marginal de la inserción de canales en abierto en la oferta de plataformas de TV de pago, lo más normal es que en la distribución de servicios de difusión televisiva en abierto no haya competencia intramarca (los servicios son prestados directamente por el organismo de radiodifusión a los televidentes sin presencia de intermediarios). En cambio, sí cabría plantearse, al menos inicialmente, la existencia de esa clase de competencia en la prestación de los servicios de publicidad televisada cuando varias agencias de publicidad comercializaran entre los anunciantes la inserción de anuncios en determinada cadena (p.e. *Antena 3*). Puede verse un ejemplo de identificación del mercado de los servicios de mediación para la negociación y venta de espacios publicitarios en el informe del Servicio de Defensa de la Competencia relativo al asunto *Grupo Correo/Prensa Española*. Éste era el mercado en el que ciertas compañías, independientes o integradas en un grupo de medios actuaba, generalmente como agentes, recibiendo una comisión sobre las tarifas de publicidad. Cabría también que actuaran como minoristas vendiendo espacios publicitarios en su propio nombre. Este mercado era único para todos los medios.

Ahora bien, como lo anterior nos llevaría lejos de los objetivos de la tesis y como lo habitual será que el organismo de radiodifusión presente una fortísima vinculación en vertical con su propia agencia de publicidad, partiremos de que es el propio difusor quien directamente vende los servicios de publicidad televisada a los anunciantes. Sobre la base de esta premisa, los riesgos de la colusión vertical sobre el mercado de la publicidad televisada serían, sobre todo, para la competencia intermarcas entre las diversas cadenas que compiten por la obtención de ingresos dentro de ese mercado de referencia de la publicidad televisada.

Los riesgos de colusión vertical con incidencia en el mercado español de la publicidad televisada podrían también pasar por la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre un difusor proveedor de servicios de publicidad televisada, por una parte, y un anunciante, por otra. Esto es así dado que los anunciantes, aunque son destinatarios finales de los servicios de publicidad televisada, tienen la condición de empresarios y no la de consumidores (v. considerando 25, c) de las Directrices de 2010). En todo lo caso, sería condición indispensable que tal acuerdo o práctica concertada fuera referida a las condiciones de adquisición o venta de los propios servicios de publicidad televisada.

- ❖ **Efecto de la colusión vertical sobre el juego de la competencia.** Los efectos para el juego de la competencia en el mercado de la publicidad televisada resultarían mucho menos letales en el caso de estos acuerdos verticales que en el de cualquiera de los acuerdos horizontales que dejamos estudiados más arriba. Ilustrando también lo anterior con un ejemplo más ceñido al mercado español de la publicidad televisada, un acuerdo vertical entre *Antena 3* y *Telefónica* para que la segunda no insertara sus anuncios en las parrillas de los competidores de la primera, tendría muchos menos efectos restrictivos netos sobre el juego de la competencia en el mercado español de la publicidad televisada que un acuerdo de cártel de fijación de precios, de reparto del mercado o de limitación de la producción entre *Antena 3* y *Telecinco*.

Dentro de la doctrina española, un planteamiento significado es, como ya sabemos, el del profesor Alfaro Águila-Real, J., “*Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales*”; op. cit.; Págs. 9 y ss.). Este autor da un paso

más allá – lo que, en cierta medida, supone volver a los postulados de la Escuela de Chicago – desde un enfoque que, por ejemplo, Zurimendi entiende más voluntarista que apegado a la norma del Art. 101. Para Alfaro no es sólo que los acuerdos verticales deban presumirse procompetitivos, sino a más a más que los mismos no serán en ningún caso ilícitos. Se exceptúa de lo anterior el caso de que los protagonicen empresas en posición dominante, pero, en tal caso, no por la existencia de colusión sino por la de abuso de posición dominante.

Teoriza este autor para intentar imaginar cuando un acuerdo vertical podrá ser ilícito y se responde que cuando pudiera ser perjudicial para los consumidores por la restricción de la competencia intermarcas dentro del establecimiento (la competencia que se hacen entre sí las diversas marcas de un mismo producto de referencia – bebidas de cola en el ejemplo del mismo profesor - dentro del establecimiento). Y así, si una cláusula de no competencia obligara a una gran superficie a no adquirir los refrescos de cola de la marca competidora, saldría perjudicada la libertad de elección de los consumidores dentro del establecimiento. Sin embargo de aquí no tendría que resultar una restricción sensible para el juego de la competencia salvo cuando las partes del acuerdo vertical (la distribuidora de los refrescos envasados y el titular de la gran superficie) disfrutasen de una posición dominante en sus mercados respectivos y abusasen de ella.

Fuera de estos casos existirían mecanismos de regulación y arbitraje dentro de los mercados que servirían para preservar el juego de la competencia. Llevando el ejemplo hasta sus últimas consecuencias, si la distribuidora o envasadora carece de posición dominante no podrá elevar precios en perjuicio de los consumidores y será sensible al poder de compra del titular de la gran superficie que, en cualquier momento, en función de las preferencias de los consumidores, podrá decantarse por otra marca diferente. Si la empresa titular de la gran superficie carece a su vez de posición dominante en el mercado minorista de venta a los consumidores, estos podrán acudir a otros establecimientos en los que se encuentre presente la marca de su preferencia, máxime si se considera que no se trata de supuestos de compra única sino de compra repetida en los que la experiencia sirve al consumidor para dirigir sus hábitos de compra hacia donde más le interese. En conclusión, que sólo cuando se produzcan abusos de posición dominante los acuerdos verticales podrán forzar a decisiones de consumo subóptimas desde la óptica de la competencia entendidas éstas como decisiones de los consumidores que no se corresponden con sus gustos o preferencias personales.

- ❖ **Aplicación del Reglamento de Exención por categorías.** Abandonando ya las reflexiones del Profesor Alfaro, para que las autoridades de la competencia pasen a evaluar los efectos contrarios a la libre competencia de la colusión vertical con incidencia dentro del mercado de la publicidad televisada, un primer presupuesto sería el de que no resultara de aplicación la exención colectiva prevista en el Reglamento 330/2010 de la Comisión de Exención por categorías. Como ya se sabe, las dos condiciones para que pueda haber lugar a la exención son la ***inexistencia de poder de mercado en proveedor y comprador***, en sus mercados respectivos de venta y de compra, por encima de cierta cuota y la de que no nos encontremos ante alguna de las ***prácticas restrictivas tipificadas como de especial gravedad*** en el propio Reglamento de Exención. Además, podríamos añadir nosotros un tercer presupuesto de carácter negativo, a saber, ***que no se haya acordado la exclusión (o retirada) de la exención por categorías ni tampoco su inaplicabilidad***.

- **Ausencia de poder de mercado.** Partiendo de lo dicho más arriba en cuanto a la escasa incidencia sobre el mercado de la publicidad televisada de la colusión vertical entre organismos de radiodifusión y prestadores de servicios de audimetría, de la remisión al estudio realizado a propósito del mercado de la audiencia o de los telespectadores para todo lo concerniente a los acuerdos verticales entre organismos de radiodifusión y proveedores de sus insumos (contenidos o servicios de comunicaciones electrónicas) y, finalmente, de la no consideración de la competencia intramarca entre agencias de publicidad activas en el mercado español para la comercialización de servicios de publicidad ofrecidos por un difusor determinado, la única hipótesis de acuerdo vertical sería la referida a un posible acuerdo entre un difusor y un anunciante.

Centrados, pues, en esta hipótesis de un acuerdo vertical entre un organismo de difusión televisiva y un anunciante, partiendo de la realidad del mercado español de la publicidad televisada, en el que la cuota de ninguno de los anunciantes en el mercado de compra excedería del 5 % y la de ninguno de los difusores en el de venta tampoco llegaría al 30 % (máxime en un escenario de digitalización), habría que concluir la aplicabilidad de la exención por categorías salvo que se tratara de alguno de los supuestos excluidos.

- **Ausencia de prácticas restrictivas de especial gravedad (cláusula de no competencia).** Respecto de éstos, como hipótesis de mayor virtualidad habría que imaginar la de cláusulas de no competencia. Estas cláusulas de no competencia se definen (Art. 1.1.d del Reglamento de Exención por categorías) como “*cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente*” (Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...]*” “*Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales*”; “*§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre*” (Págs. 321 y ss.); “*§ 3. 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción*” (Págs. 341 y ss.); “*§3.4.1. Cláusula de no competencia*” (Págs. 341 y ss.); “*§3.4.2. Cláusula de no competencia ex post*” (Págs. 343 y ss.).

Llevado lo anterior a nuestro caso se trataría de cláusulas de no competencia que prohibieran a un anunciante (Vg. *Telefónica*), directa o indirectamente, adquirir servicios de publicidad televisada de una cadena que no fuera la determinada (p.e. *Telecinco*) o le exigieran, directa o indirectamente, adquirir de *Telecinco* más del 80 % de sus compras de publicidad televisada.

De acuerdo con el Art. 5 del Reglamento de Exención por categorías, para que la exención no fuera aplicable a la obligación de no competencia incluida en el acuerdo vertical, su duración tendría que ser indefinida o exceder de los 5 años o prohibir al anunciante la contratación de servicios publicitarios, una vez expirada su vigencia. La exención sería, en cambio, aplicable si se exigiera para la renovación

de la cláusula de no competencia, una vez transcurridos los 5 años, el consentimiento expreso de las dos partes o si no se dieran obstáculos que impidieran al comprador dar por concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término de 5 años (ver apartados 58 y 59 de las Directrices). En este sentido, también el TJCE ha llegado a admitir la compatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia de un contrato de distribución con cláusula de no competencia, que pese a ser de duración indefinida, permitía al distribuidor rescindir la relación contractual mediante preaviso de un año (STJCE de 7 de diciembre de 2000 *Neste*, asunto C-214/99; V. al respecto Cumming, G.; “*Neste Markkinointi Oy and Yötuuli Ky*”, *European Competition Law Review*, Volume 22, Issue 9, Septiembre 2001, pág. 394).

➤ ***Ausencia de exclusión o retirada de la exención y ausencia de inaplicabilidad.*** Cabría aquí pues distinguir esos dos supuestos:

- **Exclusión o retirada de la exención por categorías.** Debe, sin embargo, tenerse presente que el hecho de que cierta restricción vertical en concreto caiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por categorías conforme a cuanto se acaba de decir, sólo sienta la presunción de que dicha restricción vertical cumple las condiciones del ap. 3 del Art. 81; pero se trata sólo de eso, de una presunción que podrá ser desvirtuada por las autoridades de la competencia nacional o comunitaria a las que incumbirá la aportación de pruebas en sentido contrario con vistas a retirar la exención (“*en particular, cuando se restrinja de forma significativa el acceso al mercado de referencia, o la competencia en el mismo, por el efecto acumulativo de redes paralelas de restricciones verticales similares puestas en práctica por proveedores o compradores competidores*”).
- **Inaplicabilidad de la exención por categorías.** Este supuesto de exclusión o retirada de la exención para un caso específico ha de diferenciarse del de inaplicabilidad previsto en el Art. 8 del Reglamento de Exención por categorías; afirmando al efecto la Comisión: “*el artículo 8 del Reglamento de Exención por Categorías faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más del 50 % de un mercado de referencia. Esta medida no se dirige a empresas individuales sino que concierne a todas aquellas empresas cuyos acuerdos se definen en el Reglamento por el que se declara la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías*”.

Dentro del ordenamiento jurídico español, es la Sección VI del vigente Reglamento de Defensa de la Competencia el que se ocupa de la Retirada de la Exención por Categorías. En particular, el Art. 44 prevé que “*La Comisión Nacional de la Competencia podrá retirar, de acuerdo con lo establecido en los correspondientes Reglamentos de exención por categorías, el beneficio de la exención prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, si comprobara que, en un caso determinado, un acuerdo que disfruta de una exención produce efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio*” (Ap. 1) y que “*Asimismo, dicho procedimiento podrá iniciarse cuando se den las condiciones de retirada previstas en el Reglamento comunitario de exención por categorías que fuese aplicable al supuesto concreto*”. Esta última mención se refiere, más bien, al supuesto de inaplicabilidad

- ❖ **Tipo concreto de acuerdo vertical (cláusula de no competencia).** La posibilidad de unas cláusulas de no competencia prohibidas, aunque difícil, no sería, ciertamente, imposible dentro del mercado español de la publicidad televisada. A ella ceñiremos las reflexiones que siguen y con las que nos ocuparemos de los siguientes aspectos, ***poder de mercado, ejemplo de cláusula de no competencia en otros mercados (caso Intel) y ejemplo de cláusula de no competencia en el mercado español de la publicidad televisada:***

- ***Poder de mercado.*** Sentado que no resultase de aplicación la exención por categorías, lo siguiente sería que el organismo de radiodifusión comprador y el anunciante se encontraran en una situación catalogable como de “poder de mercado”; en este sentido, ya se hay visto que hay situaciones en las que el Reglamento de Exención por Categorías no se aplica aún cuando no haya poder de mercado. Por las mismas razones que vimos al ocuparnos del mercado de los telespectadores será lo más habitual que llegue a darse esa situación de poder de mercado, dado que la cuota del difusor dentro del mercado de la publicidad televisada, si no idéntica, sí, al menos, estará muy próxima a la disfrutada por el mismo dentro del mercado de los telespectadores, y en todo caso se situará por encima del umbral del 15 %. Por las mismas razones, será improbable que un acuerdo vertical que tenga a un oferente de servicios de publicidad televisada como parte pueda llegar a beneficiarse de la comunicación *de minimis*.
- ***Ejemplo de cláusula de no competencia en otros mercados (el caso Intel).*** Una cláusula de no competencia como las que venimos refiriendo quedaría incluida dentro del grupo de Marca Única, en el que se incluyen los acuerdos cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.1. Marca única” (Págs. 350 y ss.)]

En esencia, los acuerdos verticales limitan al adquirente a la hora de adquirir los mismos bienes y servicios de otros proveedores y/o de entrar en determinados acuerdos de venta con otros potenciales adquirentes (para un examen detallado de ejemplos, puede verse J. Lever and S. Neubauer, “Vertical Restraints, Their Motivation and Justification”, [2000] 1 ECLR 7.)

Un ejemplo reciente de esta clase de restricciones verticales del grupo de marca única lo encontramos en la sanción 1.060 millones de euros (1.450 millones de dólares) impuesta a *INTEL* en 2009 por la Comisión Europea mediante decisión de 13 de mayo. La sanción fue impuesta por abuso de posición dominante (abuso de exclusión). A lo largo del periodo 2002-2007 Intel mantuvo una cuota de mercado del 70 % en el llamado chip x86 (imprescindible para el funcionamiento de los ordenadores) y abusó de esa posición dominante para excluir del mercado a sus competidores, principalmente, el fabricante de microchips *Advanced Micro Devices (AMD)*.

Pero, aún cuando la sanción fue por abuso de exclusión, *Intel* recurrió a la colusión vertical para verificar ese abuso. En concreto, en palabras de la Comisaria de Competencia, Neelie Kroes: “*La Comisión ha demostrado que Intel excluyó del mercado a sus competidores a través de descuentos de fidelidad ilegales y de pagos a los fabricantes de ordenadores - concedidos a Acer, Dell, HP, Lenovo y NEC a cambio de que sólo utilizaran microchips Intel - y a los distribuidores – concedidos a Media Saturn (dueña de las cadenas de distribución MediaMarkt y Saturn) para que sólo ofreciera en sus estanterías los ordenadores provistos con procesadores Intel - para restringir la comercialización de los productos de sus competidores*”. En este sentido, sabemos ya que la aplicación de todo el cuerpo doctrinal relativo a la colusión vertical es perfectamente compatible con la del que se refiere al abuso de posición dominante.

Similares prácticas anticompetitivas de *Intel* fueron las que dieron lugar a que el Fiscal de Nueva York (Andrew Cuomo) anunciara en noviembre de 2009 la presentación de la correspondiente demanda por prácticas contrarias a la normativa estatal y federal antimonopolio contra *Intel*. En su comunicado de prensa, la Fiscalía daba cuenta de que *Intel* había llegado a acuerdos exclusivos con grandes fabricantes de ordenadores, incluidos los tres más grandes de EE.UU. (*Dell, HP e IBM*) en los que éstos accedían a utilizar los microprocesadores de *Intel* a cambio del pago de miles de millones de dólares. “*No sólo restringió la presencia de potenciales competidores, sino que perjudicó al consumidor medio, al que privó de mejores productos y precios más bajos*”, se leía en dicho comunicado. Las unidades de proceso x86 fabricadas por *Intel* se utilizaban en la mayoría de ordenadores y representaban un mercado que superaba los 30.000 millones de dólares en ventas anuales mundiales. Se calculaba que *Intel* controlaba alrededor del 90 % de ese mercado mundial en cuanto a ingresos y el 80 % en cuanto a volumen de ventas.

A la vista del comunicado de la Fiscalía, *Intel* no sólo habría incurrido en prácticas restrictivas de la competencia, sino además en otras rayanas en la competencia desleal y en el ilícito penal toda vez que “*en vez de competir limpiamente, Intel utilizó el soborno y la coacción para mantener el estrangulamiento del mercado*” y que amenazó y castigó a algunos fabricantes a los que consideraba “*demasiado próximos a sus competidores*” con represalias como, por ejemplo, dejar de pagar las cantidades que recibían de *Intel*, financiar directamente a los rivales de esos fabricantes o dar por terminadas las alianzas para el desarrollo de productos. La Fiscalía hizo públicos correos electrónicos muy embarazosos de Paul Otellini (máximo mandatario de *Intel*) en los que se decía que Michael Dell, que usaba exclusivamente sus microprocesadores, era “*el mejor amigo que el dinero puede comprar*”.

Del mismo modo, la FTC (autoridad de la competencia estadounidense) anunció el 16 de diciembre de 2009 que iniciaba actuaciones contra *Intel* por “*haber realizado una campaña sistemática para acabar con sus rivales competidores en el área de los microchips, cortándoles el acceso a los mercados*”. Para ese organismo federal, el fabricante “*ha(bía) privado a los consumidores de una elección y de la innovación*”, porque “*sus prácticas anticompetencia estaban designadas para frenar productos superiores que podían amenazar su monopolio de CPU en el mercado de los micropocesadores*”. Además, durante la última década Intel “*tuvo*

éxito en su estrategia de mantener un monopolio a expensas de los consumidores, que se han visto privados del acceso a productos potencialmente superiores, a procesadores que no fueran suyos para las CPU (de los ordenadores) y a precios más bajos". El Director de Competencia de la FCT, Richard Feinstein, subrayó que "la Comisión actúa hoy para evitar los daños que Intel ha hecho a la competencia, la innovación y, en último caso, al consumidor estadounidense".

A mediados de noviembre de 2009, *Intel* y *AMD* cerraban un acuerdo extrajudicial en virtud del cual la segunda percibía la cantidad de 1.250 millones de dólares (unos 860 millones de euros) para poner fin a la batalla legal entre los dos fabricantes de microprocesadores, incluyendo las causas referidas a patentes y demandas antimonopolio. Según el acuerdo alcanzado, *AMD* e *Intel* obtenían derechos sobre patentes a través de un nuevo acuerdo de licencias cruzadas de cinco años de duración (ver lo que se dirá al ocuparnos de los acuerdos de cooperación horizontal de los acuerdos de transferencia de tecnología como vía de terminación de litigios). Asimismo, *Intel* y *AMD* pactaban abandonar cualquier reclamación referida a la ruptura de su anterior acuerdo de licencia. Sin embargo, la virtualidad de tal acuerdo no se extendía a neutralizar aquellos procedimientos que de oficio hubieran de impulsar las autoridades, judiciales y de la competencia, norteamericanas y europeas a los que se ha hecho referencia.

➤ ***Ejemplo de cláusula de no competencia en el mercado español de la publicidad televisada.*** Aquí cabría ocuparse de los siguientes aspectos, **efectos anticompetitivos de la cláusula de no competencia, supuesto específico de la cláusula de no competencia de duración superior a los 5 años y supuesto específico de la cláusula de no competencia *ex post*:**

- **Efectos anticompetitivos de la cláusula de no competencia.** En este caso, los más importantes efectos anticompetitivos sobre el mercado de la publicidad televisada de la colusión vertical podrían ser: **(a)** la exclusión del mercado de la publicidad televisada de otros proveedores u obstáculos a su expansión y la elevación de barreras a la entrada de nuevos competidores (en el ejemplo, *Antena 3* no podría prestar servicios de publicidad televisada a *Telefónica*); **(b)** la reducción de la competencia intermarcas entre difusores oferentes dentro del mercado de los servicios de publicidad televisada e incremento del riesgo de colusión (la exclusión a que se ha hecho referencia bajo la letra anterior no sería más que una manifestación extrema de esa reducción de la competencia intermarcas entre difusores dentro del mercado de la publicidad televisada).

Como ponen de relieve los autores (Araujo y Escudero en "Tratado de Derecho de la Competencia...", Op. cit., Vol. I, Pág. 350, nota al pie n.º 65): *"En estos apartados la Comisión plasma el nuevo enfoque económico que pretende aplicar a las restricciones verticales. Esta nueva aproximación es el fruto de un largo debate que precedió a la publicación del Reglamento y Directrices, que dio lugar a un volumen significativo de literatura académica sobre la cuestión. Como muestra, Lever, J. y Neubauer, S. "Vertical Restraints, Their Motivation and Justification", European Competition Law Review, Volume 21, Issue 1, Enero 2000, p. 7, Hughes, M. y otros, "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under UK and EC Competition Law", European Competition Law Review, Volume 22, Issue 10, Octubre 2001, p. 424".*

- **Supuesto específico de la cláusula de no competencia de duración superior a los 5 años.** Ahora bien, el supuesto de cláusula de no competencia que venimos contemplando sería, en realidad, doble. En primer lugar, podríamos hablar de una cláusula de no competencia de duración superior a los 5 años, y, en segundo lugar, tendríamos la cláusula de no competencia *ex post*, cuya duración no tendría por qué necesariamente exceder de dicho plazo. En el primer caso, probablemente, la cláusula de no competencia debiera ser prohibida pues, de acuerdo con las Directrices (considerando 133), “*las obligaciones de marca única de duración superior a cinco años, para la mayoría de los tipos de inversiones, no se consideran necesarias para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión que producen*”.
- **Supuesto específico de la cláusula de no competencia *ex post*.** Respecto de la cláusula de no competencia *ex post* se haría necesaria una mayor ponderación. En general, tal y como refieren las Directrices (considerando 134), si los competidores en el mercado de la publicidad televisada son numerosos y lo bastante fuertes no cabrá prever efecto anticompetitivo significativo (efecto único). La exclusión de los competidores no será probable cuando ocupen posiciones de mercado similares y puedan ofrecer productos de atractivo similar. Partiendo de lo anterior, no sería probable que la cláusula de no competencia *ex post* terminara por excluir a *Antena 3* del mercado español de la publicidad televisada, al ser su cuota de mercado similar a la de *Telecinco*.

Sin embargo, en ese caso, la exclusión puede afectar a los operadores potenciales (incluyendo bajo esta definición los competidores actuales con potencial de expansión como *Cuatro* o *La Sexta*, antes de su integración en *Telecinco* y *Antena 3*, respectivamente, y, tras lo anterior, a otras cadenas de menor audiencia) si varios proveedores principales celebran contratos de marca única con un número significativo de compradores en el mercado pertinente (situación de efecto acumulativo). Ésta es también una situación en la que los acuerdos de marca única pueden facilitar la colusión entre proveedores competidores (*Telecinco* y *Antena 3*, en nuestro caso).

En *Brasserie de Haecht* (Sentencia del TJCE de 6 de febrero de 1973 en el asunto 48/72, *SA Brasserie de Haecht* c. *Wilkin Janssen*, Rec. P. 77), ya apuntó el Tribunal que los acuerdos individuales, de por sí incapaces de afectar al comercio entre los Estados miembros, deberían evaluarse teniendo en cuenta la “red” o conjunto de acuerdos similares, abriendo así la posibilidad de que las normas comunitarias sobre competencia se aplicaran a los sistemas más comunes de distribución y no, únicamente, a determinados acuerdos concretos. (Vid también en este sentido el Ap. 8 de la Comunicación *de minimis*; Op. cit.).

De acuerdo con las Directrices (considerando 135), “*en los casos en los cuales la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30 % y la de los cinco principales proveedores se sitúa por debajo del 50 %, es improbable que se dé una situación de efecto anticompetitivo único o acumulativo*” y “*si un operador potencial no puede penetrar en el mercado en condiciones de rentabilidad, es probable que ello se deba a factores distintos a las obligaciones*

de marca única, tales como las preferencias del consumidor” (anunciante en nuestro caso). Es decir, que en el caso de cláusula de no competencia *ex post* como la que venimos empleando como ejemplo en el mercado español de la publicidad televisada habría que plantearse la posibilidad de riesgo anticompetitivo (p.e., entre 2008 y 2010, *Telecinco* disfrutó de una cuota superior al 30 % en el mercado español de la publicidad televisada).

Sin embargo, parece también que tal riesgo de efecto anticompetitivo sería difícil que llegara a concretarse porque *“cuando para los proveedores competidores sea relativamente fácil crear nuevos compradores o encontrar compradores alternativos para el producto, es poco probable que la exclusión constituya un problema real”*; lo que sería nuestro caso, dada que la demanda rebasa a la oferta en el mercado de los servicios de publicidad televisada (considerando 136).

A estos efectos, otros factores, sobre todo referentes al producto, serían pertinentes al animar la sustitución (coste, homogeneidad y valor de compra única). A diferencia de los servicios de difusión televisiva, que son gratuitos, los de publicidad televisada son muy onerosos para el anunciante, lo que estimulará a éste a buscar la sustitución y atenuará, en fin, los efectos anticompetitivos de la colusión vertical. Esa sustitución se vería también facilitada por el hecho de ser muy homogéneos los servicios publicitarios ofrecidos por unos y otros difusores y por la ausencia de cualquier valor de compra única que pudiera vincular al anunciante con un determinado organismo de radiodifusión.

Otro factor pertinente de valoración podría ser el grado de madurez del mercado. Atendiendo a este factor, un mercado de producto o servicio maduro sería por ejemplo el de la publicidad televisada mientras que otro distinto del anterior, como veremos, y mucho más dinámico podría ser el de la publicidad en IT. Una restricción vertical consistente en una cláusula de no competencia en virtud de la cual un prestador de servicios de publicidad en IT como, por ejemplo, *Google* impusiera a sus anunciantes no insertar sus anuncios en otros portales competidores, tendría muchos menos efectos anticompetitivos dentro del mercado de referencia que otra por mor de la cual un oferente de servicios de publicidad en TV como *Antena 3* exigiera a un anunciante o agencia de publicidad no publicitarse en otras cadenas.

No obstante, que lo anterior llegara o no definitivamente a ser así dependería de la cuota de vinculación existente dentro del mercado de referencia a consecuencia de los diversos contratos de marca única (es decir, la cuota de mercado de los proveedores derivada de los acuerdos de marca única); probablemente, al tener, al menos *Telecinco*, una cuota superior al 30 % en el mercado español de la publicidad televisada y considerando como minorista el mercado de los servicios de publicidad televisada, resultaría *“poco probable que aparezca un efecto acumulativo de exclusión si la cuota de mercado vinculada total es inferior al 30 %”* (considerando 141 de las Directrices).

(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal

Dentro de este epígrafe pasaremos también a hacer apartados, a saber, aplicación de la exención por categorías, aplicación de la comunicación de minimis, efectos anticompetitivos de los acuerdos de cooperación horizontal, carácter lesivo para el juego de la competencia de los acuerdos de cooperación horizontal y tipos concretos de acuerdos de cooperación horizontal:

- ❖ Aplicación de la exención por categorías. Un primer presupuesto para que las autoridades de la competencia pasen evaluar los efectos anticompetitivos para el juego de la competencia derivados de la cooperación horizontal dentro del mercado de la publicidad televisada pasará por la inaplicabilidad de la exención por categorías.

En el Derecho norteamericano la *Sherman Act* establecía un tratamiento común para todas las prácticas concertadas, con independencia de su carácter vertical u horizontal, prohibiéndolas. Sin embargo, ese rigor fue pronto matizado gracias a la doctrina de las autoridades antitrust que sentaron la llamada *rule of reason* en virtud de la cual podían ser excluidos de la prohibición general aquellas prácticas o acuerdos que resultasen ser beneficiosos para el juego de la competencia. Era, por tanto, a la hora de aplicar esa *rule of reason*, y nunca antes, que debían jugar y ser tomadas en cuentas las presunciones sobre un efecto procompetitivo, y esto sólo en el caso de los acuerdos verticales, no en el de los horizontales.

En la década de los 60, prácticamente todas las restricciones, verticales u horizontales, quedaban prohibidas y sólo algunas pocas verticales se autorizaban por la vía de la aplicación de la *rule of reason*. Con los planteamientos de la Escuela de Chicago esta tendencia se invirtió respecto a las verticales de modo que bajo las Administraciones Reagan y Bush prácticamente ninguna restricción vertical se prohibía. Posteriormente, si bien con respecto a las restricciones horizontales podía mantener sentido su prohibición o, más excepcionalmente, su análisis bajo el prisma de la *rule of reason*, en el caso de las verticales, dado que son procompetitivas en la mayoría de los casos, la regla era la de someterlas, no a una *rule of reason* en toda su extensión, sino a la denominada *quick look rule of reason* consistente en un rápido examen sobre determinadas circunstancias del caso, prácticamente limitado a dirimir la existencia de posición dominante. Más recientemente y ya con la Administración Clinton, la revisión de los postulados de la Escuela de Chicago, a veces desde la propia escuela, y la necesidad de matizar la benignidad de las restricciones verticales condujo a no exceptuar de la *rule of reason*, en toda su extensión, ninguna restricción vertical, de modo que si bien las mayor parte resultaban autorizadas, ello era por aplicación de la propia *rule of reason*. Como contrapartida, la aplicación de esa misma *rule of reason* condujo a que resultasen prohibidas la mayor parte de las restricciones horizontales (V. sobre los postulados de la Escuela de Chicago y su evolución posterior, Riordan/Salop “*Evaluating vertical mergers: a post-Chicago approach*”, *ALJ*, 63; Págs. 513 a 515; o Posner: “*Antitrust Law*”, 2nd ed., The University of Chicago Press, Chicago-London, 2001, págs. 171 a 189, 223 y ss., 229-230 y 265; y sobre la aproximación liberal a los acuerdos verticales sin efectos horizontales de la Administración norteamericana en los años ochenta véase: Steptoe, M. L./Wilson, D. L.: “*Developments in Exclusive Dealing*”, *Antitrust*, 1996, p 25 ss.).

Revela lo anterior una mayor desconfianza de las autoridades de la competencia frente a los acuerdos horizontales que frente a los verticales, siendo ésta también la razón de que el alcance de la exención por categorías sea general en el caso de los acuerdos verticales y sólo concreto y limitado en el ámbito de los acuerdos horizontales.

Las exenciones previstas en el Reglamento de Exención en I + D y en el Reglamento de Exención en transferencia de tecnología apenas si tendrían un papel que jugar por razones idénticas a las expuestas al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores, esencialmente, que se trata de un mercado maduro donde la tecnología es bien conocida. Acaso pudiera suponer una excepción a lo anterior el desarrollo de los servicios de publicidad televisada interactiva, los cuales se encuentran ya previstos en alguna norma reciente, sobre todo autonómica (*Vid Supra*) y que, como vimos, permiten al espectador, desde un entorno de difusión lineal, pulsar un icono y acceder a otro interactivo. Realmente, las dificultades asociadas a la generalización de esta clase de servicios publicitarios se vinculan sobre todo al desarrollo de la plataforma de TDT en condiciones tales que permitan la prestación de servicios interactivos (bidireccionales) a través de la misma. Por lo anterior valdrá con remitirnos a todo lo dicho a propósito del mercado de los servicios de difusión televisiva y a lo que diremos al hilo del mercado de los servicios de TV digital interactiva.

También por razones muy similares a las expuestas al tratar del mercado de los telespectadores, carecerían de especial trascendencia, dentro del mercado de los servicios de publicidad televisada, las exenciones previstas en el Reglamento de Exención en Especialización para los acuerdos de especialización, pues ningún sentido tendría que un difusor dejara de prestar los servicios de publicidad televisada a los anunciantes para pasar a adquirirlos de un competidor y revenderlos entre esos mismos anunciantes (lo que sería tanto como que dejara de comportarse como organismo de radiodifusión para pasar a hacerlo como simple agencia de publicidad interpuesta entre el difusor competidor y los anunciantes). Tampoco, y sin salir del ámbito del propio Reglamento de Exención en Especialización, tendría mucho sentido que dos o más difusores televisivos se coordinaran para la producción en común de servicios de publicidad televisada; lo anterior más bien tendría que articularse mediante la concentración de títulos habilitantes y cadenas en una entidad de nueva creación como sucedió, por ejemplo, con la integración de *Telecinco* y *Cuatro*.

- ❖ **Aplicación de la comunicación de minimis.** Sentado que no resulta de aplicación la exención por categorías conforme a lo que se acaba de estudiar, lo siguiente para que las autoridades de la competencia entren a ponderar los efectos anticompetitivos de cierto acuerdo horizontal dentro del mercado de la publicidad televisada será que concurra el presupuesto del poder de mercado, lo que, como vimos, tiende a identificarse con la superación de los umbrales fijados en la Comunicación *de minimis*; a saber que la cuota conjunta dentro del mercado de la publicidad televisada de las partes puestas de acuerdo exceda del 10 %. Lo anterior, por lo mismo que se dijo al tratar del mercado de los telespectadores, lo más probable será que se dé dentro del mercado de la publicidad televisada (p.e. partiendo de la situación correspondiente al mercado español de la publicidad televisada, antes de las recientes fusiones, incluso la cooperación horizontal entre *Cuatro* y *La Sexta*, probablemente, excedería de ese límite).

Aún por debajo de ese límite, conforme a la Comunicación *de minimis*, habría acuerdos horizontales especialmente graves para los que, en todo caso, habrían de ser evaluados los efectos anticompetitivos. De estos, dentro del mercado de la publicidad televisada, cabría que se dieran todos los previstos en la Comunicación *de minimis*, los cuales vendrían a coincidir con los supuestos de colusión horizontal o cártel ya estudiados, a saber: **(a)** los de fijación de los precios de venta a los anunciantes de los servicios de publicidad televisada; **(b)** el recorte del tiempo de publicidad vendido a los anunciantes; **(c)** el reparto del mercado, como cuando los difusores televisivos se repartan el mercado de los telespectadores por categorías de clientes con el efecto de repartirse en el de la publicidad televisada los anunciantes de productos o servicios dirigidos a cada una de esas categorías. Lo anterior es así porque resulta perfectamente posible que un acuerdo de cooperación horizontal no sea más que la apariencia externa de un supuesto de verdadero cártel.

❖ **Carácter lesivo para el juego de la competencia de los acuerdos de cooperación horizontal.** Dada la imposibilidad, puesta de manifiesto por la Comisión en sus Directrices sobre Restricciones horizontales, de reconducir el amplio espectro de la cooperación horizontal a un catálogo cerrado de acuerdos, tampoco resultaría viable la sistematización de sus efectos anticompetitivos. Aquí podríamos distinguir entre ***efectos anticompetitivos*** y ***factores de ponderación de esos efectos anticompetitivos***:

➤ ***Efectos anticompetitivos.*** Así las cosas, habría que conformarse con remitirse a los referidos al tratar de la concentración de empresas, en general; si bien con la ya consabida advertencia de que, dada la ausencia de integración jurídica, en el caso de la simple cooperación horizontal, los mismos tenderán a dotarse de una menor intensidad. Por ende, los riesgos para el juego de la competencia en el caso de la cooperación horizontal entre difusores activos dentro del mercado de la publicidad televisada podrían ser: **(a)** la atenuación de la presión competitiva existente entre ellos; **(b)** el riesgo de que consideren el de la concertación como el modelo económico viable en el medio y largo plazo; lo que se verá agravado partiendo del escenario actual (otra cosa será el que arroje multiplicación de canales asociado a la digitalización) dentro del mercado de la publicidad televisada en el que la demanda de los servicios se encuentra muy por encima de la oferta (nulo o escaso poder compensatorio de la demanda); **(c)** el peligro de que la cooperación horizontal estimule a los difusores para elevar las tarifas cobradas a los anunciantes.

➤ ***Factores de ponderación de los efectos anticompetitivos.*** Por lo que se refiere a los efectos de ponderación de esos efectos anticompetitivos derivados de la cooperación horizontal, podríamos diferenciar las siguientes categorías, **factores previstos para los acuerdos verticales, factores previstos para las concentraciones horizontales y factores específicos de las restricciones horizontales**:

- **Factores previstos para los acuerdos verticales.** Podríamos empezar por referirnos a los factores de ponderación enunciados al tratar de la colusión vertical. Sintetizando lo dicho, tanto allí como al ocuparnos del mercado de los telespectadores, podríamos destacar que los efectos de la concertación horizontal, ya de por sí más perniciosos que la vertical, dentro del mercado de la publicidad televisada serían especialmente graves teniendo en cuenta que se trata de un mercado maduro, de servicios finales y protegido por fortísimas barreras de entrada normativas y económicas. La gravedad de esos efectos, en alguna

medida, se vería compensada por el hecho de tratarse de un mercado en el que los anunciantes estarían muy incentivados para buscar la sustitución por lo oneroso de los servicios vendidos, por la homogeneidad de los mismos y por la ausencia de costes de transferencia que dificulten a los mismos pasar a contratar los servicios publicitarios con un difusor distinto al habitual. En lo demás, el daño para el juego de la competencia se hará sentir especialmente cuando la cooperación horizontal se dé entre dos operadores que actúen como líderes en la fijación de precios (*Telecinco* o *Antena 3*) o con la intención de excluir del mercado de la publicidad televisada a una firma discolpa como *La Sexta*, insistimos, antes de las recientes fusiones.

- **Factores previstos para las concentraciones horizontales.** En segundo término, cabrá que importemos los criterios de evaluación incluidos en las Directrices de la Comisión sobre concentraciones horizontales. Los efectos perniciosos para el juego de la competencia derivados de los acuerdos horizontales se verán acentuados en la medida en que los mismos permitan a los difusores concertados impedir la expansión de sus competidores dentro del mercado de la publicidad televisada o bloquear la entrada de nuevos operadores. Del mismo modo, esos efectos quedarán agravados cuando el acuerdo permita a los operadores puestos de acuerdo influir sobre las condiciones en las que se basa la coordinación (p.e. las tarifas), lo que vendrá facilitado por la simplicidad del mercado de la publicidad televisada (pocos oferentes con similar modelo de negocio y todos con cuotas de mercado elevadas), por la posibilidad de que el operador concertado que pudiera llegar a sentirse traicionado por el otro pudiera activar medidas de retorsión (Vg. bajando las tarifas) o por la nula o escasa capacidad de reacción de los competidores frente a la concertación horizontal (p.e., si la calidad de su parrilla de programación y niveles de audiencia estuvieran muy por debajo de los de los difusores concertados).
 - **Factores específicos de las restricciones horizontales.** En tercer y último lugar, habría que estar a los factores de ponderación específicamente enunciados en las Directrices sobre restricciones horizontales. De ellos, habría que centrarse en los que agravan los efectos anticompetitivos de la concertación horizontal, en concreto: **(a)** el hecho de que las más de las veces cualquier acuerdo horizontal entre difusores dentro del mercado de la publicidad televisada tendrá como objeto, y no meramente como efecto, restringir el juego de la competencia dentro del mismo; **(b)** la estabilidad en el tiempo de cuotas de mercado elevadas en manos de pocos oferentes, lo que alentará la colusión; **(c)** el prácticamente irrelevante poder de la demanda; **(d)** el hecho de que resulte muy difícil de imaginar la concurrencia de eficiencias que de esas restricciones horizontales pudieran derivarse para el mercado o los consumidores.
- ❖ **Tipos concretos de acuerdos de cooperación horizontal.** Dentro de estos podríamos diferenciar entre *acuerdos de cooperación horizontal con escasa incidencia en el mercado de la publicidad televisada*, *acuerdos de compra conjunta* y *acuerdos de comercialización (venta conjunta)*:
- ***Acuerdos de cooperación horizontal con escasa incidencia en el mercado de la publicidad televisada.*** Ahondando ya en las concretas restricciones horizontales enunciadas en las Directrices sobre cooperación horizontal, habría que concluir la

irrelevancia de los acuerdos de I + D y de transferencia de tecnología dentro del mercado de la publicidad televisada por los mismos motivos referidos al ocuparnos de la exención por categorías. También de lo dicho al tratar de la exención por categorías habría que inferir la escasa incidencia de los acuerdos de especialización y producción en el ámbito en que nos movemos. Tampoco, en fin, cabrá imaginar ninguna virtualidad para los acuerdos de estandarización dentro del mercado de la publicidad televisada.

- **Acuerdos de compra conjunta.** Y en cuanto a los de compra conjunta, valdría con remitirnos íntegramente a lo dicho en sede de mercado de la audiencia o de los telespectadores, desde el mismo momento en que esos acuerdos horizontales no suponen más que hacer frente común para la adquisición de insumos en los mercados ascendentes y estos, ya vimos, son los mismos para el mercado de la audiencia y para el de la publicidad televisada. Y en lo concerniente a los servicios de audimetría, el hecho de que todos los difusores se pongan de acuerdo en dar por buenos los índices de audiencia facilitados por un determinado organismo (en España *Taylor Nelson Sofres*) obedece más a razones de fiabilidad y certidumbre dentro del mercado de la publicidad televisada que a la necesidad de fortalecer el poder de compra de los adquirentes individuales de esos servicios con vistas a compensar el poder económico del oferente de los mismos, que es la esencia de los acuerdos de compra conjunta.

Los acuerdos de compra conjunta dentro del mercado de la publicidad televisada sí podrían, en cambio, tener una mayor virtualidad cuando las partes de los mismos fueran los anunciantes interesados en incrementar el poder de compra del lado de la demanda frente a los organismos de radiodifusión. Un acuerdo tal tendría, en primer lugar, incidencia en horizontal sobre el mercado de los servicios de publicidad televisada y, en segundo término, una proyección en vertical sobre los mercados ascendentes con respecto al superpuesto de los servicios de TV en abierto, esto es, sobre los de los contenidos y los de los servicios de comunicaciones electrónicas. Los primeros habría que valorarlos con sujeción a las Directrices sobre cooperación horizontal y los segundos con arreglo a las Directrices sobre restricciones verticales. Centrándonos sólo en aquéllos, el mercado de compra de los servicios de publicidad televisada sería el único mercado afectado, al no existir mercados posteriores, pues son servicios finales que los anunciantes no revenden a su vez. Teniendo en cuenta que para la Comisión no concurriría el presupuesto del poder de mercado en el caso de una cuota inferior al 15 % del mercado de compra afectado y el escaso poder de mercado individual de los anunciantes, lo más probable es que no resultara necesario un mayor examen de los efectos anticompetitivos.

Aun suponiendo, sólo a efectos de completar la exposición, que los muchos anunciantes necesarios para integrar esa cuota del 15 % del mercado de compra llegaran a concertarse, los efectos anticompetitivos podrían ser principalmente: **(i)** una reducción de los precios de los servicios de publicidad televisada que, aún así, difícilmente, llegarían a situarse por debajo de umbrales competitivos; **(ii)** exclusión de competidores del mercado de compra o la posibilidad de que los difusores carguen sobre ellos lo dejado de cobrar de la plataforma de compra conjunta. Aún así, el acuerdo de compra conjunta no tendría que ser prohibido pues, para la Comisión, no producen efecto anticompetitivo los acuerdos entre partes que sólo compiten en el mercado de compra, pero no en los posteriores. Otros factores, que

abundarían en lo anterior, derivarían de la desconcentración del mercado de compra (IHH por debajo de 1.000) y el elevado poder de mercado de los proveedores de servicios de publicidad televisada. Finalmente, podrían muy bien concurrir eficiencias cuando la rebaja de los precios satisfechos por publicidad se tradujera en rebajas de los precios aplicados a los consumidores de los productos publicitados.

- ***Acuerdos de comercialización (venta conjunta).*** Otros acuerdos horizontales que podrían llegar a tener una especial incidencia dentro del mercado español de la publicidad televisada son los de comercialización. Ya sabemos que esta clase de acuerdos horizontales admiten diversas manifestaciones en las que la intensidad de la cooperación podrá ser mayor o menor. Dadas las características de los servicios de publicidad televisada no tendrían mucha trascendencia los acuerdos de publicitación conjunta (no parece que tenga mucho sentido que dos difusores desarrollen una campaña de publicidad conjunta para estimular entre los anunciantes la contratación de sus servicios de publicidad televisada) ni la prestación conjunta de servicios postventa (la relación comercial del organismo de radiodifusión con el anunciante se agota y no se extiende más allá de la inserción de en su parrilla de los anuncios de aquél) ni, en fin, los de distribución conjunta (la especial naturaleza de los servicios de publicidad televisada implica que los difusores no los “distribuirán” entre los anunciantes). En cambio sí cabría que cobraran una especial relevancia los de venta conjunta, por virtud de los cuales varios difusores se concertaran en horizontal para vender entre los anunciantes sus servicios de publicidad televisada estableciendo en común todas las condiciones comerciales de la venta de los servicios de publicidad televisada a los mismos, incluido el precio.

Recordemos el caso *Atres*. Con fecha 22 de julio de 2010, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) acordó la incoación de un expediente sancionador contra *Antena 3 de Televisión S.A.*, *Atres Advertising S.L.U.*, *Veo Televisión S.A. (VEO)* y *The Walt Disney Company Iberia S.L (TWDC)* por posibles conductas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). La apertura del expediente se produjo de oficio por parte de la Dirección de Investigación, tras haber tenido conocimiento de la suscripción por parte de las empresas anteriormente mencionadas de acuerdos de comercialización conjunta de espacios publicitarios de los canales de televisión del grupo *Antena 3*, con *VEO* y con *TWDC*. En el marco de la información reservada abierta para analizar los términos de los acuerdos suscritos, se obtuvo información de la que podía deducirse que había indicios racionales de la comisión, por parte de las empresas mencionadas de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que consistiría en acuerdos entre competidores, que afectarían a la comercialización de publicidad en televisión, y que contenían, entre otros, posibles pactos de fijación de tarifas y descuentos, y obligaciones de comercialización conjunta de productos (v. *infra*).

En estos supuestos, el mercado de referencia sería el de la publicidad televisada en tanto que mercados indirectamente afectados serían otros cercanos en los que las partes, al estar presentes, pudieran también llegar a coordinarse (si, p.e., cada uno de los dos difusores puestos de acuerdo dentro del mercado de referencia de la publicidad televisada se encuentra vinculado estructuralmente a su propia productora será probable que la colusión horizontal llegue a darse también en el

mercado indirectamente afectado de la producción independiente de obras audiovisuales para TV).

Como vimos en su lugar, en la medida en que los acuerdos de venta conjunta tienen por objeto la fijación de precios dentro del mercado de la publicidad televisada tendrán que ser considerados como acuerdos horizontales especialmente graves por el objeto que persiguen y, en consecuencia, declarados ilegales de forma automática. No obstante lo anterior, la Comisión admite que estos acuerdos de venta conjunta se beneficien de la exención individual prevista en el Art. 81.3 TCEE cuando la cuota conjunta de las partes, tanto en el mercado de referencia (en nuestro caso, el de la publicidad televisada), como en los indirectamente afectados no exceda del 15 % (p.e. un acuerdo de venta conjunta de sus servicios de publicidad televisada por parte de *Cuatro* y *La Sexta* podría llegar a ser declarado legal si su cuota combinada dentro del mercado español de la publicidad televisada no excediera del límite del 15 %). Finalmente, destacar que otro efecto especialmente grave asociado a un acuerdo de venta conjunta de los servicios de publicidad televisada podría ser el de que las partes concertadas llegaran a limitar la producción.

vii) Sobre el análisis de la estructura del mercado de la publicidad televisada y la evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos

(1) En el caso HMG

Abandonando ya el análisis genérico del mercado español de la publicidad televisada, y bajando al de ese mismo mercado de producto en los casos concretos traídos a colación (*Antena 3*, *HMG*, *Cuatro* y *Atres*), hacer las siguientes observaciones.

En *HMG* la Comisión no facilitó datos de los que inferir cuál era la dimensión global del mercado de la publicidad televisada en ese concreto asunto. En cuanto a las concretas plataformas de prestación de esos servicios de publicidad televisada, a diferencia de lo sucedido en nuestro país, donde vendrían a basarse casi exclusivamente en las ondas hertzianas, en *HMG* se sustentaban tanto en el medio terrestre (cadenas públicas) como en el cable (cadenas privadas), al servir ambos de soporte a la difusión televisiva en abierto.

En cuanto a las cuotas de mercado correspondientes a los organismos de radiodifusión con presencia dentro del mercado de la publicidad televisada, a pesar de que *RTL* tenía una cuota inferior a la de los difusores públicos, agrupados en *NOS*, dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores, su cuota dentro del mercado de la publicidad televisada era muy similar (rayando el 50 %) por la existencia del reiterado “factor ventaja” basado en una serie de circunstancias ya mencionadas (restricciones relativas a la inserción de publicidad para los organismos públicos que no debían enfrentar los privados, la dificultad de las cadenas públicas para dotar a su programación de una identidad que las permitiera captar audiencia o la existencia de un sistema de ingresos constantes que no alentaba la competitividad).

Estos datos permitirían concluir la existencia en *HMG* de un mercado maduro, duopolístico “puro” (el organismo público de difusión *NOS* y el privado *RTL* con cuotas del 50 %) y con un IHH de 5.000 (más del doble que el español, como vimos), lo que permitiría catalogarlo

como muy concentrado (más que el de la audiencia o de los telespectadores que, en ese mismo asunto, presentaba un IHH de 3.600, como se vio).

Por otro lado, las partes llegaron a argumentar que el mercado de la publicidad televisada estaba dominado por la demanda, ante la facilidad de los anunciantes para optar entre una u otra de las dos agencias de publicidad existentes (una representativa del organismo de difusión privado *RTL* y otra del público *NOS*), lo que se había traducido en una reducción del 6,3 % de las tarifas en 1990. La Comisión hizo, no obstante, caso omiso de estas consideraciones al entender que esa reducción había sido meramente coyuntural y obedecido a la, por entonces, reciente introducción en el mercado de la cadena *RTL 4* y que, de hecho, las tarifas habían vuelto a incrementarse en 1991. A la luz de todas estas consideraciones, la conclusión tendría que ser pues la de la inexistencia de un poder compensatorio de la demanda dentro del mercado de la publicidad televisada en *HMG*.

Finalmente, esa misma estructura duopolística del mercado de la publicidad televisada que se acaba de describir serviría para descartar la presencia de posiciones dominantes, individuales o colectivas, dada la existencia de una fuerte y recíproca presión competitiva entre *NOS* y *RTL*, con cuotas parejas y similar poder de mercado, y la improbabilidad de que ambas se concertaran atendiendo a la diversa naturaleza, pública y privada, de uno y otro difusor.

Ya vimos que en *HMG* de lo que se trataba era de la creación de una empresa en participación por parte de dos difusores que quedaría como titular de tres cadenas dentro del mercado de los telespectadores, pero también de la publicidad televisada. En este caso, la formulación de conclusiones podría empezar por efectuarse a la luz de las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales, el vigente Reglamento europeo sobre concentraciones y el Reglamento de Aplicación del anterior. La mecánica tendría que ser la habitual de proyectar la operación notificada sobre el mercado de la publicidad televisada en ese concreto asunto a fin de apreciar posibles restricciones al juego de la competencia. De los efectos anticompetitivos que normalmente podrían derivarse de una concentración de empresas, los más palpables dentro del mercado de la publicidad televisada podían llegar a ser, en este caso, el incremento de las tarifas aplicadas por la nueva entidad a los anunciantes o la degradación de la calidad de los servicios de publicidad televisada suministrados a los mismos.

De otra parte, el mercado de la publicidad televisada, como el superpuesto de los telespectadores, era mercado de referencia donde debía ser evaluada la posición que la nueva entidad de carácter concentrativo ocupaba en el mercado por la existencia de relaciones horizontales, pues, tanto la nueva entidad como sus matrices, iban a estar activas en ese mercado. La Comisión, como se vio en su lugar, calculó que *HMG* iba a disfrutar de una cuota del 65,8 % dentro del mercado de la publicidad televisada. De aquí podía inferirse que el IHH dentro del mercado de la publicidad televisada tras la operación iba a ser el de 5.500 frente al de 5.000 anterior a la misma (delta de 500). A la vista de lo anterior, era palmario el riesgo de restricción del juego de la competencia dentro del mercado de la publicidad televisada derivado de la operación (cuando la operación arroja un IHH por encima de 2.000, para que la Comisión considere que no existe riesgo de restricción del juego de la competencia, es necesario que el coeficiente delta no exceda de 250).

La nueva entidad disfrutaría de una posición dominante individual evidente dentro del mercado de la publicidad televisada, sin que el poder de mercado del difusor público *NOS*,

con una cuota aproximada del 34 %, pareciera bastante para contrarrestar cualquier abuso de dicha posición, teniendo en cuenta, además, las dificultades de este último para acceder a una programación tan atractiva como la de *HMG* y para adaptarse a los gustos del público (como llegó a exponerse en otros pasajes). Esta situación contrastaba con la verificada dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores, donde ya vimos que la Comisión entendió que no había riesgo de que llegara a darse abuso de posición dominante. Lo anterior encontraba su explicación en que, si bien dentro del mercado de la difusión el poder de mercado de *NOS* y *HMG* tras la operación iba a ser muy similar, no iba a ocurrir lo mismo en el de la publicidad televisada, por la existencia de unas restricciones normativas indirectas que dificultaban la participación del difusor público en igualdad de condiciones respecto al privado.

En *HMG*, los más importantes efectos anticompetitivos sobre el mercado de la publicidad televisada eran no coordinados y consistían en que *RTL* y *Verónica* no hubieran ya de competir por los ingresos por publicidad. El principal factor de agravación de los anteriores efectos radicaría en el hecho de quedar *HMG* en condiciones de impedir la expansión de *NOS* dentro del mercado de la publicidad televisada y en el de poder bloquear la entrada de nuevos competidores anulando la competencia potencial.

Otros efectos anticompetitivos consistirían sobre todo en la posibilidad de que las partes de la concentración pudieran, a través de *HMG*, jugar con sus tres cadenas para cubrir todos los nichos de audiencia y exigir, p.e., a los anunciantes insertar sus anuncios en una de las tres cadenas para poder hacerlo en las otras o el pago de tarifas más elevadas. Factores de agravación serían en este caso la posibilidad de las partes de influir y controlar los presupuestos de la coordinación a través de la “manija” de *HMG* (también por la simplicidad de un mercado neerlandés de la publicidad televisada con dos solos oferentes) y el de quedar esa coordinación resguardada de la reacción de los competidores (*NOS*, por las razones que se vienen reiterando, y *SBS*, por su nulo poder de mercado).

Tampoco concurrirían neutralizadores de los efectos anticompetitivos de una especial intensidad. En cuanto al poder compensatorio de la demanda, ya vimos al tratar del análisis del mercado los términos en que la DG4 vino a matizar las alegaciones de las partes relativas al poder negociador de los anunciantes. En cuanto a la competencia potencial, al margen de las fortísimas barreras de entrada que envuelven al mercado de la publicidad televisada, la entidad de nueva creación quedaría en situación de vetar la entrada a cualquier potencial competidor. Por último, tampoco cabría apreciar la existencia de eficiencias para los consumidores o usuarios derivadas de esa posición dominante de *HMG* dentro del mercado de la publicidad televisada (más bien lo contrario: un incremento de las tarifas aplicadas a los anunciantes podía llevar a estos a repercutirlo en los consumidores a través de un incremento del precio de sus productos).

En el caso *HMG*, el riesgo que se buscaba prevenir era el de la aparición o consolidación de una posición dominante dentro del mercado de la publicidad televisada en manos de *HMG* que pudiera incitarla a abusar de la misma perjudicando la competencia intermarcas dentro de dicho mercado. Sin embargo, la implicación de la productora *Endemol* en la operación y su vinculación estructural con *HMG* llevaba a que la operación presentara también aspectos verticales, a examinar bajo el prisma de las Directrices de la Comisión sobre esta clase de concentraciones. Desde esta perspectiva, el mercado de la publicidad televisada era también mercado afectado por la existencia de relaciones verticales, dada la presencia de las partes de la concentración y también de la nueva entidad en mercados ascendentes o descendentes los

unos respecto de los otros: el de la producción independiente de obras audiovisuales para TV en abierto y el de publicidad televisada (superpuesto al de la TV en abierto).

Centrándonos sólo en los efectos sobre el mercado descendente de la publicidad televisada, los efectos anticompetitivos no coordinados más importantes eran los relacionados con el bloqueo de insumos. En este sentido, los competidores de *HMG* podían llegar a ver obstaculizado (p.e., degradaciones de calidad o incrementos de precios) o denegado el suministro a las obras audiovisuales de *Endemol*, las cuales se hallaban dotadas de un especial atractivo y ofrecían un especial valor de diferenciación, e incluso de marca, a la cadena que las incluía en su parrilla de programación. En este caso, se observaba una posición dominante de *Endemol* en el mercado ascendente de la producción de obras audiovisuales y, considerando la ausencia de proveedores alternativos y que sus contenidos estaban dotados de mucho más atractivo que los de producción propia de *NOS*, el bloqueo del acceso de ésta a las obras de *Endemol* rebajaría los niveles de audiencia de *NOS* y sus ingresos por publicidad, haciéndola entrar en un círculo vicioso en el que esa reducción de ingresos llevaría a una menor inversión en contenidos que pudieran hacer frente a los de *Endemol*, lo que contribuiría aún más a reducir sus ingresos por publicidad, y así progresivamente.

En definitiva, la sección vertical *Endemol/HMG* estaría capacitada para el bloqueo de insumos y, muy probablemente, estimulada para el mismo, dada la existencia de márgenes elevados en sentido descendente en el mercado de la publicidad televisada y la de importantes economías de densidad (efecto red) y de escala en el mercado, superpuesto al de la publicidad televisada, de la TV en abierto. Es decir, que a *Endemol* le saldría rentable la reducción de ingresos derivada de la no venta de sus obras a *NOS*. En suma, la operación produciría un efecto de exclusión de *NOS* del mercado de la publicidad televisada y también de cierre de este mercado a la entrada de competidores potenciales.

Desde este enfoque vertical la ausencia de neutralizadores era la misma que expusimos al ocuparnos de los efectos horizontales, con la matización, referida a las eficiencias, de lo improbable de que las sinergias verticales obtenidas por la nueva entidad fueran a alentarla a rebajar los precios aplicados a los anunciantes, lo que a su vez pudiera traducirse en rebajas de precios de los productos publicitados; más bien el escenario probable era el de que la nueva entidad buscara apropiarse del excedente de esos mismos anunciantes incrementando los precios de la publicidad.

Pese a que la Comisión fue también rotunda a la hora de afirmar los riesgos de que la operación pudiera implicar la consolidación de una posición dominante dentro del mercado de la publicidad televisada, en su Decisión posterior de 17 de julio de 1996, terminó autorizándola atendiendo a una serie de circunstancias entre las que cabría destacar el dato de la cuota de *HMG* se hubiera mantenido hasta 7 puntos por debajo de lo previsto y la de *NOS* 7 puntos por encima (lo que suponía un IHH de 5.200 y un delta de 200; es decir, ya por debajo del límite de 250 mencionado más arriba), la de que no hubiera llegado a concretarse la vinculación estructural con *Endemol* (con las consiguientes repercusiones sobre los niveles de audiencia e ingresos publicitarios) y, por último, la de que una de las tres cadenas de *HMG* (*RTL 5*) fuera a dedicarse a informativos (con el efecto de, prácticamente, no tener ingresos por publicidad).

(2) En el caso Antena 3

En lo que hace al análisis del mercado de la publicidad televisada en el caso *Antena 3*, las reflexiones sobre el análisis del mercado no podrían ser muchas, toda vez que la autoridad de la competencia, en este caso la Audiencia Nacional, se conformó con el dato de cuota de mercado de las cadenas autonómicas para concluir la inexistencia de posición dominante. Valdría, en lo demás, con remitirse al escenario del mercado español de la publicidad televisada que más arriba se dejó descrito.

El caso de *Antena 3* frente a las cadenas autonómicas, lo que se aducía era la existencia de un abuso de posición dominante de estas últimas. Sin embargo, constatada la inexistencia de posición dominante por la Audiencia, no cabía ya plantearse la posibilidad de abuso de la misma. Por tanto, no resultaba pertinente una evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de publicidad televisada para dictaminar si, de no haber mediado la pretendida práctica restrictiva, el mismo habría llegado a ser competitivo.

Lo anterior no tendría que plantear controversia, incluso si acudimos a instrumentos europeos. Así en las nuevas Orientaciones de la Comisión sobre el abuso excluyente, la posición de dominio se define en términos como los siguientes (considerando 10): *“la dominación se ha definido conforme al Derecho comunitario como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores”*.

Esa independencia de comportamiento respecto a otros agentes económicos y capacidad de obstaculización de la competencia se cifra en la capacidad de la empresa para elevar precios (léase también, como es habitual, para recortar la producción, rebajar la calidad o limitar la innovación) durante un periodo significativo de tiempo (que se cuantifica en 2 años para la generalidad de los productos; en el caso de mercados “rápidos” como los de las comunicaciones electrónicas o de la comunicación audiovisual podría estar justificado un periodo menor) obteniendo con ello beneficios.

En las orientaciones (12 a 18) se destacan, asimismo, determinados factores de ponderación de la posición dominante: **(i)** la posición de mercado de la empresa y de sus competidores actuales – es decir, la competencia real o actual - que exigirá atender a sus cuotas de mercado y a su permanencia en el tiempo (la Comisión manifiesta que, conforme a su experiencia, difícilmente podrá existir posición dominante con una cuota inferior al 40 %, sin embargo, como ya vimos, se trata de un valor muy relativo que es preciso poner en relación con otros factores); **(ii)** las posibilidades de expansión de los competidores actuales o de acceso al mercado de los competidores potenciales – todo ello cabe encuadrarlo dentro de la competencia potencial – que deberán reunir los requisitos de probabilidad, tempestividad y suficiencia en términos como los que se dejaron examinados al tratar de las concentraciones (la entrada o la expansión de los competidores puede verse especialmente dificultada en el caso de mercados con fuertes economías de escala, de red o de gama); **(iii)** el poder negociador del lado de la demanda o el de los proveedores de insumos que impida a la empresa el comportamiento independiente que caracteriza a la posición de dominante.

Partiendo de que el estudio del Tribunal revelaba que la cuota de las autonómicas no había llegado a exceder del 20 % a lo largo de un periodo representativo de tiempo, la proyección de las anteriores consideraciones tendría, en efecto, que llevar a constatar en este caso la ausencia de posición dominante (colectiva) y, por ende, de abuso de la misma: **(a)** las cadenas autonómicas no podían llegar a adoptar un comportamiento independiente de las presiones ejercidas por sus competidores y clientes; **(b)** elevaciones de sus precios en el mercado de la publicidad televisada las habrían llevado a sufrir pérdidas antes del horizonte temporal de los 2 años; **(c)** la competencia actual era muy fuerte en un mercado en el que los denunciantes, en fase de expansión, habían llegado a tener cuotas superiores a las de los denunciados; **(d)** en ningún caso el umbral de las denunciadas había excedido del parámetro del 40 %, a partir del cual, en la experiencia de la Comisión, puede llegar a plantearse riesgo de posición dominante; **(e)** la misma institución, p.e., en relación con los mercados de las comunicaciones electrónicas descarta la existencia de Poder Significativo de Mercado por debajo del umbral del 25 %; etc.

(3) En el caso Cuatro

Se trataba de que *Telecinco* tomaba el control de *Cuatro*. Sin embargo, esta operación se planteaba en paralelo con otra consistente en la toma de control conjunto de *Digital* + por parte de *Telecinco*, *Prisa* y *Telefónica*. Ambas operaciones fueron objeto de tramitación conjunta, luego se desaccumularon los expedientes tras la presentación de compromisos por las partes a fin de permitir la autorización de la primera, pues la segunda no debía autorizarse en ningún caso. Aunque de esta última desistieron las partes finalmente, sus posibles repercusiones las tuvo en cuenta la DI en la valoración de la operación *Telecinco/Cuatro*.

En el contexto de ambas operaciones las partes notificantes alcanzaron diversos pactos a los que la DI negó la consideración de restricciones accesorias (ver más arriba las consideraciones referidas a la evaluación post-concentración del juego de la competencia).

En el caso *Cuatro* el análisis pre-concentración de la estructura del mercado español de la publicidad televisada pasaba por examinar las características de la oferta y las de la demanda.

En cuanto a la oferta venía conformada, en primer término, por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con cobertura nacional. Determinados aspectos modulaban la prestación de servicios procedentes de los mismos como, por ejemplo, la existencia de límites legales al volumen de publicidad que eran alcanzados por los grandes canales generalistas (*Telecinco*, *Cuatro*, *Antena 3*, etc.) en horarios de *prime time*. El nivel de ocupación publicitaria había crecido en los canales más pequeños surgidos al calor de la TDT, si bien lo anterior podía deberse a los acuerdos de comercialización conjunta promovidos por los dos principales operadores, los cuales llegaban a extenderse a esos canales más pequeños (*Antena 3* y *Telecinco*). Por otro lado, el hecho de que *RTVE* hubiera salido del mercado de la publicidad televisada había supuesto un recorte en un quinto del inventario GPR (muestra o target de 100 espectadores de 4 o más años sobre la que valorar el número de impactos de una pauta publicitaria constituida por un anuncio de 20 segundos a través de cualquier cadena). Sin embargo, quienes antes se anunciaban en *RTVE* habían pasado a hacerlo más en otras cadenas de TV que en otros soportes diferentes.

En segundo lugar, se encontraban los operadores audiovisuales de ámbito autonómico (cadenas públicas y privadas). Sin embargo, como ya vimos, la DI estimó que sólo un 20 %

de la publicidad emitida por estas cadenas autonómicas competía con la nacional, mientras que el resto era publicidad de ámbito sólo regional o local.

Finalmente, estaban los editores de canales emitidos a través de plataformas de TV de pago y los editores de canales de TV que adquirieran la capacidad de emisión de los titulares de licencias para TDT tanto para emisiones de pago como para emisiones en abierto. En este último caso era donde se presentaba un mayor potencial de expansión y posibilidad de competir con los grandes oferentes (*Antena 3*, *Telecinco*, etc.).

Según los datos de la CMT, en 2009, las televisiones en abierto en su conjunto, sin incluir subvenciones, recibieron en torno a un 92 % de sus ingresos de su actividad de venta de espacios publicitarios, mientras que la televisión de pago sólo recibió por esta vía un 1,3 %. Estos porcentajes se habían mantenido relativamente estables en los últimos años.

Cuanto más superase el *power ratio* (el cociente entre la cuota de mercado por ingresos de la cadena en el mercado de la publicidad y el *share* de audiencia de la misma) la unidad, mayor era la capacidad de la cadena de rentabilizar su audiencia en términos de ingresos publicitarios. En 2009 y 2010 *Telecinco* se mantenía como la cadena con el *power ratio* más elevado, en torno al 1,75. La seguía *Antena 3*. El *power ratio* de otras cadenas había también aumentado, pero como resultado de los acuerdos de comercialización conjunta suscritos con las dos grandes cadenas, las mismas *Telecinco* y *Antena 3*.

Había que diferenciar entre, por una parte, los acuerdos entre los operadores más consolidados en el mercado y los nuevos entrantes en el mismo para la gestión publicitaria de espacios publicitarios por el operador consolidado (p.e.: acuerdos de *Telecinco* con *Intereconomía*, con canales temáticos emitidos en plataformas de pago, con *Digital +* de llegar a concretarse la operación de toma de control; acuerdos de *Antena 3*, a través de su participada *Atres*, con *Vevo TV* y *Disney Channel* y acuerdos de *Prisa* con algunas cadenas autonómicas) y, por otra parte, los acuerdos de comercialización conjunta de la publicidad de todos los canales propiedad de un mismo operador que llevaban a que el anunciante hubiera de insertar su mensaje en todos esos canales sin poder optar a sólo alguno o algunos de ellos (esto era así en el sistema de pauta única de *Antena 3*, pero también en el caso de *Telecinco*).

Tales estrategias habían llevado que el coste por GRP de las cadenas más especializadas y de menor audiencia se estuviera equiparando al de la cadena principal, considerándose que la demanda de publicidad de esos canales de televisión era artificial e inducida por los sistemas de comercialización.

En cuanto a la estructura de la demanda, un primer rasgo a destacar era el relacionado con su fuerte estacionalidad (pico diario de noche, grandes periodos de compra como las Navidades o coincidentes con importantes eventos deportivos, etc.), si bien la misma no llegaba a ser determinante de la existencia de distintos mercados temporales. Otro rasgo definitorio era el que se relacionaba con la heterogeneidad de la oferta: por su parrilla de programación e impacto publicitario, *Antena 3* y *Telecinco* eran percibidas como sustitutivas por los anunciantes; *Cuatro* y *La Sexta* eran percibidas más sustitutivas entre sí que respecto a las dos grandes cadenas, si bien *Cuatro* se acercaba más a ellas que *La Sexta*; *Digital +* se consideraba sustitutiva de las anteriores, pero respecto de nichos de audiencia muy definidos.

Los principales demandantes eran los productores de bienes de gran consumo y *Telefónica* se presentaba como el segundo mayor anunciante, lo que era un dato especialmente a tener en

cuenta a la vista de que era uno de los operadores llamados a tomar el control de *Digital +*. Existía un movimiento oscilante que llevaba a que las cadenas adaptaran sus programaciones al perfil demandado por sus anunciantes y a que éstos dirigieran sus pedidos hacia las cadenas más ajustadas a ese perfil.

Otra de las características de la demanda de publicidad televisada era la consistente en su agregación o canalización a través de las agencias de medios, en torno al 90 % tanto en el caso de *Telecinco*, como en el de *Cuatro*. Una agencia de medios diseñaba para su anunciante una campaña publicitaria referida a todos los medios, entre los que se incluía el televisivo que era el de mayor impacto. El valor añadido aportado por la agencia de medios era estratégico, sin embargo, no era decisivo a la hora de reforzar el poder negociador frente a los oferentes a fin de obtener unas mejores condiciones comerciales para sus anunciantes, por varios motivos además: **(i)** había mucha competencia real y potencial entre ellas y ninguna llegaba a aglutinar más del 30 % de la demanda dirigida a una determinada cadena; **(ii)** porque esa integración de la demanda no llegaba a compensar el grado de concentración de la oferta; **(iii)** por la heterogeneidad descrita de la oferta que suponía que no todas las cadenas fueran entre sí perfectamente sustitutivas; **(iv)** porque la agencia siempre actuaba en nombre del representante; **(v)** porque la retribución de la agencia dependía del volumen de publicidad intermediada y no del hecho de obtener unas mejores condiciones para los anunciantes; **(vi)** porque se estimaba que sólo un tercio de los anunciantes se desligaba completamente de las negociaciones con la cadena.

Para la formación de precios, el sistema más seguido era el de la venta a coste por GPR en la que se fijaba el precio unitario atendiendo el número de impactos publicitarios efectivamente conseguidos dentro del nicho de audiencia acordado. El sistema de venta a descuento estaba menos implantado por el hecho de predominar sólo en TV de pago, y en él se adquirirían los espacios publicitarios a las tarifas vigentes para cada período, negociándose eventualmente un descuento sobre las mismas (esto era así porque en TV de pago no había tanta necesidad de garantizar la efectividad del impacto publicitario como en la TV en abierto). En ambas modalidades la negociación se hacía a título individual. El mercado de la publicidad televisada era, por definición, un mercado muy transparente en el que los agentes activos en el mismo podían acudir a diversas fuentes para contrastar niveles de audiencia, *power ratios*, costes del GPR, etc., tales como *Kantar Media*, *Infoadex* u otras agencias especializadas.

La saturación de los límites legales en horario de máxima audiencia llevaba a que la adjudicación de espacio se realizara a favor del anunciante que hiciera una mejor oferta conforme a un sistema de subasta. Esto, unido al incremento de la publicidad tras un periodo de reducción del mercado y a las estrategias de comercialización conjunta, que habían incrementado el precio del segundo de publicidad en las cadenas más pequeñas, había llevado a un incremento de los precios en 2010, aunque sin llegar a los niveles de 2008.

En lo que concierne a la evaluación post-concentración del juego de la competencia en el caso *Cuatro* lo esencial era que la operación iba a crear una posición dominante de la nueva entidad, lo anterior con mayor motivo si se atendía a la operación de eventual toma de control de *Digital +*.

Empezando por los riesgos derivados de la operación de concentración en sí, si se consideraba que del total de la publicidad emitido por las cadenas autonómicas, sólo, aproximadamente, un 20% competía con la publicidad en televisión de ámbito nacional,

podía estimarse que la cuota conjunta en ingresos publicitarios de ámbito nacional de *Telecinco/Cuatro* estaría en torno a un 50 %, frente a un 31,8 % de la de *Antena 3*, un 2,7 % de las televisiones autonómicas y un 11,4 % de *La Sexta*. Además, la cuota de mercado del nuevo grupo, por la existencia de acuerdos de comercialización conjunta, debería incrementarse adicionalmente con la de *Intereconomía* y con la de *Digital+*. Esto llevaría a que el porcentaje del mercado que gestionaría el nuevo grupo se situase en el entorno del 51-52 %.

Aquí podía diferenciarse entre unos efectos verticales, otros conglomerales y, tal vez los más importantes, los horizontales con incidencia en el mercado de la publicidad televisada. En cuanto a los verticales se asociaban al poder de compra reforzado de la nueva plataforma frente a los proveedores de contenidos que le permitiría fortalecer su programación y comer terreno a sus rivales en el mercado de la publicidad televisada. Lo anterior podía llevar, además, a que los titulares de canales más pequeños, imposibilitados para rentabilizarlos, terminaran por cederlos en arrendamiento a la nueva plataforma y, asimismo, a que esta última protagonizara acuerdos desiguales con otros operadores con los que compartiera múltiple en la fase transitoria para adquirir dentro del mismo múltiple la capacidad espectral necesaria para emitir en 3-D y Alta Definición, lo que dotaría también a sus canales de un mayor gancho publicitario.

Los efectos conglomerales derivaban sobre todo de la eventual comunidad de intereses y del riesgo de colusión entre *Telecinco* (principal oferente de publicidad televisada), *Prisa* (activa asimismo en publicidad a través de diversos soportes) y *Telefónica* (el segundo anunciante más importante) como consecuencia de la adquisición del control conjunto de *Digital +*; lo que se veía sin duda agravado por el hecho de que las campañas publicitarias se orquestaran por las agencias para todos los medios soporte.

Finalmente, los efectos horizontales eran los más significativos en el mercado de la publicidad televisada. Los había unilaterales o no coordinados, dado que *Cuatro* y *Telecinco* dejarían de competir entre sí en el mercado de referencia. Además, de llegar a concretarse la toma de control de *Digital +*, *Prisa* dejaría de competir no sólo en el mercado de la publicidad televisada para abierto, sino también para pago. Ello, sumado a la salida de *RTVE* del mercado, dispararía aún más el *power ratio* de la nueva plataforma que, con una audiencia en torno al 21,7 %, disfrutaría de una cuota por ingresos en el mercado de la publicidad televisada superior al 50 %, como se ha dicho. Lo anterior podría ser letal para el juego de la competencia en un mercado aún más concentrado y cubierto por los acuerdos de comercialización conjunta celebrados por *Antena 3* y *Telecinco* con otros operadores. También era una agravante el hecho de que *Telecinco* y *Cuatro* pudieran llegar a ser percibidos como sustitutos cercanos. En este escenario, no era previsible que pudieran llegar a darse nuevas entradas como las que habían protagonizado *La Sexta* y la misma *Cuatro* en el pasado y, de hecho, la brecha entre los dos grandes oferentes y el resto de competidores era cada vez más acusada. Finalmente, por lo dicho más arriba, los intermediarios (agencias de medios) no iban a ejercer ningún poder ni efecto compensatorio.

Pero también se daban efectos coordinados por el riesgo de que la operación arrojara una estructura de mercado en la que *Antena 3* y *Telecinco* tuvieran incentivos para coordinarse y actuar como un duopolio *de facto* (ambas coparían entre un 75 % y un 80 % del mercado), considerando rentable elevar los precios aplicados a los anunciantes. Determinados factores agravaban este riesgo como, por ejemplo, la transparencia del mercado, que permitiría al competidor defraudado activar mecanismos de retorsión frente al otro que se separara de la

estrategia coordinada, o las limitaciones legales a la emisión de publicidad que dificultaban la asimetría entre las cuotas de uno y otro prestador de servicios publicitarios. Lo anterior ya se vislumbraba en el hecho de que *Antena 3* y *Telecinco* hubieran desplegado, cada una con terceros operadores, estrategias muy semejantes de comercialización conjunta de publicidad televisada.

La consecuencia de todos estos efectos anticompetitivos iba a ser el encarecimiento de los precios aplicados a los anunciantes que iban así a ver limitada su capacidad de elección y la exclusión progresiva de los canales más pequeños a los que, como única posibilidad de sobrevivir en el mercado, les quedaría sólo la de aliarse con los más grandes o cederles sus canales.

Había también que valorar los riesgos para el juego de la competencia derivados de los pactos asociados a la operación: compromiso de *Prisa* de no competir en el mercado de la TV en abierto, compromiso de *Telecinco* de no competir en el mercado de la TV de pago, toma en arrendamiento por *Digital +* de canales de TDT de *Telecinco*, pacto de que la filial de *Telecinco*, *Publiespaña*, pudiera actuar como agente exclusivo de ventas de espacios publicitarios de *Digital +*, etc.), los cuales no podían ser considerados restricciones accesorias.

En cuanto a la existencia de eficiencias, alegó *Telecinco* que los anunciantes se beneficiarían de un servicio de mayor calidad y cobertura como consecuencia del ahorro de costes derivado de la operación y de la mayor experiencia de *Telecinco* en la gestión de publicidad para televisión, especialmente en un entorno como el que se presentaba de contracción del mercado. La autoridad de la competencia entendió que dichas eficiencias alegadas no habían sido probadas y que, además, se podían obtener por otros medios menos restrictivos. Además, había pocos motivos para entender que los ahorros de costes fueran a transmitirse a los anunciantes, dada la existencia de límites legales que llevaban a que los operadores quisieran exprimir y rentabilizar al máximo el segundo de publicidad.

A la vista de los anteriores efectos anticompetitivos y de la ausencia de eficiencias, fue necesaria la presentación de compromisos para la autorización de la operación. Descartada la opción de remedios estructurales consistentes en la cesión de canales o contenidos por la nueva plataforma a otros operadores, por cuanto ello suponía de desnaturalizar *de facto* la operación, los que se aprobaron fueron los siguientes (con una duración inicial de tres años, prorrogable por otros dos si no se modificaban las circunstancias de mercado que hacían necesarios los mismos).

El segundo bloque de compromisos, ya expuestos al tratar del mercado de los telespectadores, era el referido al mercado de la audiencia, pero que incidía en el de la publicidad que, en definitiva, dependía de los niveles de seguimiento de cada cadena.

El tercer bloque de compromisos era el relacionado con los mercados de los contenidos, con incidencia en el de la publicidad televisada desde el momento en que unos mejores contenidos reforzaban también la posición en ese mercado de la publicidad. Los mismos se expondrán al tratar de dichos mercados.

Finalmente, el primer bloque de compromisos era el directamente orientado a neutralizar los posibles efectos horizontales en el mercado de la publicidad televisada: se eliminaba la comercialización conjunta de la publicidad de canales cuya audiencia conjunta excediera del

22 %; no se adoptarían políticas comerciales y de precios que pudieran inducir a la adquisición conjunta de la publicidad de todos los canales gestionados por la nueva *Telecinco*; se romperían los acuerdos de *Telecinco* de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros; etc. También, para evitar los efectos conglomerales en el mercado de la publicidad, *Telecinco* se comprometía, en el caso de coincidir en el accionariado de *Digital+* con *Prisa* o *Telefónica*, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados por las demás partes y a aplicar a sus socios condiciones de mercado si le contrataban publicidad televisada.

En cuanto a la evaluación de la operación a la luz de las Directrices sobre concentraciones horizontales se simplificaría mucho por el hecho de haber ajustado bastante la DI su informe a dicho instrumento. Indudablemente, el de la publicidad televisada iba a ser el mercado de referencia en el que se encontraría activa la nueva entidad nacida de la concentración. Los problemas horizontales eran mucho más importantes que los conglomerales, aún cuando sólo fuera por el hecho de que las partes desistieran finalmente de la operación de toma de control de *Digital +*.

La cuota de mercado de la nueva empresa iba a ser, como dijimos, del 45,2 %, dando por supuesto que las autonómicas compitieran al 100 % en el mercado nacional. El IHH antes de la concentración, de acuerdo con la tabla de la DI, era de 2.322 y pasaba a ser de 3.117, con lo que el parámetro delta se situaba en el entorno de los 800 puntos. La DI no fue concluyente en cuanto a si la concentración podía generar una posición dominante de la nueva plataforma y, tal vez, la diferencia de cuota entre la nueva plataforma y su inmediato perseguidor, *Antena 3*, de sólo 16,5 puntos no fuera bastante como para afirmarlo con la rotundidad necesaria. En todo caso, para que la Comisión descartara problemas de competencia en una concentración que arroje un IHH superior a 2.000, como era el caso, el Delta debía ser inferior a 150, lo que claramente no se cumplía. Determinados factores agravaban lo anterior, como era el hecho de que la operación implicara a un operador, como era *Cuatro*, recién incorporado al mercado y con una oferta de programación muy afín a la de *Telecinco*.

El análisis de efectos anticompetitivos realizado por la DI fue muy detallado. En cuanto a los no coordinados, prácticamente, la DI tuvo en cuenta todos los posibles factores de agravación: la limitación para que los anunciantes pudieran cambiar de proveedores de servicios de publicidad por los límites legales al volumen de emisión y por otros motivos, la posición de la nueva plataforma que le permitiría impedir la expansión de otros canales más pequeños, etc. Y lo mismo respecto a los factores de agravación de los coordinados: por la posibilidad de las partes coordinadas (la nueva *Telecinco* y *Antena 3*) de influir sobre las condiciones de la coordinación por la simetría de cuotas, etc.; por la posibilidad de activar represalias o castigos como guerras de precios, etc.; y por la posibilidad de que la acción concertada quedara al resguardo de competidores (canales más pequeños) y clientes (anunciantes) sin el poder de mercado suficiente para romper la estrategia coordinada.

Y, finalmente, también tuvo en cuenta la debilidad de los neutralizadores: ausencia de poder de compra, ausencia de competencia potencial y ausencia, en fin, de eficiencias.

En conclusión, aunque la diferencia entre la cuota de *Telecinco* y *Antena 3* no permitía afirmar la creación de una posición dominante, la importancia de los efectos unilaterales y el riesgo de efectos coordinados, junto con la ausencia de neutralizadores, hicieron que la operación sólo pudiera ser autorizada tras la asunción de importantes compromisos como los que se dejaron descritos.

(4) En el caso Atres

En este caso se trataba de dos acuerdos de comercialización conjunta celebrados por *Atres*, empresa exclusivista de medios participada al ciento por ciento por *Antena 3*. El primer acuerdo era con *Vevo TV* y el segundo con *Disney*.

El análisis estático de la estructura del mercado de la publicidad televisada era coincidente con el del caso *Cuatro*. *Antena 3* se mantenía con una cuota elevada, en torno al 20-30 %, por volumen de ingresos, en el mercado español de la publicidad televisada. Tanto *Vevo 7* como *Disney Channel* y *XD* tenían, en cambio unas cuotas reducidas dentro de ese mismo mercado, si bien las mismas se encontraban en clara progresión. El principal operador era *Cuatro/Telecinco*, que también en el primer trimestre de 2010, se mantenía con una cuota en el entorno del 40-50 %.

Se trataba de dos contratos. En el primero *Atres* pasaba a ocuparse de la venta de la publicidad del canal *Vevo 7* de *Vevo TV*, que incorporaba a su sistema de pauta única por el que se vendía conjuntamente y bajo unas mismas condiciones comerciales la publicidad de todos los canales de *Antena 3* (ver más arriba). Se trataba de un acuerdo de venta conjunta que implicaba no sólo la fijación de precios, sino además de otras condiciones de la transacción, por lo que se consideraban anticompetitivos *per se* o por su objeto. Así las cosas, resultaba lógico que la DI rechazara de plano la existencia de eficiencias invocadas por las empresas involucradas (mejora de las condiciones de la comercialización de la publicidad de *Vevo 7* por la ausencia de medios propios de *Vevo TV*, mejora para los anunciantes del producto publicidad de *Vevo 7* por la mayor cobertura y la mayor rapidez en la obtención de GRPs y por la suma de un canal adicional a los de *Antena 3*, reducción de los costes de la transacción, etc.). En concreto, subrayó que la comercialización conjunta privaba a los anunciantes de la posibilidad de contratar por separado con el canal que más les conviniera y que los ahorros de costes serían insuficientes para compensar eventuales efectos anticompetitivos y que no había motivo para pensar que fueran a trasladarse a los anunciantes.

En el segundo contrato, *Atres* pasaba a actuar como agente de venta de la publicidad de dos canales de *Disney*. Se trataba de un acuerdo que implicaba no sólo la fijación de precios entre dos agentes que competían en el mismo mercado de la publicidad televisada (*Atres* y *Disney* fijarían el precio de venta de la publicidad de los canales de la segunda), sino que, además, incorporaba un pacto de no competencia por el que *Atres* debía solicitar la aprobación por parte de *Disney* antes de firmar acuerdos con otros canales destinados al público infantil durante el periodo de vigencia del contrato. Por todo ello se consideraba anticompetitivo *per se* o por su objeto. Así las cosas, resultaba asimismo natural que la DI también rechazara de plano la existencia de eficiencias invocadas por las empresas involucradas (mejora de las condiciones de la comercialización de la publicidad de *Disney*, reducción de los costes de la transacción, etc.). En concreto, subrayó que la existencia de pacto de no competencia descartaba toda mejora de las condiciones de comercialización y que los ahorros de costes serían insuficientes para compensar eventuales efectos anticompetitivos y que no había motivo para pensar que fueran a trasladarse a los anunciantes.

En un mercado duopólico, como era el español de la publicidad televisada, los acuerdos en cuestión eran especialmente graves al eliminar una fuente incipiente de competencia como era la procedente de los nuevos canales digitales, en una marcada progresión. Por todo ello, sólo se pudo terminar el expediente tras el compromiso de los afectados de dejar sin efecto los contratos.

En el caso *Atres* se trataba, claramente, de un caso de colusión. Dado que *Atres* estaba participada al 100 % por *Antena 3*, la forma más adecuada de enfocarlo era la de atender a la existencia de acuerdos horizontales jurídicamente vinculantes entre competidores (*Antena 3* y *Veo TV/Antena 3* y *Disney*) activos como oferentes en el mercado de la publicidad televisada. Se trataba de acuerdos que, al margen de otras cosas, entrañaban la fijación de precios de venta de los servicios de publicidad televisada de modo directo o indirecto (pactando los descuentos aplicables).

En la medida en que respondían a los perfiles de un cártel de fijación de precios se trataba de restricciones por el objeto, lo que hacía innecesario ahondar en sus efectos en el mercado español de la publicidad televisada, aunque – hemos visto ya – que la autoridad de la competencia hizo alusión a que eliminaba la competencia potencial de los canales más pequeños, mermando la capacidad de elección de los anunciantes y restringiendo la competencia intermarcas en el mercado español de la publicidad televisada. La exclusión de competidores podía traducirse en la posibilidad de “aguas abajo” elevar los precios aplicados a los clientes (anunciantes) y “aguas arriba” de rebajar por debajo de niveles competitivos los satisfechos a proveedores (aunque este riesgo no era tan significativo como el anterior por el poder de mercado ejercido por el proveedor de servicios portadores de difusión *Abertis* o por el de los proveedores de contenidos audiovisuales que no fueran de los producidos por la propia cadena).

Por esa misma razón de responder al esquema de las *hard core restrictions* se hacía irrelevante el análisis de tales acuerdos a la luz de las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal. Conforme a éstas los acuerdos de comercialización en la modalidad de venta conjunta debían ser declarados ilegales de forma automática precisamente por llevar de suyo la fijación de precios. En las Directrices sólo se admitiría la concesión de exención individual en tales casos cuando la cuota conjunta de las partes en el mercado de referencia (publicidad televisada) no excediera del 15 %; lo que claramente no se daría en nuestro caso, al ser ya sólo la de *Antena 3* muy superior a ese umbral.

Por otro lado, se trataba de conductas complejas, p.e., en el acuerdo *Atres/Veo TV* se fijaban otras condiciones de la transacción: vg., como consecuencia de la inclusión de *Veo 7* en el sistema de pauta única de *Antena 3*, los tiempos de emisión de publicidad eran los mismos para todas las cadenas. Si bien, en estos casos de conductas complejas, lo normal es que las autoridades de la competencia aprecien la existencia de una única infracción. Además, esas otras condiciones de la transacción, claramente, adoptaban una función instrumental con respecto a la fijación de precios.

En cuanto a la posible apreciación de eficiencias, ya vimos más arriba que resultaba complicado que pudieran llegar a darse eficiencias en el mercado español de la publicidad televisada bastantes a compensar los efectos restrictivos de un cártel de precios, lo que fue también objeto de confirmación en este caso.

El dato de que tales prácticas no pasaran el test antitrust en clave de colusión horizontal haría innecesaria cualquier valoración de las connotaciones verticales de los acuerdos: por ejemplo, la consistente en que la agencia de medios *Atres* hubiera de pedir autorización a *Disney* para contratar con otros canales infantiles implicaba un pacto vertical que podía contribuir a agravar el daño para la competencia intermarcas en el mercado de los servicios de publicidad televisada en el que esos otros canales podían tener más difícil el competir con

Disney. Desde el momento en el que la autoridad de la competencia habló de un pacto de no competencia, había que entender que el proveedor de servicios de publicidad era *Disney* que imponía al comprador de sus servicios de publicidad *Atres* que no comprara a otros proveedores que compitieran con el primero (y no que el proveedor de servicios de mediación publicitaria *Atres* se viera obligado por su cliente *Disney* a no prestar sus servicios a otros clientes, lo que nos acercaría más al suministro exclusivo o a la distribución exclusiva). En este caso, más que por la cuota de *Disney* en el mercado de la venta de publicidad televisada, por la de *Atres* en el de compra (en el que habría que computar la gestión por *Atres* de toda la publicidad de *Antena 3*), no llegaría a ser aplicable la exención por categorías. Lo anterior podía conducir al análisis de los efectos anticompetitivos de tal pacto, de los que los más graves tal vez fueran los relacionados con el riesgo de acumulación y creación de un entorno favorable a la colusión, en el que esos otros canales podrían estar estimulados para ofrecer su publicidad televisada a *Telecinco*.

Por otra parte, los acuerdos en cuestión podían presentar otras connotaciones verticales (p.e., de distribución exclusiva o suministro exclusivo, en la medida en que sólo *Atres* podía vender a los anunciantes la publicidad televisada de esos canales con lo que salía perjudicada la competencia intramarca entre agencias de distribución de esos servicios de publicidad; de mantenimiento del precio de reventa en la medida en que los proveedores y su cliente *Atres* pactaban el precio de comercialización de los servicios de publicidad televisada de los primeros, etc.). Sin embargo, como se ha dicho, el dato de que los acuerdos no pasaran el test horizontal haría superfluo este otro vertical.

j) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de la publicidad televisada

Para la formulación de conclusiones en esta materia, partiremos de la ya tradicional distinción entre barreras tecnológicas, normativas y económicas. Empezando por las primeras, las mismas podrían relacionarse sobre todo con el desarrollo de servicios de publicidad innovadores vinculados al entorno digital e interactivo. En este sentido, las **barreras de entrada de tipo tecnológico** que cercan el mercado de la publicidad televisada serían, en esencia, las mismas que las que dificultan el desarrollo de los servicios de TDT que dejamos estudiadas en su lugar y a las que valdría con remitirse.

En cuanto a las **barreras de entrada de tipo económico**, establecimos la distinción entre las que dificultan el acceso del lado de la oferta (mercado de venta) y las que lo hacen del lado de la demanda (mercado de compra). Las primeras coincidirían con las analizadas al tratar del mercado superpuesto de los telespectadores. Las segundas serían también fortísimas dado el poder de mercado disfrutado por los oferentes de los servicios de publicidad televisada que, en muchas ocasiones, obliga a los anunciantes (ante la elevación de las tarifas o la limitación del tiempo de publicidad comercializado) a decantarse por la publicidad basada en otros soportes, aun no siendo sustitutivos de la televisión.

También con relación a las **barreras de entrada de carácter normativo** cabría hacer la diferenciación señalada en el párrafo anterior. Así, del lado de la oferta, las barreras normativas de entrada serían todas las estudiadas al tratar del mercado de los telespectadores, a las que habría que añadir todas las restricciones normativas indirectas que emanan del entorno normativo dentro del cual se desenvuelve el mercado de la publicidad televisada y la prohibición de RTVE de financiarse a través de publicidad. Del lado de la demanda, el marco

regulador de la publicidad televisada que hemos dejado también descrito implica importantísimas restricciones normativas indirectas que modulan el acceso al mercado de los servicios de publicidad televisada por parte de los anunciantes y que, en ocasiones, llegan a impedirlo, dotándose, en este último caso, de la intensidad necesaria como para ser catalogadas como auténticas barreras de entrada (p.e., prohibición de publicidad televisada del tabaco).

En conclusión, del lado de la oferta, el mercado de la publicidad televisada sería un mercado en el que la competencia potencial estaría muy debilitada por la existencia de todas las barreras normativas y, en menor medida, económicas que vimos existían al tratar del mercado de los telespectadores. La diferencia esencial con respecto al mercado de los telespectadores (donde los televidentes no enfrentan obstáculos para acceder a los servicios de TV) radicaría en la existencia de importantísimas barreras de entrada económicas y ciertas restricciones normativas indirectas obstaculizando y modulando el acceso de los anunciantes a los servicios de publicidad televisada.

2) EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE AUDIMETRÍA O DE MEDICIÓN DE LOS ÍNDICES DE AUDIENCIA

a) Definición del mercado de producto pertinente de la audimetría

La audimetría o medición de los índices de audiencia, hace posible conocer los datos relativos al número de personas que han visto una determinada cadena en cierto momento, datos éstos que, adecuadamente tratados, permiten identificar a los telespectadores con la mayor precisión posible y orientar la publicidad.

El Servicio de Defensa de la Competencia, en el asunto *Sofres*, entendió que la técnica de medición de audiencias por medio de la audimetría tenía un carácter instrumental para los agentes que la utilizaban con fines comerciales como demandantes y oferentes de espacios publicitarios, siendo éste, el de la publicidad, el verdadero mercado relevante. El TDC, por su parte, - al entender que la negativa al suministro de información era justificada y no discriminatoria - no se perdió en mayores disquisiciones en punto a la definición del mercado de producto pertinente.

Realmente, en el asunto *Sofres* a que nos referiremos, el mercado afectado era el de la publicidad televisada porque la negativa por parte de dicha compañía al suministro a una cadena local como era *Canal 7* de la información sobre índices de audiencia impedía a dicha cadena el acceso al mercado de la publicidad, al no poder facilitar a los anunciantes y agencias de publicidad sus índices de audiencia.

En la decisión de la Comisión de 24 de noviembre de 1993 se tuvo por mercado relevante el de la medición de los índices de audiencia de las retransmisiones televisivas [93/668/CE: Decisión de la Comisión relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/32031 - *Auditel*) Diario Oficial n° L 306 de 11/12/1993 p. 0050 – 0055].

El supuesto era el de la constitución de la compañía *Auditel* cuyos socios eran las cadenas de TV italianas tanto públicas como privadas y las asociaciones de operadores en el mercado de la publicidad (anunciantes y agencias publicitarias). El fin primordial de la operación era el de poner fin a la llamada “guerra de índices” vinculando a todos los socios para que dieran por buenos y se ciñeran a los datos facilitados por *Auditel*, que serían los que, a su vez registrarían, los precios en el mercado de la publicidad televisada, sin posibilidad de acudir a los datos facilitados por otras empresas.

Para la Comisión lo anterior determinaba una restricción sensible del juego de la competencia dentro del mercado de la medición de índices de audiencia, por lo que fue rechazada la solicitud de exención del acuerdo.

Esta problemática tiende a reproducirse también en otros ámbitos. La edición digital de Cinco Días informaba a 11 de junio de 2007 de un acuerdo entre dos agencias *OJD (Oficina de Justificación de la Difusión)* y *Nielsen Netratings* enfrentadas tradicionalmente por sus visiones sobre cómo medir audiencias en Internet. En virtud de ese acuerdo de colaboración *OJD* empezaría a utilizar la tecnología de *Nielsen Netratings*, mientras que esta última

tendría parte de sus mediciones auditadas y certificadas por la *OJD*. Dicho acuerdo venía motivado por el hecho de que los clientes de ambas, que recurrían a ambos sistemas, demandaban un consenso.

Prescindiendo de esos casos concretos, el mercado de la prestación de servicios de audimetría, sería un mercado de producto fácilmente identificable en la medida en que las cadenas no tendrían fácil el acceso a otras fuentes de información alternativas y dotadas de la misma credibilidad con vistas a hacer públicos sus índices de audiencia (sustituibilidad de la demanda). Tampoco cabría que empresas competidoras pasaran a suministrar esos datos, dado el alto grado de consenso existente entre cadenas, anunciantes y agencias de publicidad en torno al sistema de medición de *Sofres* (sustituibilidad de la oferta).

Como apuntan los autores (Pascual y Vicente, J.: “*Tratado de Derecho de la Competencia*”; Dir. Beneyto Pérez, Coord. Maillo González Orús, Vol. I, Pág. 501, Bosch 2005), las enormes dificultades prácticas que implica aplicar el análisis de sustituibilidad del lado de la oferta lleva a que las autoridades de competencia se hayan apoyado en el mismo con desigual intensidad. En el caso de las autoridades norteamericanas de la competencia, las mismas tienden a considerar como operadores ya presentes en el mercado todos aquellos que, en el horizonte temporal de un año y sin incurrir en grandes costes, pueden empezar a fabricar y vender el producto en cuestión ante un IRSNTP o SSNTIP. A éstos se les denomina “nuevos productores incondicionales” y son, en fin, los que, con un alto grado de probabilidad, entrarán en el mercado de producto en cuestión. A partir de aquí, son dos las observaciones: la primera, que los productos que actualmente fabrican estos nuevos productores incondicionales no se integran en el mercado de producto; y la segunda, que, en parte por lo anterior, resulta complicado en el terreno de la práctica asignar cuotas de mercado potenciales del producto en cuestión a los nuevos entrantes.

En cambio, para la Comisión Europea, la sustitución de la oferta se tiene en cuenta en contadas ocasiones a condición de que los fabricantes puedan adecuar el proceso productivo a la fabricación del producto en cuestión, en un plazo breve y sin acometer grandes inversiones. De esta manera, esos otros productos similares actualmente producidos pasan a formar parte del mercado de producto sin que se planteen, por ello, las dificultades prácticas antes mencionadas para la asignación de cuotas de mercado a esos fabricantes que pueden adaptar su proceso productivo. Es el caso práctico de los fabricantes de papel de diferentes calidades en un ejemplo clásico.

Por otra parte, por las mismas razones que expusimos a la hora de dotar de sustantividad propia a los servicios de publicidad televisada frente a los sustentados en otros medios, especialmente la publicidad *on line* o en IT, habría que entender que, dentro de los servicios de audimetría, habría tantos mercados de producto como medios soporte de los servicios principales de publicidad. Es decir, que, p.e., el mercado de los servicios de medición de índices de audiencia para el mercado de la publicidad televisada sería diferente del mercado de la medición de índices de visitas a páginas web o del mercado de medición de índices de seguimiento de emisoras de radio. Se trataría, en fin, de aplicar el criterio de la diferente estructura de la demanda.

La diferente estructura de la demanda fue, por ejemplo, uno de los criterios básicos empleados por el TJCE para sostener la existencia de diferentes mercados de producto para el equipamiento original y para los recambios para automóviles en el asunto *Michelin* (sentencia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, Rec. TJCE 1983). El argumento que

sustentaba tal distinción se basaba en que, en los mercados de equipamiento original los compradores eran fabricantes de automóviles con un gran poder de negociación, lo que les permitía imponer una serie de condiciones a los proveedores, en particular con respecto al precio, la calidad y el plazo de entrega, mientras que en los mercados de recambios los compradores disponían de un menor poder de mercado y eran más numerosos, lo que daba lugar a una amplia red de distribución y servicio. En este pronunciamiento, el Tribunal comenzó reconociendo que el mercado del producto estaba formado por todos los productos que, por sus características, resultaban particularmente apropiados para satisfacer unas necesidades que se manifestaban de modo constante, y que, sólo en cierta medida, eran intercambiables con otros productos en lo tocante a su precio, utilización y las preferencias de los consumidores, para sentar después que no bastaba con examinar las características objetivas de los productos y que también debían tomarse en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda del mercado (Sentencia de 9. 11. 1983, asunto 322/81, *Michelin/Comisión* Rec. 1983 p. 3529, resultando 37).

La aplicación de los elementos de prueba habitualmente empleados por la Comisión valdrían para confirmar la sustantividad del mercado de los servicios de audimetría; pero, de entre ellos, tal vez el que podría tener una mayor virtualidad sería el de los obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos referidos a la incertidumbre generada por la calidad o reputación de otros proveedores desconocidos y diferentes de los aceptados por los medios y anunciantes de común acuerdo (hoy sería *Kantar Media*; antes *Taylor Nelson Sofres*).

Este factor se relaciona con el del peso de la marca en cuanto que criterio de delimitación del mercado. Por lo general, el factor de la marca no basta por sí sólo para llevar a cabo la delimitación del mercado de producto pertinente (en el asunto *Iveco-Pegaso* – decisión del TDC 129/95 de 20 de septiembre) la autoridad española de la competencia consideró que el mercado afectado era el de la distribución de vehículos comerciales y no el de cada una de las marcas competidoras (en el mismo sentido, V. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de octubre de 1997, as. R 228/97, *Cosmética Selecta*). Y, sin embargo, en *General Española de Librerías* (decisión 170/96, de 6 de noviembre de 1996) aceptó el TDC que una sola marca podía dar lugar a un único mercado de producto si otros factores contribuían a la segmentación del mercado. Este podía ser el caso del sector de los periódicos de información general donde el componente ideológico asociado a cada uno de ellos impedía que pudieran llegar a ser sustituidos por otros a ojos del consumidor, siendo ésta la razón de que cada periódico pudiera dar lugar a su propio mercado de producto (si bien el TDC no fue del todo concluyente al respecto).

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la audimetría

En el caso *Sofres*, al no tenerse el de la audimetría por el mercado relevante, no hubo definición del mercado geográfico de referencia. Sin embargo y como el TDC no descartó que, aunque no siendo ese el caso, este mercado pudiera, bajo ciertas condiciones, erigirse en mercado con sustantividad propia, podría jugarse con alguna hipótesis. Partiendo de que los demandantes del servicio de audimetría eran los anunciantes y las agencias de publicidad interesados en conocer los índices de audiencia - aparte de las cadenas de TV que lo estaban en facilitar esa información a los anteriores - y de que el mercado de la publicidad tenía

dimensión nacional (véase el apartado correspondiente a este mercado), cabría concluir el ámbito también nacional del de la audimetría.

También aplicando los criterios tanto de la sustituibilidad de la demanda, como de la oferta podría inferirse el ámbito nacional del mercado de la prestación de servicios de audimetría. En cuanto a la primera, y si nos ceñimos al caso español, no cabría que cadenas, agencias de publicidad y anunciantes acudieran a los servicios de agencias de ámbito inferior o superior al nacional. Y en cuanto a la sustituibilidad de la oferta, tampoco cabría que empresas situadas en ámbitos geográficos diferentes al nacional pasaran, en el corto plazo y sin grandes dificultades u obstáculos jurídicos o económicos, a suministrar esos datos.

Determinados elementos de prueba de los habitualmente empleados por la Comisión valdrían para confirmar lo anterior. Así, las características básicas de la demanda conformada por cadenas de TV, anunciantes y agencias de publicidad de implantación nacional; las opiniones de todos los anteriores en cuanto al carácter nacional de los servicios y en cuanto a la falta de utilidad de las muestras obtenidas para otros estados vecinos; la localización en España de la contratación de los servicios de audimetría, etc.

c) Entorno normativo del mercado de la audimetría

Si bien dentro del ordenamiento jurídico estatal (Vg. Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función estadística pública; BOE nº 112, 11-May-1989) y autonómica (Vg. Ley 12/1995, de 21 de abril, de Estadística de la comunidad de Madrid; BOE nº 170, 18-Jul-1995/BOCM nº 104, 3-May-1995) se encuentran normas concernientes a la actividad estadística desarrollada por los organismos públicos, se echa de menos la regulación de la desarrollada por entidades privadas como *Sofres*. A esta falta de regulación desde el Estado de la actividad desarrollada por *Sofres* - hoy *Kantar Media* y antes *Taylor Nelson Sofres* – podrían deberse, en parte, polémicas como la que llegó al Tribunal de Defensa de la Competencia y a la que a continuación nos referiremos. En este sentido, y dado que nos encontramos ante un supuesto de autorregulación dentro del sector, en este caso televisivo, la fiabilidad y credibilidad de los datos suministrados dependerá del grado de consenso existente entre los agentes activos dentro del mismo.

d) El mercado de la audimetría en el caso de la negativa al suministro por parte Sofres a Canal 7 (caso Sofres)

i) Identificación del agente de la práctica restrictiva en el caso Sofres

En el caso *Sofres* (hoy *Kantar Media* y antes *Taylor Nelson Sofres*; para simplificar utilizaremos sólo *Sofres*), el protagonista de la práctica restrictiva consistente en la negativa a suministrar datos de audiencia era “*Sofres Audiencia de Medios, S.A.*”. Ésta era la empresa que tenía encomendadas en España las tareas de medición de las audiencias de televisión. Además, la reclamación fue dirigida contra los órganos de la propia *Sofres* en los que quedaban representados los diversos sectores de clientes de esa agencia de medición de audiencias.

ii) Reseña general del caso Sofres

Tal y como se ha anticipado, en su resolución de 30 de julio de 1998 (Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 julio 1998; Expediente núm. 289/1998), el TDC hubo de afrontar el caso de la negativa de *Sofres*, a individualizar y suministrar los datos correspondientes a una emisora de ámbito local (Madrid y área metropolitana), *Canal 7*, vetándole así la entrada en el mercado de la publicidad al no poder facilitar información sobre sus cuotas de audiencia a las agencias publicitarias.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado la audimetría en el caso Sofres

Como ya puede desprenderse de lo dicho hasta aquí el mercado de los servicios de audimetría era y es un mercado que tiende naturalmente al monopolio, en la medida en que todos los agentes intervinientes en el mercado de la publicidad televisada (cadenas de TV, anunciantes y agencias de publicidad, fundamentalmente), respecto del que el de los servicios de audimetría tiene un valor instrumental, precisan que los índices de audiencia sean facilitados por una sola agencia – en España, *Sofres (Kantar Media)*– dotada de la credibilidad necesaria para evitar lo que la Comisión ha denominado en algún caso “guerras de índices” (*Vid Supra*).

En este sentido, y dada la existencia de un solo operador, el mercado español de la prestación de servicios de audimetría admitiría ser catalogado, no como meramente concentrado, sino como auténtico monopolio puro, con un índice *Herfindhal-Hirschman* de 10.000.

Dado que el Tribunal de Defensa de la Competencia no lo hizo en su decisión, puede ser interesante acudir a otras fuentes para describir el funcionamiento del mercado de la prestación de servicios de audimetría en España. El método seguido por *Sofres* podría resumirse como sigue (datos referidos a 2006 obtenidos de la propia web de *Sofres*). Se partía de un panel permanente, compuesto por 3.305 hogares y 9.665 individuos distribuidos por toda la geografía española (península, Baleares y Canarias), que representaba a la población de 4 y más años dentro de ese territorio. Este panel general se subdividía, a su vez, en nueve subpaneles diferentes, que se correspondían con cada uno de los ámbitos básicos de análisis de la información: Andalucía, Cataluña, País Vasco, Galicia, Madrid, Comunidad Valenciana, Castilla la Mancha, Canarias y resto de península y Baleares. La medición se realizaba de forma automática a través de los audímetros, aparatos electrónicos conectados a las televisiones de los hogares.

La actividad desarrollada por *Sofres* era objeto de supervisión por la *Asociación para la investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)*, que realizaba una auditoría técnica permanente sobre el sistema de audimetría de aquella referida a aspectos como el de la representatividad del panel, corrección de los procedimientos y programas utilizados o funcionamiento de los audímetros, entre otros. La finalidad de esta auditoría técnica era la de asegurar la fiabilidad de los datos y la aceptabilidad de éstos por el mercado y sus resultados eran objeto de publicación anual.

La *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)* la formaban un amplio grupo de empresas cuya actividad gravitaba en torno a la comunicación, tanto en

su vertiente informativa como comercial, y que presentaban un interés común, a saber, conocer lo más y mejor posible cómo era el consumo de medios en España. Aún cuando la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)*, con su actual estructura, nació en 1988, la cooperación entre sus miembros se remontaba a mucho antes. Las empresas asociadas a la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)* se distribuían en dos estamentos. El Estamento 1 quedaba integrado por 30 miembros, a saber: 1 agencia de publicidad, 3 anunciantes, 8 asesores o consultores y 18 agencias de medios. El Estamento 2 estaría compuesto por 166 miembros, con el siguiente desglose: 43 diarios y suplementos, 45 revistas, 21 radios, 13 televisiones, 3 empresas de cine, 8 editoras de canales temáticos, 20 sitios de Internet, 2 exclusivistas de publicidad y otras 11 empresas varias (Datos a 14 de marzo de 2006).

En concreto las 13 televisiones del Estamento 2 citadas eran: *Antena 3 Televisión, S.A.*; *Compañía de Radio-Televisión de Galicia, S.A.*; *Euskal Irrati Telebista*; *Ens Públic de Radiotelevisió de Les Illes Balears*; *Ente Púb. Radio Televisión Castilla-La Mancha*; *Radio Televisión Andalucía*; *Radio Televisión Madrid*; *Radio Televisión Valenciana*; *Sogecable, S.A.*; *Telecinco, S.A.*; *Televisio de Catalunya, S.A.*; *Televisión Española, S.A.*; *Televisión Pública de Canarias, S.A.*

La estructura de la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)* estaba pensada para propiciar la participación democrática de todos sus miembros en los siguientes órganos: **(a)** una Asamblea general (órgano soberano y deliberante); **(b)** una Junta gestora (órgano ejecutivo con el cometido de llevar a la práctica las decisiones de la Asamblea); **(c)** una Comisión técnica (órgano de asesoramiento técnico de la Junta gestora)

La *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)* tendría además encomendada la realización de estudios e investigaciones de diversa naturaleza entre los que descollarían: el Estudio General de Medios (EGM), en el que, a través de 43.000 entrevistas al año, se buscaba reflejar el consumo de medios a escala nacional y autonómica; los datos de audiencia en Internet a partir de 1996; o el estudio “media-producto” que suministraba amplia información sobre el consumo de marcas y productos en relación con la audiencia de medios partiendo de una muestra de 10.000 asociados.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la audimetría en el caso Sofres

En el caso *Sofres*, la parte recurrente (*Canal 7*) pretendía que la negativa al suministro constituía, por una parte, una práctica colusoria de las tipificadas en el Art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia entonces vigente y, por otra, un abuso de posición dominante de los previstos en el Art. 6 de esa misma Ley. En cuanto a lo primero, por existir una práctica concertada entre los diversos clientes de *Sofres* representados en los órganos integrados en la misma contra los que también se dirigió el recurso. Y en cuanto al abuso de posición dominante, por la negativa injustificada a satisfacer la demanda de prestación de servicios que era una de las conductas previstas de modo específico en la enumeración *ad exemplum* incluida en el propio Art. 6.

En cuanto a la existencia de práctica colusoria, la descartó el TDC sobre la base de un argumento más formal que material, a saber, el de quedar los órganos de representación de los clientes de *Sofres* integrados dentro de la estructura de esta última, razón por la cual no se daría uno de los presupuestos de las prácticas colusorias cual es el de la pluralidad de

agentes. Así: “En cuanto al artículo 1 de la LDC, hay que comenzar señalando que, si bien el denunciante se dirigía en la denuncia contra «Sofres », el Comité y el Consejo, en el recurso la primera se califica como «denunciado con carácter principal», mientras que los dos últimos quedan como denunciados «con carácter secundario», al considerar a estos órganos como apéndices de la primera. En el mismo sentido, en el recurso se reduce la fundamentación legal de la denuncia al apartado c) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia. En todo caso, no se cumple el requisito de la pluralidad de agentes para la supuesta infracción del artículo 1 de la LDC, puesto que el Comité de Usuarios y el Consejo de Control son órganos de representación de los sectores clientes de «Sofres», sin personalidad distinta de ésta y sin que se hayan encontrado indicios de ningún concierto entre los representantes de las distintas cadenas en ambos órganos para excluir del mercado a «Canal 7». Precisamente, tanto en el Comité como en el Consejo se encuentran representados no sólo los oferentes de espacios televisivos que son las cadenas de televisión, sino también los demandantes de estos espacios publicitarios, por lo que no cabe pensar en la existencia de acuerdos de dichos órganos para expulsar del mercado a «Canal 7», pues ello iría contra los intereses de estos posibles clientes (anunciantes, centrales de compra y agencias de publicidad) que son contrapuestos a los que, como competidores, podrían tener las cadenas”.

Y respecto al abuso de posición dominante, concluyó el mismo TDC que la negativa al suministro de datos era justificada y proporcionada a la escasa incidencia de las televisiones de ámbito local (*Canal 7* presentaba una cuota de audiencia del 0,5 % frente al 20 % de *Telemadrid*) y, por tanto, no discriminatoria habida cuenta que el cambio de su sistema y contenidos supondría para *Sofres* unos costes excesivos (derivados de tener que facilitar datos de audiencia a cada emisora local) e importantes riesgos de pérdida de fiabilidad.

e) Barreras a la entrada en el mercado de la audimetría

Del lado de la oferta, la entrada de nuevos operadores en el mercado de la prestación de servicios de medición de audiencias estaría vetada por la existencia de una serie de acuerdos entre todos los agentes económicos activos en su mercado principal – el de la publicidad televisada – por mor de los cuales sólo los datos facilitados por *Sofres* estarían dotados de la necesaria legitimidad y credibilidad. En este sentido, podría hablarse de barreras normativas a la entrada, si por tales tenemos las emanadas de la autorregulación existente en el sector.

No parece que las barreras de tipo económico tengan un papel especial que jugar en el mercado de la prestación de servicios de medición de índices de audiencia, ni del lado de la oferta - la ausencia de competencia potencial asociada a la existencia de barreras de entrada en este mercado obedece más bien a factores no económicos – ni del de la demanda – los costes económicos no se erigen en impedimento para que las cadenas de TV, anunciantes y agencias de publicidad puedan acceder a la información facilitada por *Sofres*.

Ahora bien, con ser la anterior la regla general, si nos ceñimos al caso concreto que enfrentó ante el TDC a *Canal 7* y a *Sofres*, las barreras de entrada de orden económico sí parecieron desempeñar un papel junto a otras de orden técnico, tanto del lado de la oferta como del de la demanda. Las primeras, en la medida en que el suministro de datos a escala local habría supuesto para *Sofres* – y, presumiblemente, para cualquier otro operador interesado en colmar esta laguna del mercado – unos costes económicos excesivos. Las segundas, por cuanto para ese mismo suministro de datos existían impedimentos de tipo

técnico derivados de la necesidad de introducir cambios en los sistemas seguidos por *Sofres* para la medición de las audiencias.

f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la audimetría

El mercado con el que mantendría una más estrecha relación el que ahora nos ocupa de los servicios de audimetría sería el de la publicidad televisada; y así lo pusieron de relieve las autoridades de la competencia en el caso *Sofres*. En concreto, el mercado de la audimetría podría ser concebido como mercado ascendente con relación al de la publicidad televisada desde el momento en que la información sobre niveles de audiencia constituye un insumo que los difusores de TV necesitan para poder ofrecer sus servicios de publicidad y fijar las tarifas aplicadas a los anunciantes.

Aún cuando el enfoque del TDC, en el caso *Sofres*, fuera el de entender embebidos los servicios de audimetría dentro del mercado de los servicios de publicidad televisada, la aplicación de los criterios generales tendría que permitir identificar éste que nos ocupa como mercado de producto independiente desde el momento en que los difusores no tendrían fácil acudir a fuentes de información alternativas y dotadas de la misma legitimidad como, Vg., encuestas a pié de calle (sustituibilidad del lado de la demanda) y dada la dificultad de que otras agencias dedicadas a labores estadísticas pudieran, en el corto plazo y sin grandes obstáculos económicos o jurídicos, pasar a facilitar índices de audiencia, p.e., por la necesidad de instalar audímetros en los televisores de los hogares empleados como muestra (sustituibilidad del lado de la oferta).

En cuanto a esta última, como sabemos, suele darse la sustituibilidad de la oferta cuando existe posibilidad para los competidores de comercializar diversas gamas o calidades de un mismo producto aún cuando las mismas no sean, desde el punto de vista de la demanda, sustitutivas para el cliente.

Un ejemplo clásico en la doctrina de la Comisión de definición de mercados desde la sustituibilidad de la oferta es *Continental Can Company* (decisión del asunto IV/26.811 de 9 de diciembre de 1971, DO L 055 de 4 de marzo de 1972) en la que consideró la existencia de un abuso por parte de *Continental Can* de su posición dominante en el mercado de la producción de latas para el empaquetado de carne y pescado tras apuntar lo fácilmente que los fabricantes de latas cilíndricas podrían pasar a fabricar latas más complicadas para esos mismos productos. Este criterio no fue, sin embargo, compartido por el Tribunal de Justicia para quien: la delimitación de la Comisión “... *sobre el mercado de los embalajes metálicos ligeros destinados a las conservas de carne y de pescado, [porque] no está debidamente fundada, si no se constata que otros competidores del mercado de embalajes metálicos ligeros no pueden, mediante una simple adaptación, presentarse en el mercado con una fuerza suficiente para constituir un contrapeso serio*” (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72, *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rep. 215, 254, consid).

Otro ejemplo traído a colación por Pellisé Capell (“*El abuso de posición dominante*”; Op. Cit.; Págs 169 y Ss): “*Hay otros ejemplo, así el MMC británico dentro de su sistema de análisis del poder de mercado, consideró que los fabricantes de comida humana podían tenerse en cuenta en el mercado de comida para mascotas, porque esas grandes compañías*

tenían buenos canales de distribución e imágenes de marca, así como una gran facilidad de transferencia tecnológica, lo que les permitía entrar y salir fácilmente del mercado (MMC «Cats and Dogs Foods», HC 447 (1977))”.

Por otra parte, las características de la demanda (anunciantes, agencias de publicidad y organismos de radiodifusión) y el uso previsto (facilitar la contratación de mensajes publicitarios en TV) permitirían diferenciar el mercado de los servicios de medición de audiencias para TV como mercado independiente de otros dirigidos a la medición de audiencias para otros medios.

En este sentido cabe observar como, en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia, el uso previsto puede llegar a ser igual o más importante que las características físicas o técnicas del producto. Lo anterior se pone de especial relieve cuando productos o servicios de diferentes características pasan a integrar el mismo mercado de producto pertinente, atendiendo a que sirven para un mismo uso o finalidad, y cuando productos de iguales características dan lugar a diferentes mercados de producto por su diversa finalidad o uso.

En aquellos casos en los que un mismo producto pueda ser destinado a usos diferentes, cada uno de esos usos puede ser visto como un mercado de producto diferente. Así, en *Hoffmann La Roche (1979)* el Tribunal de Justicia señaló que puede diferenciarse el mercado de vitaminas destinado a usos bionutritivos, del mercado de vitaminas destinado a uso industrial (Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, as. 85/76, *Hoffmann La Roche / Co. AG v. Commission*, consid. 27). En esta última sentencia, el Tribunal señalaba que el concepto de mercado de producto “*implica que pueda existir competencia efectiva entre los productos que forman parte de él, lo que supone la existencia de un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte del mismo mercado, en lo referente a un uso específico de tales productos*”.

Como pone de relieve Pellisé Capell, J., (“*La explotación abusiva de una posición dominante*”; Op. Cit.; Págs. 159 y Ss), la intercambiabilidad no tiene por que estar necesariamente relacionada con los rasgos físicos de los productos, ya que productos distintos pueden servir para un mismo uso y formar por ello parte de un mismo mercado. En la decisión *Eurocheques uniformes (1984)* la Comisión consideró que distintos medios de pago como los cheques, los giros postales, las tarjetas de crédito y los cheques de viaje estaban en competencia entre sí (V. Decisión de 10 de diciembre de 1984, *Eurocheques uniformes*, DOCE L 35/43 de 7 de febrero de 1985, p. 41; también decisión de 9 de julio de 1987, *Redland/AAH Holdings/British Coal*, DOCE L 224/18 de 12 de agosto, ps. 16, 18; en el sector químico, por ejemplo, las decisiones de 1994 *Sanofi/Sterling Drug*, DOCE L 12/8, p. 12, donde la Comisión señaló que la distinción entre medicamentos).

La existencia de barreras de entrada muy fuertes cercando este mercado contribuirían a la definición del mercado de producto pertinente de los servicios de audimetría e igualmente el peso de la marca de la actual *Kantar Media*, que casi permitiría ligar la definición del mercado de producto a la propia marca por la percepción de los anunciantes.

Como observa el profesor Pellisé Capell (“*La explotación abusiva de una posición dominante*”; Op. Cit.; Págs. 160 y Ss): “*También los caracteres psicológicos asociados al producto mediante una adecuada publicidad pueden afectar a la sustituibilidad con igual o mayor fuerza incluso que los caracteres físicos, y por tanto también deben ser tenidos en*

cuenta en la identificación del mercado. Piénsese que una cosa son las características objetivas que pueda tener el producto y otra distinta las características subjetivas que el consumidor puede ver en él. Y no es en absoluto infrecuente que, sobre todo en los mercados de consumo no profesional, las decisiones de consumo se tomen más en base a las características subjetivas que a las objetivas". En este sentido, tiende a destacarse que en la sociedad actual la fuerza de la publicidad determina en ocasiones no que la oferta siga a la demanda, sino que sea la propia oferta la que crea una demanda.

Del mismo modo, no tendría que plantear dudas que el **mercado geográfico de referencia** es el nacional: **(a)** los servicios de audimetría van orientados hacia el mercado de la publicidad televisada que tiene una dimensión nacional; **(b)** el ámbito geográfico en el cual se prestan los servicios de audimetría es nacional (el panel de hogares y el parque de televisores con los audímetros instalados se encuentran en territorio nacional); **(c)** ninguna utilidad tendría para los difusores conocer los niveles de audiencia, p.e, en Portugal (sustituibilidad del lado de la demanda) y, del propio modo, sería difícil que la empresa encargada de la medición de audiencias en ese país vecino pudiera pasar, rápidamente, a prestar esos mismos servicios en nuestro país (sustituibilidad del lado de la oferta).

En lo que concierne al **entorno normativo** dentro del cual se desarrolla el mercado de los servicios de audimetría, la principal conclusión puede ser la de que no existe, pudiendo achacarse, precisamente, a esa falta de regulación estatal toda la problemática relativa a la "guerra de índices" que llegó a suscitarse en el mercado italiano. La laguna creada por la falta de regulación de los servicios de audimetría en las instancias estatales ha sido colmada por la autorregulación existente dentro del sector, la cual ha venido a suponer que la fiabilidad y credibilidad de los datos suministrador dependa del grado de consenso en torno a los mismos existente entre los agentes activos dentro del mercado de la publicidad televisada.

El **análisis de la estructura del mercado español de los servicios de audimetría** resulta enormemente sencillo desde el momento en que es inherente al mismo la existencia de una sola agencia que proporcione datos que sean aceptados por los agentes activos, como oferentes o demandantes, dentro del mercado de la publicidad televisada (así en el caso *Sofres*, en España, y, en el asunto *Auditel*, en Italia). Es decir, que se trata de un mercado monopolístico puro *per se* (IHH de 10.000). Ahora bien, el poder compensatorio de la demanda (difusores, agencias de publicidad y anunciantes) sería también muy fuerte y quedaría plasmado en el control de auditoría ejercido por la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)*, que los integraría a todos ellos, sobre la actividad de *Sofres*, siendo los detalles de ese control los que más arriba se expusieron y que no parece necesario repetir.

Algo menos sencilla que el análisis de la estructura del mercado español de los servicios de audimetría resultaría la **evaluación del juego de la competencia en el mismo**. Dado que se trata de un mercado monopolístico puro por naturaleza cabría dejar de lado todo lo referente al control de **concentraciones horizontales** de empresas. Carecería, asimismo, de sentido el estudio de las **concentraciones verticales** entre la empresa prestadora de servicios de audimetría y cualquiera de las activas en el mercado descendente de la publicidad televisiva o de la difusión televisiva, pues la base del sistema y de su credibilidad es, como se viene explicando, la independencia de aquélla respecto de estas.

Sí podrían, en cambio, cobrar sentido las **concentraciones conglomerales** en relación con los diversos mercados de producto integrados en el más amplio de los servicios de audimetría

por la existencia de importantes economías de gama (servicios de audimetría para TV, servicios de audimetría para internet, servicios de audimetría para radio, etc.). Todos ellos podrían ser mercados de producto próximos estrechamente relacionados en los que la operación podría tener un impacto significativo por la existencia de relaciones conglomerales. Lo anterior podría ser especialmente acuciante en un entorno de convergencia tecnológica y de plataformas en el que los organismos de radiodifusión llegaran a dotarse de una fuerte presencia en la red (p.e. en el caso de Internet y Televisión a raíz de la prestación de servicios de TV sobre protocolo internet; piénsese, p.e., en el portal de IT de RTVE.es).

Los efectos anticompetitivos de tal concentración conglomeral muy posiblemente tendrían que ser evaluados por las autoridades de la competencia, toda vez que, al menos en el mercado de los servicios de audimetría para TV, *Kantar Media* quedaría con una cuota superior al 30 % (aunque tal vez no en el caso de medición para IT porque el mercado geográfico podría, en este caso, llegar a abarcar a toda la comunidad hispanoparlante de internautas). La nueva compañía podría recurrir a técnicas de apalancamiento basadas en su fuerte posición en el mercado de la audimetría para TV para expandirse en la medición de audiencias para internet. Este último sería el mercado apalancado en el que llegaría a darse un importante riesgo de cierre y exclusión, con efectos sobre el mercado descendente de los servicios de publicidad por internet. Determinados factores podrían agravar lo anterior como el hecho de ser la audimetría para TV un insumo esencial para actuar en publicidad televisiva, la generación de economías de gama, de densidad y de escala, etc...

En la medida en que la concentración conglomeral puede suponer una reducción del número de competidores reales o potenciales en relación con los mercados de los productos agrupados, puede llegar a crear un ambiente mucho más propicio para la colusión y para los efectos coordinados. El análisis de estos, su definición y presupuestos no diferirán de los que verificamos al ocuparnos de las concentraciones horizontales y verticales. Acaso podría destacarse con la Comisión que *“la interacción competitiva en varios mercados puede aumentar el alcance y la eficacia de los mecanismos disciplinarios para velar por la observancia de las condiciones de la coordinación”*. En lo demás, valdrá con hacer una remisión a lo dicho allí.

Tampoco cabría descartar en este caso la concurrencia de importantes eficiencias consistentes en ventajas tecnológicas de las que pudieran llegar beneficiarse los anunciantes, así como la comunidad de televidentes e internautas, como las derivadas de la racionalización implícita en la disponibilidad de una información unificada para todas las plataformas, se trataría de servicios ambos que podrían integrarse en la misma “cesta de compra”, se crearía un único punto de venta, podrían internalizarse márgenes y obtenerse economías de alcance que permitieran abaratar aguas abajo los servicios de publicidad y, en consecuencia, los productos publicitados, etc.

En lo que a la **colusión horizontal (cártel)** y a la **cooperación horizontal** dentro del mercado de los servicios de audimetría se refiere, podría pensarse, en principio, que carecería de excesiva utilidad su estudio desde el momento en que la existencia de un único monopolista tendría que hacer pensar más en prácticas restrictivas unilaterales (abuso de posición dominante) que multilaterales (vid *infra* y *supra* las referencias al asunto *Sofres*). Sin embargo, vendrían aquí muy al caso las consideraciones del CCNC en relación con el proyecto de LGCA en cuanto a que la autorregulación puede ser fuente de colusión y las de la Comisión que consideró ilegal un sistema parecido en el asunto *Auditel*. Probablemente, la forma más acertada de proceder sería la de reconocer que el sistema en sí entraña un acuerdo

de limitación de la producción de los servicios de audimetría para luego considerar la existencia de eficiencias ligadas a la necesidad del consenso para la propia existencia del mercado de la publicidad televisada y para evitar las guerras de índices.

En cuanto a la **colusión vertical**, la misma cabría, inicialmente y sobre todo, plantearse en los supuestos de acuerdos entre el prestador de los servicios de audimetría (mercado ascendente) y el difusor televisivo prestador de los servicios de publicidad televisada (mercado descendente). Ahora bien, como ya dijimos al ocuparnos del mercado de la publicidad televisada, tampoco el estudio de la colusión vertical revestiría un especial interés toda vez que el control ejercido por la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación (AIMC)*, donde quedarían representados todos los operadores activos dentro del mercado de la publicidad televisada, tendría que servir para excluir todo riesgo de colusión vertical entre el prestador de los servicios de audimetría y uno o varios organismos de radiodifusión televisiva determinados. Además de lo anterior, las especiales características del mercado de los servicios de audimetría supondría que no existiera competencia intermarcas ni intramarca que pudiera llegar a ser limitada por los acuerdos verticales (ni *Sofres* compite con nadie en el mercado de referencia ni existen intermediarios que compitan entre sí para la distribución de los servicios de *Sofres*).

Abstracción hecha del caso *Sofres*, habría que plantearse el riesgo de **abuso de posición dominante individual** por parte de *Kantar Media* dentro del mercado español de los servicios de audimetría. Paradójicamente, aún con una cuota del 100 % a lo largo de mucho tiempo dentro del mercado español, podría entenderse que la misma no disfruta de posición dominante, al no poder adoptar un comportamiento independiente de sus clientes – anunciantes, cadenas de TV y agencias de publicidad integrados en la AIMC – por el control técnico ejercido por ésta. Ello, no obstante, esa posición dominante sí podría surgir con relación a determinado difusor al que la negativa al suministro de datos pudiera ubicar fuera del mercado de la publicidad televisada.

Partiendo de lo anterior, los efectos de ese abuso, más que proyectarse en horizontal sobre el mercado de la audimetría, lo harían en vertical descendente sobre el de la publicidad televisada. Se trataría de un abuso explotativo mixto que incidiría sobre la segunda línea de defensa colocando al difusor en situación de indefensión frente a sus fuerzas respectivas (abuso por discriminación). En éste, quedaría reducida la competencia intermarcas entre difusores televisivos oferentes de esos servicios como consecuencia de la exclusión de dicho mercado del difusor sin acceso a sus datos de audiencia. Esos efectos se dejarían sentir más allá del mercado de la publicidad televisada extendiéndose al mercado de la audiencia o de los telespectadores pues, sin los ingresos procedentes de la publicidad, el organismo de radiodifusión excluido difícilmente podría hacerse con una programación atractiva que la permitiera captar telespectadores. Por lo demás, y en cuanto a los factores de agravación o atenuación de esos efectos anticompetitivos, en la medida en que los mismos se dejan sentir dentro del mercado, descendente con respecto al de los servicios de audimetría, de la publicidad televisada valdría con remitirse a lo dicho al tratar de los efectos de la colusión vertical sobre este último mercado.

Bajando ya a las conclusiones sobre la evaluación del juego de la competencia en el **caso Sofres**, vimos que la cuestión principal era la de la posible existencia de un abuso de posición dominante concretado en la negativa a suministrar datos de audiencia a una cadena de ámbito local cual era *Canal 7*. Si bien, en este concreto asunto, esa negativa al suministro venía justificada por la imposibilidad material de que *Sofres* pudiera llegar a suministrar los índices

de audiencia a todas y cada una de las innumerables emisoras locales existentes en España, cabría, no obstante, teorizar con la posibilidad de una negativa al suministro sin esa justificación, como acabamos de ver. Por otra parte, en este caso, el TDC eludió la aplicación del Art. 1 LDC con el argumento formal de la unilateralidad de la conducta; lo que resultaría muy discutible partiendo de que en el Art. 1 tienen también cabida las decisiones y recomendaciones emanadas de los órganos de las asociaciones de empresas y tal podría ser el caso del Comité de Usuarios y del Consejo Rector de *Sofres*. Más acertado nos hubiera parecido admitir el carácter colusorio del sistema, para luego defenderlo en clave de eficiencias, como se dijo más arriba.

Y, finalmente, en lo que se refiere a la existencia de ***barreras de entrada y a la competencia potencial*** dentro del mercado de los servicios de audimetría, aún cuando las barreras tecnológicas y económicas pudieran desempeñar algún papel en casos concretos (Vg., en el caso comentado del suministro de datos de audiencia de cadenas de ámbito local), las que son infranqueables son las normativas derivadas de la autorregulación propia de este sector y en virtud de las cuales sólo los datos proporcionados por una determinada agencia estarán dotados de una aceptación general. De lo anterior derivaría que el juego de la competencia potencial dentro del mercado nacional de los servicios de audimetría sea nulo.

TESIS DOCTORAL QUE PRESENTA D. JOSÉ MARÍA MORENO-MONTERO
OLMO BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROF. DR. D. RICARDO ALONSO SOTO

**LOS MERCADOS DE LA TELEVISIÓN Y EL
DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL
CONTEXTO DE CONVERGENCIA
TECNOLÓGICA
TOMO II**

NOTA: LA PRESENTE TESIS DOCTORAL QUEDA CERRADA Y
ACTUALIZADA A FECHA 1 DE MAYO DE 2012

A mi mujer, Concha, y a mi hija, Paula

ÍNDICE DEL TOMO II

Págs.

PARTE II: LOS MERCADOS EN ESPECIAL (CONTINUACIÓN)

CAPÍTULO V: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LOS CONTENIDOS

1) EL MERCADO DE LA VENTA AL POR MAYOR DE DERECHOS SOBRE CONTENIDOS	
a) Definición del mercado de producto pertinente de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos.....	13
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos.....	15
c) Entorno normativo del mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos (remisión).....	16
d) El mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos en el caso de la integración de Telia y Telenor en Newco (caso Telia/Telenor)	
i) Identificación de las partes de la operación en el caso Telia/Telenor...	16
ii) Reseña general del caso Telia/Telenor.....	17
iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos en el caso Telia/Telenor.....	18
iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la venta mayorista de derechos sobre contenidos en el caso Telia/Telenor.....	18
e) Barreras a la entrada en el mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos.....	19
f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos (remisión).....	20

2) EL MERCADO DE LOS DERECHOS PARA TELEVISIÓN (EN ABIERTO O DE PAGO) SOBRE EVENTOS DEPORTIVOS IMPORTANTES

- a) Definición del mercado de producto pertinente de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes.... 21**
- b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes... 31**
- c) Entorno normativo del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes..... 33**
- d) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de las restricciones estatutarias de la Unión Europea de Radiodifusión (caso UER)**
 - i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso UER..... 37**
 - ii) Reseña general del caso UER**
 - (1) Los antecedentes de la decisión de 10 de mayo de 2000..... 37**
 - (2) La decisión de 10 de mayo de 2000..... 39**
 - iii) Análisis estático de la estructura del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UER..... 39**
 - iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UER..... 41**
- e) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso del Reglamento de retransmisiones de la UEFA (caso UEFA)**
 - i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso UEFA (remisión)..... 42**
 - ii) Reseña general del caso UEFA (remisión)..... 42**
 - iii) Análisis estático de la estructura del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UEFA..... 43**
 - iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UEFA..... 44**

f) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de la adquisición por Sogecable de Audiovisual Sport (caso AVS III/concentración)	
i) Identificación de las partes de la operación en el caso AVS III/concentración (remisión).....	45
ii) Reseña general del caso AVS III/concentración (remisión).....	45
iii) Análisis pre-concentración de la estructura y funcionamiento del mercado primario de la adquisición de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración	
(1) Sistema de comercialización basado en la venta conjunta	
(a) Modelos de venta conjunta en el derecho comparado.....	46
(b) Valoración del sistema de venta conjunta desde la óptica del Derecho de la competencia.....	53
(2) Sistema de comercialización basado en el derecho de arena puro..	58
(3) Sistema español híbrido o mixto.....	60
(4) Otros datos del mercado antes de la concentración.....	66
iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado primario de la adquisición de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración.....	70
v) Análisis pre-concentración de la estructura y funcionamiento del mercado secundario de la puesta en común y reventa de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración	
(1) Nivel intermedio de puesta en común.....	75
(2) Nivel de reventa.....	76
vi) Evaluación post-concentración del juego de la competencia del mercado secundario de la puesta en común y reventa de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración	
(1) Derechos para emisiones en abierto.....	80
(2) Derechos para emisiones de pago.....	85
(3) Derechos para explotación a través de internet y UMTS.....	92

g) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de la cooperación entre Audiovisual Sport y otros operadores audiovisuales y los clubes de fútbol (caso AVS III/colusión)	
i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso AVS III/colusión.....	93
ii) Reseña general del caso AVS III/colusión.....	93
iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la adquisición de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/colusión.....	95
iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la adquisición de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/colusión	
(1) Contratos de adquisición de derechos de los clubes.....	99
(2) Pactos de no competencia para la adquisición de derechos de los clubes.....	112
v) Análisis estático de la estructura del mercado de la reventa de los derechos sobre eventos deportivos importantes para televisión (en abierto o de pago) en el caso AVS III/colusión.....	113
vi) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la reventa de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/colusión	
(1) El acuerdo de puesta en común y de explotación entre Sogecable, AVS y TV Cataluña de 7 de febrero de 2005.....	114
(2) El acuerdo de puesta en común y de explotación entre Sogecable, AVS, Mediapro y TV Cataluña de 24 de julio de 2006 (acuerdo AVS III)	
(a) Contenido del acuerdo AVS III.....	115
(b) Valoración del acuerdo AVS III desde la óptica del Derecho de la Competencia.....	118
(3) Los acuerdos entre Mediapro y TV Cataluña de 28 de junio, 30 de junio y 21 de agosto de 2006.....	126
(4) El acuerdo entre Mediapro y TV Valenciana de 25 de agosto de 2006.....	127

h) El mercado de la reventa de derechos deportivos para televisión (en abierto o de pago) en el caso del abuso de posición dominante de Mediapro (caso Gol TV)	
i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Gol TV (remisión).....	129
ii) Reseña general del caso Gol TV (remisión).....	129
iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la reventa de derechos deportivos en el caso Gol TV	
(1) Situación con anterioridad a la oferta de derechos por Mediapro en 2009.....	130
(2) Situación al tiempo de la oferta de derechos por Mediapro en 2009.....	134
iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la reventa de derechos deportivos en el caso Gol TV (remisión).....	135
i) Los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales deportivos para televisión (en abierto o de pago) en el caso Cuatro	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión).....	137
ii) Análisis pre-concentración de la estructura de los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales deportivos en el caso Cuatro.....	138
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales deportivos en el caso Cuatro (remisión).....	141
j) Barreras a la entrada mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes.....	142
k) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes (remisión).....	143
3) EL MERCADO DE LOS CONTENIDOS <i>PREMIUM</i> DEPORTIVOS PARA TELEVISIÓN DE PAGO	
a) Definición del mercado de producto pertinente de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago.....	145

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago.....	149
c) Entorno normativo del mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago	
i) Europeo.....	150
ii) Nacional.....	152
d) El mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso de la creación de Cablevisión por Telefónica y Sogecable (caso Cablevisión)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Cablevision (remisión).....	157
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Cablevision.....	157
e) El mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos en el caso de la creación de BiB por BT, BSkyB, Midland Bank y Matsushita (caso BiB)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso BiB (remisión).....	158
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB.....	158
f) El mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión).....	159
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso Vía Digital.....	159
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso Vía Digital	
(1) Consideraciones generales sobre el juego de la competencia.....	161

(2) Condiciones impuestas por el TDC para preservar el juego de la competencia en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago.....	162
g) El mercado de contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso de la integración de Stream en Telepiù (caso Stream)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Stream (remisión).....	163
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso Stream.....	163
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago en el caso Stream.....	165
h) Barreras a la entrada en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago	
i) Consideraciones generales sobre barreras de entrada.....	166
ii) Restricciones al acceso a los campos de fútbol y libertad de información.....	167
i) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los contenidos <i>Premium</i> deportivos para televisión de pago (remisión).....	169
4) EL MERCADO DE LOS CONTENIDOS <i>PREMIUM</i> CINEMATOGRAFÍCOS PARA TELEVISIÓN DE PAGO	
a) Definición del mercado de producto pertinente de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago.....	171
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago.....	175
c) Entorno normativo del mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago	
i) Europeo.....	177
ii) Nacional.....	178

d) El mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión).....	182
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago en el caso Vía Digital.....	183
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago en el caso Vía Digital.....	184
e) El mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago en el caso de la integración de Stream en Telepiù (caso Stream)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Stream (remisión).....	186
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago en el caso Stream.....	186
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago en el caso Stream.....	187
f) Los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos cinematográficos y series en el caso Cuatro	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión).....	188
ii) Análisis pre-concentración de la estructura de los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos cinematográficos y series en el caso Cuatro.....	188
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos cinematográficos y series en el caso Cuatro.....	197
g) Barreras a la entrada en el mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago.....	198

h) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para televisión de pago (remisión).....	199
5) EL MERCADO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE CANALES	
a) Definición del mercado de producto pertinente de la comercialización de canales.....	201
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la comercialización de canales.....	205
c) Entorno normativo del mercado de la comercialización de canales	
i) Europeo.....	206
ii) Nacional	
(1) Ley General de Comunicación audiovisual y borrador de Anteproyecto.....	209
(2) Otras referencias normativas.....	211
d) El mercado de la comercialización de canales en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión).....	213
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la comercialización de canales en el caso Vía Digital.....	213
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la comercialización de canales en el caso Vía Digital	
(1) Consideraciones generales sobre el juego de la competencia.....	214
(2) Condiciones impuestas por el TDC para preservar el juego de la competencia en el mercado de la comercialización de canales.....	216
e) Los mercados de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión en el caso de la integración de Cuatro en Telecinco (caso Cuatro)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión).....	218
ii) Análisis pre-concentración de la estructura de los mercados de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión en el caso Cuatro.....	218
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión en el caso Cuatro.....	222

f)	Barreras a la entrada en el mercado de los canales temáticos.....	223
g)	Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los canales temático (remisión).....	224
6)	EL MERCADO DE LA PRODUCCIÓN DE PROGRAMAS PARA TELEVISIÓN	
a)	Definición del mercado de producto pertinente de la producción de programas para televisión.....	225
b)	Delimitación del mercado geográfico de referencia de la producción de programas para televisión.....	230
c)	Entorno normativo del mercado de la producción de programas para televisión	
i)	Europeo	231
ii)	Nacional.....	233
d)	El mercado de la producción de programas para televisión en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)	
i)	Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión).....	238
ii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la producción de programas para televisión y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Vía Digital.....	239
e)	El mercado de la producción de programas para televisión en el caso de la creación de HMG por Verónica, Endemol y RTL (caso HMG)	
i)	Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso HMG (remisión).....	240
ii)	Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la producción de programas para televisión y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso HMG.....	240
f)	Los mercados de la producción y comercialización de programas para televisión en el caso Castro	
i)	Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión).....	241

ii)	Análisis pre-concentración de los mercados de la producción y comercialización de programas para televisión en el caso Cuatro....	241
iii)	Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la producción y comercialización de programas para televisión en el caso Cuatro.....	243
g)	Barreras de entrada en el mercado de la producción de programas para televisión.....	245
h)	Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la producción de programas para televisión (remisión).....	245
7)	RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES SOBRE LOS MERCADOS DE LOS CONTENIDOS	
a)	Sobre las relaciones de los mercados de los contenidos con otros mercados.....	247
b)	Sobre la situación de los mercados de los contenidos en Europa.....	249
c)	Sobre la identificación de los mercados de contenidos como mercados de producto pertinente.....	250
d)	Sobre la identificación de los mercados de contenidos como mercados geográficos de referencia.....	259
e)	Sobre el entorno normativo de los mercados de contenidos.....	260
f)	Sobre el análisis de la estructura de los mercados de contenidos en España.....	263
g)	Sobre la evaluación del juego de la competencia en los mercados de contenidos en España	
i)	Ante concentraciones de empresas	
(1)	Concentraciones horizontales.....	268
(2)	Concentraciones verticales.....	269
(3)	Concentraciones conglomerales.....	275
ii)	Ante abusos de posición dominante	
(1)	En mercados de contenidos no Premium.....	276
(2)	En mercados de contenidos Premium cinematográficos.....	276
(3)	En mercados de contenidos Premium deportivos.....	282
iii)	Ante prácticas colusorias (cártel)	
(1)	En mercados de contenidos no Premium.....	293
(2)	En mercados de contenidos Premium cinematográficos.....	294

(3) En mercados de contenidos Premium deportivos.....	301
iv) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)	
(1) Aspectos generales.....	305
(2) Marca única.....	324
(3) Vinculación.....	328
(4) Asignación de cliente exclusivo.....	332
(5) Suministro exclusivo.....	333
(6) Mantenimiento del precio de reventa.....	338
v) Ante acuerdos de cooperación horizontal.....	339
h) Sobre análisis de la estructura los mercados de los contenidos en España y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
i) En el caso Telia/Telenor.....	351
ii) En el caso UER.....	356
iii) En el caso UEFA (remisión).....	357
iv) En el caso AVS III/concentración.....	357
v) En el caso AVS III/colusión	
(1) En clave de colusión vertical.....	362
(2) En clave de colusión horizontal	
(a) Pacto de no competencia.....	364
(b) Pacto de puesta en común.....	368
(c) Definición del modelo de explotación.....	370
vi) En el caso Cablevision.....	370
vii) En el caso BiB.....	372
viii) En el caso Vía Digital	
(1) Contenidos Premium deportivos.....	373
(2) Contenidos Premium cinematográficos.....	377
(3) Obras audiovisuales para televisión.....	379
(4) Canales temáticos.....	381
ix) En el caso Stream.....	383
x) En el caso HMG.....	384
xi) En el caso Cuatro.....	385
xii) En el caso Gol TV.....	399
i) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en los mercados de los contenidos.....	400

j) Adenda: resumen ejecutivo expediente C/0432/12 Antena 3/La Sexta_Fuente Comisión Nacional de la Competencia.....	403
---	-----

CAPÍTULO VI: MERCADO DE LOS SEGMENTOS DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

1) EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN DIGITAL INTERACTIVA	
a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios de televisión digital interactiva.....	415
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios de televisión digital interactiva.....	418
c) Entorno normativo del mercado de los servicios de televisión digital interactiva	
d) Normativa europea.....	419
e) Normativa nacional.....	423
f) El mercado de los servicios de televisión digital interactiva en el caso de la creación de BiB por BSkyB, BT, Midland Bank y Matsushita (caso BiB)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso BiB (remisión).....	426
ii) Análisis pre-concentración del mercado de los servicios de televisión digital interactiva y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB.....	426
g) Barreras a la entrada en el mercado de los servicios de televisión digital interactiva.....	427
h) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los servicios de televisión digital interactiva	
i) Sobre las relaciones del mercado de los servicios de televisión digital interactiva con otros mercados.....	428
ii) Sobre la identificación del mercado de los servicios de televisión digital interactiva como mercado pertinente de producto y geográfico de referencia.....	431

iii) Sobre el entorno normativo del mercado de los servicios de televisión digital interactiva.....	432
iv) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de los servicios de televisión digital interactiva.....	433
v) Sobre evaluación del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de televisión digital interactiva	
(1) Ante concentraciones de empresas.....	434
(2) Ante abusos de posición dominante.....	435
(3) Ante prácticas colusorias (cártel).....	438
(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales).....	440
(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal	
(a) Generalidades.....	442
(b) Acuerdos de I + D.....	448
(c) Otros acuerdos de cooperación horizontal.....	461
vi) Sobre análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios de televisión digital interactiva y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB.....	463
vii) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de los servicios de televisión digital interactiva.....	468

CAPÍTULO VII: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LOS RECURSOS ASOCIADOS A LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

1) EL MERCADO DE LOS SERVICIOS TÉCNICOS, ADMINISTRATIVOS Y COMERCIALES PARA TELEVISIÓN DE PAGO	
a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago.....	471
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago.....	474
c) Entorno normativo del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago	
i) Europeo.....	475
ii) Nacional.....	481

d) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la creación de Cablevisión por Telefónica y Sogecable (caso Cablevision)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso Cablevision (remisión).....	484
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Cablevisión.....	484
e) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la creación de BiB por BSkyB, BT, Midland Bank y Matsushita (caso BiB)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso BiB (remisión).....	485
ii) Análisis pre-concentración del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB.....	485
f) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la creación de Newco por Telia y Telenor (caso Telia/Telenor)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso Telia/Telenor (remisión).....	487
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Telia/Telenor.....	487
g) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)	
i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso Vía Digital (remisión).....	488
ii) Análisis pre-concentración del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Vía Digital.....	488
h) Barreras a la entrada en el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago.....	490
i) Recapitulación y conclusiones sobre el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago (remisión).....	492

2) EL MERCADO DE LAS LISTAS CON EL AVANCE DE LOS PROGRAMAS DE TELEVISIÓN

- a) Definición del mercado de producto pertinente de las listas con el avance de los programas de televisión..... 493**
- b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de las listas con el avance de los programas de televisión..... 494**
- c) Entorno normativo del mercado de las listas con el avance de los programas de televisión..... 495**
- d) El mercado de las listas con el avance de los programas de televisión en el caso de la negativa de BBC, RTE e IBA a suministrar a la editora Magill la información necesaria para la confección de guías de programación (caso Magill)**
 - i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Magill..... 499**
 - ii) Reseña general del caso Magill..... 500**
 - iii) Análisis estático de la estructura del mercado de las listas con el avance de los programas de televisión en el caso Magill..... 501**
 - iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de las listas con el avance de los programas de televisión en el caso Magill.. 502**
- e) Barreras de entrada en el mercado de las listas con los avances de los programas de televisión..... 504**
- f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de las listas con los avances de programas para televisión (remisión)..... 511**

3) EL MERCADO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE ANTENAS PARABÓLICAS Y EQUIPOS RECEPTORES

- a) Definición del mercado de producto pertinente de la comercialización de antenas parabólicas y de equipos receptores..... 513**
- b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la comercialización de antenas parabólicas y de equipos receptores..... 514**
- c) Entorno normativo del mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores**
 - i) Europeo..... 515**
 - ii) Nacional..... 516**

d) El mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores en el caso Televes Vs. Vía Digital (caso Televes)	
i) Identificación del agente de la supuesta práctica restrictiva y reseña general de ésta en el caso Televes.....	516
ii) Análisis estático de la estructura del mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores y evaluación dinámica del juego de la competencia en el mismo en el caso Televes.....	517
e) Barreras de entrada en el mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores	
i) Barreras normativas.....	518
ii) Otras barreras de entrada.....	519
f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores (remisión).....	520
4) RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES SOBRE LOS MERCADOS DEL SEGMENTO DE LOS RECURSOS ASOCIADOS A LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS	
a) Sobre las relaciones con otros mercados de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	521
b) Sobre la identificación de mercados de producto pertinentes y geográficos de referencia dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	523
c) Sobre el entorno normativo de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	525
d) Sobre el análisis de la estructura de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España.....	526
e) Sobre la evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España	
i) Ante concentraciones de empresas	
(1) Concentraciones horizontales.....	527
(2) Concentraciones no horizontales.....	530

ii) Ante abusos de posición dominante	
(1) Posibilidad de existencia de abuso.....	533
(2) Formas posibles del abuso.....	535
iii) Ante prácticas colusorias (cártel).....	542
iv) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales).....	543
v) Ante acuerdos de cooperación horizontal	
(1) Generalidades.....	551
(2) Acuerdos de estandarización.....	552
(3) Acuerdos de transferencia de tecnología.....	560
f) Sobre análisis de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
i) En el caso Cablevision.....	569
ii) En el caso BiB.....	573
iii) En el caso Telia/Telenor.....	575
iv) En el caso Vía Digital.....	577
v) En el caso Televes.....	579
vi) En el caso Magill.....	580
g) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	583

CAPÍTULO VIII: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

1) EL MERCADO DE LA ADQUISICIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE SEÑAL DE TELEVISIÓN	
a) Definición del mercado de producto pertinente de la adquisición y distribución de señal de televisión.....	587
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la adquisición y distribución de señal de televisión.....	590
c) Entorno normativo (remisión).....	591

d) El mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión en el caso de la integración de Telia y Telenor en Newco (caso Telia/Telenor)	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Telia/Telenor.....	591
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión en el caso Telia/Telenor.....	592
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión en el caso Telia/Telenor.....	593
e) Barreras de entrada en el mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión (remisión).....	594
f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión.....	594
2) EL MERCADO DE LA CAPACIDAD SATELITAL	
a) Definición del mercado de producto pertinente de la capacidad satelital.....	598
b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la capacidad satelital.....	603
c) Entorno normativo del mercado de la capacidad satelital	
i) Internacional.....	606
ii) Europeo.....	609
iii) Nacional.....	612
d) El mercado de la capacidad satelital en el caso de la integración de Telia y Telenor en Newco.....	616
e) Barreras a la entrada en el mercado de la capacidad satelital.....	617
f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la capacidad satelital.....	617

3) EL MERCADO DE LA TRANSMISIÓN DE LAS SEÑALES DE TELEVISIÓN Y RADIO

a) Definición de mercados de producto pertinentes dentro del mercado más amplio de la transmisión de las señales de televisión y radio

i) Definición del mercado de los servicios portadores de difusión de señales de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT

(1) Generalidades..... 629

(2) Diferenciación de otros mercados

(a) Del mercado del servicio de transmisión de la señal de televisión y radio..... 634

(b) Del mercado del servicio de transporte de la señal de televisión y radio..... 636

(c) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de radio..... 640

(d) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión y/o radio por cable..... 641

(e) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión por satélite..... 644

(f) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión por ADSL..... 645

(g) Del mercado de los servicios de multiplexado..... 647

ii) Definición del mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en la resolución del TDC en el caso de la toma de control de Retevisión por Abertis (caso Retevisión)..... 648

iii) Definición del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el primer caso denunciado por Axión de abuso de posición dominante de Abertis (caso Axión/Abertis/abuso I)..... 649

iv) Definición del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el segundo caso denunciado por Axión de abuso de posición dominante de Abertis (caso Axión/Abertis/abuso II)..... 650

v)	Definición del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso de la adquisición de Axión por Abertis (caso Axión/Abertis/concentración).....	650
vi)	Definición del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso de la adquisición de Teledifusión Madrid por Tradia (caso Teledifusión Madrid).....	651
b)	Delimitación del mercado geográfico de referencia dentro del amplio mercado de los servicios de transmisión de la señal de televisión y radio	
i)	Respecto del mercado de los servicios portadores de difusión de señales de televisión por ondas hertzianas definido en la resolución de la CMT.....	651
ii)	Respecto del mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso Retevisión.....	653
iii)	Respecto del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el caso Axión/Abertis/abuso I.....	654
iv)	Respecto del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el caso Axión/Abertis/abuso II.....	654
v)	Respecto del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso Axión/Abertis/concentración.....	654
vi)	Respecto del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso Teledifusión Madrid.....	655
c)	Entorno normativo de los mercados inscritos dentro del más amplio de la transmisión de señal de televisión	
i)	Europeo.....	655
ii)	Nacional	
(1)	Normativa sobre liberalización de los servicios.....	659
(2)	La Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y su normativa de desarrollo.....	661

d) El mercado de los servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT	
i) Reseña general e identificación del operador con poder significativo de mercado en la resolución de la CMT.....	665
ii) Análisis del mercado de los servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT	
(1) Del lado de la oferta	
(a) En la ronda de revisión de 2006.....	666
(b) En la ronda de revisión de 2008.....	669
(2) Del lado de la demanda	
(a) En la ronda de revisión de 2006.....	673
(b) En la ronda de revisión de 2008.....	674
iii) Evaluación del juego de la competencia en el mercado de los servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT	
(1) Justificación de la identificación de los problemas de competencia	
(a) En la ronda de revisión de 2006.....	676
(b) En la ronda de revisión de 2008.....	677
(2) Identificación de los problemas de competencia	
(a) En la ronda de revisión de 2006.....	678
(b) En la ronda de revisión de 2008.....	679
(3) Imposición de obligaciones específicas	
(a) En la ronda de revisión de 2006.....	680
(b) En la ronda de revisión de 2008.....	683
e) El mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso de la toma de control de Retevisión por Abertis (caso Retevisión)	
i) Consideraciones previas sobre el enfoque de las concentraciones en mercados de las telecomunicaciones.....	694
ii) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Retevisión.....	696
iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de	

transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso Retevisión	697
iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso Retevisión.....	700
f) El mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en los casos Axión/Abertis/abuso I y II	
i) Identificación de los sujetos de las prácticas restrictivas en los casos Axión/Abertis/abuso I y II	702
ii) Reseña general de las prácticas restrictivas en los casos Axión/Abertis/abuso I y II.....	703
iii) Análisis estático de la estructura del mercado de los servicios de transporte y difusión de señal audiovisual en los casos Axión/Abertis/abuso I y II	
(1) Situación general.....	706
(2) La relación contractual con Sogecable.....	708
(3) La relación contractual con Telecinco.....	709
(4) La relación contractual con Antena 3.....	710
(5) La relación contractual con Net TV.....	712
(6) La relación contractual con Veo TV.....	713
(7) La relación contractual con Gestora de Medios Audiovisuales La Sexta.....	714
iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de los servicios de transporte y difusión de señal audiovisual en los casos Axión/Abertis/abuso I y II	
(1) En el caso Axión/Abertis/abuso I	
(a) La evaluación preliminar de la CNC en la revocación de la decisión de sobreseimiento del SDC.....	715
(b) Las conductas imputadas.....	717
(c) Apreciación de las conductas del primer bloque: excesiva duración de los contratos, penalizaciones por resolución anticipada y descuentos asociados a la vigencia de los contratos.....	718

(d) La existencia de justificación objetiva para las conductas del primer bloque: excesiva duración de los contratos, penalizaciones por resolución anticipada y descuentos asociados a la vigencia de los contratos.....	722
(e) Apreciación de las conductas del segundo bloque (descuentos por la contratación conjunta de placas territoriales) y de su posible justificación objetiva.....	725
(f) Efecto lesivo de las conductas para el juego de la competencia en el mercado e imposición de sanciones y medidas.....	727
(2) En el caso Axión/Abertis/abuso II	
(a) Las conductas imputadas.....	728
(b) La aplicación del principio de non bis in ídem.....	729
(c) Valoración de las conductas del primer bloque: cláusulas de descuento por contribución a la implantación de la TDT y por no resolución anticipada en los contratos de 2007.....	731
(d) Valoración de las conductas del segundo bloque: cláusulas de descuento por contribución a la implantación de la TDT en los contratos de 2008.....	735
(e) Ausencia de justificación objetiva y efecto lesivo de las conductas para el juego de la competencia en el mercado.....	737
g) El mercado de los servicios de transporte y el mercado de los servicios de gestión del múltiple y difusión terrestre en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid	
i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid.....	740
ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid.....	741
iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los servicios de transporte y en el mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid	

(1) La creación o refuerzo de la posición dominante en los mercados afectados por las concentraciones.....	741
(2) Las condiciones o remedios.....	744
h) Barreras a la entrada en el mercado de los servicios de transmisión de señal audiovisual	
i) Barreras normativas.....	746
ii) Barreras económicas y tecnológicas.....	749
i) Recapitulación y conclusiones finales sobre los mercados de la transmisión de señal audiovisual	
i) Sobre las relaciones de los mercados de la transmisión de señal de televisión entre sí y con otros mercados.....	755
ii) Sobre la identificación de los mercados de la transmisión de señal de televisión como mercados de producto pertinente y geográficos de referencia.....	756
iii) Sobre el entorno normativo de los mercados de los servicios de transmisión de señal de televisión.....	759
iv) Sobre el análisis de la estructura de los mercados de la transmisión de señal de televisión en España.....	760
v) Sobre la evaluación del juego de la competencia en los mercados de la transmisión de señal de televisión en España.....	763
vi) Sobre análisis de los mercados de la transmisión de señal de televisión y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
(1) En el caso Retevisión.....	767
(2) En el caso Axión/Abertis/abuso I.....	768
(3) En el caso Axión/Abertis/abuso II.....	772
(4) En los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid.....	777
vii) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en los mercados de los servicios de transmisión de señal de televisión.....	778
j) Adenda: cuadro de operadores en los servicios portadores de difusión de ámbito autonómico.....	780
k) Adenda: cuadro de demarcaciones en los servicios portadores de difusión de ámbito local.....	781

l) Adenda: gráficos sobre modalidades de acceso (interconexión y coubicación).....	783
m) Adenda: resumen de la resolución del consejo de la CNC de 8 de febrero de 2012 (Expte. S/0207/09 Transporte Televisión)_Fuente Comisión Nacional de la Competencia.....	784

PARTE III: RECAPITULACIÓN

1) CONCLUSIONES DE ALCANCE GENERAL

a) Delimitación de segmentos.....	791
b) El segmento de las comunicaciones electrónicas	
i) Identificación de subsegmentos.....	791
ii) El subsegmento de las redes de comunicaciones electrónicas.....	792
iii) El subsegmento de los servicios de comunicaciones electrónicas.....	795
c) El segmento de los contenidos.....	798
d) El segmento de la comunicación audiovisual	
i) Identificación de subsegmentos.....	799
ii) El subsegmento de la comunicación audiovisual lineal: difusión televisiva.....	800
iii) El subsegmento de la comunicación audiovisual no lineal o a petición: video a la carta.....	800
e) El segmento de la Sociedad de la Información.....	801
f) Los principios de neutralidad y convergencia tecnológicas y sus efectos.	803
g) Los efectos de la digitalización.....	806
h) La plena implantación de la Sociedad de la Información y sus consecuencias.....	809
i) Mitigación de la intervención de los poderes públicos y evolución histórica de la exigencia normativa de título habilitante en el ordenamiento jurídico español	
i) Dentro del segmento de la Sociedad de la Información.....	810
ii) Dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas	
(1) Introducción.....	811
(2) Sobre plataforma satelital.....	812
(3) Sobre plataforma fibrilar o alámbrica (cable o ADSL).....	814
(4) Sobre plataforma terrestre.....	815
iii) Dentro del segmento de los contenidos.....	817
iv) Dentro del segmento de la comunicación audiovisual	

(1) No lineal/video a la carta.....	818
(2) Lineal/difusión televisiva	
(a) Sobre plataforma satelital.....	818
(b) Sobre plataforma fibrilar o alámbrica (cable o ADSL).....	820
(c) Sobre plataforma terrestre.....	821
j) El retroceso de la noción de servicio público.....	823
2) CONCLUSIONES FINALES SOBRE SEGMENTOS Y MERCADOS EN PARTICULAR	
a) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de la difusión televisiva (comunicación audiovisual lineal): televisión en abierto y de pago	
i) Relaciones de los mercados del segmento de la difusión televisiva con mercados de otros segmentos.....	827
ii) Evolución de los mercados del segmento de la difusión televisiva en Europa.....	828
iii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de la difusión televisiva.....	831
iv) Entorno normativo de los mercados del segmento de la difusión televisiva.....	832
v) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la difusión televisiva en España.....	835
vi) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de la difusión televisiva en España	
(1) En materia de concentraciones	
(a) Horizontales.....	837
(b) Verticales.....	840
(c) Conglomerales.....	841
(2) En materia de prácticas restrictivas	
(a) Abusos de posición dominante.....	843
(b) Cáteles.....	848
(c) Acuerdos verticales.....	850
(d) Acuerdos de cooperación horizontal.....	857

vii) Análisis de la estructura de los mercados del segmento la difusión televisiva y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
(1) En el caso Cablevisión.....	862
(2) En el caso BiB.....	863
(3) En el caso Vía Digital.....	864
(4) En el caso HMG.....	865
(5) En el caso UEFA.....	866
(6) En el caso AVS III.....	867
(7) En el caso Gol TV.....	871
(8) En el caso Cuatro.....	875
(9) En el caso Stream.....	876
viii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de la difusión televisiva.....	877
b) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de la publicidad: publicidad televisada y audimetría	
i) Relaciones de los mercados del segmento de la publicidad con mercados de otros segmentos.....	879
ii) Evolución de los mercados del segmento de la publicidad en Europa.....	880
iii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de la publicidad.....	880
iv) Entorno normativo de los mercados del segmento de la publicidad...	881
v) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la publicidad en España.....	884
vi) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de la publicidad en España	
(1) En materia de concentraciones.....	885
(2) En materia de prácticas restrictivas	
(a) Abusos de posición dominante.....	887
(b) Cáteles.....	889
(c) Acuerdos verticales.....	893
(d) Acuerdos de cooperación horizontal.....	895

vii) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la publicidad y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
(1) En el caso HMG.....	897
(2) En el caso Antena 3.....	899
(3) En el caso Cuatro.....	899
(4) En el caso Atres.....	902
(5) En el caso Sofres.....	903
viii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de la publicidad.....	903
c) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de los contenidos: i) venta al por mayor de derechos sobre contenidos; ii) derechos para TV (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes; iii) contenidos <i>Premium</i> deportivos para TV de pago; iv) contenidos <i>Premium</i> cinematográficos para TV de pago; v) canales temáticos; vi) producción de programas para TV	
i) Relaciones de los mercados del segmento de los contenidos con mercados de otros segmentos.....	904
ii) Evolución de los mercados del segmento de los contenidos en Europa.....	905
iii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de los contenidos.....	906
iv) Entorno normativo de los mercados del segmento de los contenidos.....	907
v) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de los contenidos en España.....	908
vi) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de los contenidos en España	
(1) En materia de concentraciones.....	910
(2) En materia de prácticas restrictivas	
(a) Abusos de posición dominante.....	912
(b) Cáteles.....	915
(c) Acuerdos verticales.....	917
(d) Acuerdos de cooperación horizontal.....	922

vii) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de los contenidos y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
(1) En el caso Telia/Telenor.....	924
(2) En el caso UER.....	925
(3) En el caso UEFA.....	925
(4) En el caso AVS III/concentración.....	926
(5) En el caso AVS III/colusión.....	927
(6) En el caso Cablevisión.....	929
(7) En el caso BiB.....	930
(8) En el caso Vía Digital.....	930
(9) En el caso Stream.....	933
(10) En el caso HMG.....	934
(11) En el caso Cuatro.....	935
(12) En el caso Gol TV.....	937
viii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de los contenidos.....	938
d) Conclusiones finales sobre el mercado inscrito simultáneamente en el segmento de las comunicaciones electrónicas y en el de la Sociedad de la Información: el mercado de los servicios de TV digital interactiva	
i) Relaciones del mercado de los servicios de TV digital interactiva con los mercados de otros segmentos.....	939
ii) Identificación del mercado relevante de los servicios de TV digital interactiva.....	940
iii) Entorno normativo del mercado de los servicios de TV digital interactiva.....	940
iv) Análisis de la estructura del mercado de los servicios de TV digital interactiva en España.....	941
v) Evaluación del juego de la competencia en el mercado de los servicios de TV digital interactiva en España	
(1) En materia de concentraciones.....	942
(2) En materia de prácticas restrictivas	
(a) Abusos de posición dominante.....	942
(b) Cáteles.....	943

(c) Acuerdos verticales.....	943
(d) Acuerdos de cooperación horizontal.....	945
vi) Análisis de la estructura del mercado de los servicios de TV digital interactiva y evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos.....	949
vii) Barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de los servicios de TV digital interactiva.....	949
e) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas: i) servicios técnicos, administrativos y comerciales; ii) listas con el avance de programación (guías electrónicas de programas); iii) comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores	
i) Relaciones de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas con los mercados de otros segmentos.....	950
ii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	951
iii) Entorno normativo de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	951
iv) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España.....	952
v) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España	
(1) En materia de concentraciones.....	952
(2) En materia de prácticas restrictivas	
(a) Abusos de posición dominante.....	954
(b) Cártels.....	956
(c) Acuerdos verticales.....	956
(d) Acuerdos de cooperación horizontal.....	957
vi) Análisis de la estructura en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
(1) En el caso Cablevisión.....	961

(2) En el caso BiB.....	961
(3) En el caso Telia/Telenor.....	962
(4) En el caso Televisión.....	963
(5) En el caso Magill.....	963
vii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.....	963
f) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas: i) adquisición y distribución de señal de TV; ii) capacidad satelital; iii) transmisión de señal de TV (servicios de transporte y portador de difusión)	
i) Relaciones de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas con los mercados de otros segmentos.....	964
ii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento las redes de comunicaciones electrónicas.....	965
iii) Entorno normativo de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas.....	967
iv) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas en España.....	968
v) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas en España.....	969
vi) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas en España y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos	
(1) En el caso Telia/Telenor.....	970
(2) En el caso Retevisión.....	971
(3) En el caso Axió/Abertis/abuso I.....	971
(4) En el caso Axió/Abertis/abuso II.....	973
(5) En los casos Axió/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid.....	975
vii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de las redes de comunicaciones electrónicas.....	976
BIBLIOGRAFÍA.....	979

PARTE II (CONTINUACIÓN)

LOS MERCADOS EN ESPECIAL

CAPÍTULO V: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LOS CONTENIDOS

1) EL MERCADO DE LA VENTA AL POR MAYOR DE DERECHOS SOBRE CONTENIDOS

a) Definición del mercado de producto pertinente de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos

En el asunto *Telia/Telenor* al que nos referiremos, la DG 4 identificó como mercado de producto de referencia el de la venta mayorista de derechos sobre contenidos. En el caso planteado, tanto las partes como sus principales competidores en cable y DTH (TV por satélite directa al hogar), contrataban directamente la adquisición de la señal de TV del organismo de radiodifusión, razón por la cual dicho mercado quedaba circunscrito a la cesión ulterior de derechos sobre contenidos a otros operadores de cable independientes y de pequeña dimensión por parte de aquéllos.

El mercado así definido mantenía estrechos vínculos con el sector ascendente de la adquisición y distribución de señal de TV, objeto de estudio en otros apartados de la tesis, desde el mismo momento en que el contrato celebrado entre organismo de radiodifusión y distribuidor, no sólo regulaba el uso de los derechos sobre tales contenidos por este último, sino además su posible cesión a terceros por parte del propio distribuidor.

Realmente, lo anterior obedecería a las peculiaridades de los segmentos de las telecomunicaciones y de la difusión televisiva en los mercados nórdicos en los que los operadores de telecomunicaciones tenían un fuerte poder de mercado que les permitía interponerse y actuar como intermediarios entre los organismos de radiodifusión y los televidentes. Lo anterior, llevado al mercado español, sería tanto como si *Telefónica*, por una parte, adquiriera la señal de TV del organismo de radiodifusión (p.e., *Sogecable*) y se encargara de distribuirla entre los telespectadores y, por otra, se dedicara a actuar como mayorista comercializando los contenidos adquiridos de *Sogecable* entre otros operadores de telecomunicaciones que también prestaran servicios de difusión televisiva directamente a los hogares.

En definitiva, este mercado, como tal, sólo parece haber sido identificado en el asunto *Telia/Telenor*. La diferencia esencial con respecto a otros mercados de contenidos estudiados radicaría, básicamente, en que, en este caso, los mismos no tenían valor *Premium*, es decir no justificaban la contratación de una oferta de TV de pago, dadas las especialidades, a las que aludiremos, del sistema de distribución de señal televisiva en los países nórdicos en el momento de adoptarse la decisión (TV financiada con la publicidad o pagos reducidos de los abonados y escasa importancia de la TV de pago), con respecto a otros mercados europeos como, por ejemplo, el español.

La identificación como mercado de producto pertinente de éste de la “venta al por mayor de derechos sobre contenidos” no tendría que plantear inconvenientes desde el punto de vista de la sustituibilidad de la demanda (ante un IRSNTP sobre esos contenidos audiovisuales, los operadores de telecomunicaciones más pequeños no tendrían más opción que la de pasar por él o salirse del mercado) ni desde el de la oferta (dada la fuerte posición de los operadores de telecomunicaciones en la venta mayorista de contenidos no era viable que los organismos de radiodifusión pasaran a vender directamente esos contenidos a esos otros operadores de telecomunicaciones de dimensión más reducida).

En este caso, la estructura de la oferta, conformada por las partes de la operación, *Telia* y *Telenor*, y sus más directos competidores era básica en la definición del mercado de producto pertinente. También, lo serían, la estructura de la demanda, conformada por esos otros cableoperadores de más reducida dimensión, y el uso previsto, a saber, que estos últimos pudieran prestar servicios de TV no de pago (financiados con publicidad, principalmente, con o sin pagos reducidos) a los televidentes. Probablemente, lo sería también el nivel de precios, muy diferentes a los de adquisición por *Telia*, *Telenor* y sus competidores frente a los organismos de radiodifusión, y la existencia de barreras de entrada muy fuertes, de tipo económico, que impedían la oferta directa por los organismos de radiodifusión a los cableoperadores pequeños.

La aplicación de los elementos de prueba habitualmente empleados por la Comisión tendrían que servir también para la confirmación de lo anterior: **(i)** la falta de desvío de pedidos en el pasado por esos pequeños cableoperadores hacia otros productos (“elementos de prueba de una sustitución en el pasado reciente”); **(ii)** la baja elasticidad propia de la demanda, pues el incremento de los precios aplicados por los vendedores mayoristas no implicarían reducciones en los pedidos, y la negativa elasticidad cruzada de la demanda de tales contenidos con respecto a otro contenido audiovisual posible, hacia el que no se derivaría la demanda en caso de incremento de precios (“ensayos cuantitativos específicamente concebidos para la delimitación de los mercados”); **(iii)** las opiniones de los clientes (cableoperadores de reducida dimensión) y de los vendedores mayoristas en cuanto a la ausencia de sustituibilidad; **(iv)** las preferencias de los televidentes nórdicos por esos contenidos audiovisuales frente a otros; **(v)** la incertidumbre en cuanto a la calidad o reputación de otros contenidos audiovisuales diferentes (“obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos”).

Este caso *Telia/Telenor* tuvo alguna réplica posterior. En *Telenor/Canal +/Canal Digital Commission Decision*, (Case COMP/C.2.-38.287, 29 December 2003, *Telenor/Canal +/Canal Digital*, para. 68. See also *Commission Decision*, Case COMP/M.3542, 10 November 2004, *Sony Pictures/Walt Disney/ODG/Movieco*, para. 10), identificó también la Comisión el mercado de la venta al por mayor de canales de contenidos *Premium* para TV de pago y canales de largometrajes en modalidad de PPV (*Pay Per View* o Pago Por Visión) y NVD (*Near Video On Demand* o Video Casi Demanda). La Comisión sostuvo que los canales de contenidos *Premium* para TV de pago constituían un *input* imprescindible para los distribuidores de servicios de TV de pago con vistas a ofrecerlos a los usuarios finales. La relación comercial en cuestión era la entablada entre los vendedores de canales de TV de pago y las plataformas multicanal que los distribuían a los usuarios finales sobre red de cable o de satélite (DTH). El mercado no comprendía, en consecuencia, la adquisición de tales canales por parte de las plataformas de TV directamente de los grandes estudios de Hollywood.

En la región nórdica se daban ciertas particularidades que suponían que la inmensa mayoría de las relaciones contractuales entre los vendedores de canales de TV de pago y las plataformas de cable se basaran en los, así llamados, contratos de agencia, por virtud de los cuales las segundas actuaban como representantes de los primeros y recibían una parte proporcional de las tarifas de suscripción como retorno por sus servicios (otros distribuidores de cable adquirían, en cambio, licencias de TV de pago en vez de actuar como representantes de los vendedores de canales de TV de pago). Estos distribuidores no se consideraba, sin embargo, que realizaran una simple función de *carrier* en la prestación de

servicios de TV de pago. En vez de eso, actuaban como auténticos difusores en su propio interés buscando la recuperación de inversiones específicas, p.e., para hacer llegar la infraestructura hasta el hogar del abonado, con vistas a crear una oferta atractiva de TV de pago para sus suscriptores.

Nótese que, en este caso, a diferencia del asunto *Telia/Telenor*, los contenidos sí tenían un valor *Premium*, que determinaba la contratación de servicios de TV de pago.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos

Respecto al mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos, la Comisión, sin ser concluyente, al ser irrelevante el dato a los efectos de la resolución, apuntó a una dimensión transnacional de los mercados ya escandinava (Noruega, Suecia y Finlandia), ya nórdica (los tres países anteriores más Dinamarca), dada la adquisición de señal o contenidos sobre la base de un mercado con dimensión nórdica o escandinava y la inexistencia de barreras lingüísticas o culturales de entidad, por la tradición de subtitular, para la distribución de señal o contenidos dentro de todo ese territorio.

Es decir que, aplicando el criterio de la sustituibilidad de la demanda, un operador de telecomunicaciones de dimensión reducida interesado en prestar servicios de TV a los televidentes podía adquirir esos contenidos indistintamente en cualquiera de esos mercados nacionales y, recurriendo al de la sustitución de la oferta, ante un IRSNTP protagonizado, Vg., por un mayorista de derechos sobre contenidos noruego cabría que otro sueco pasara a vender al por mayor esos contenidos en el propio mercado noruego.

Podrían aplicarse en este caso criterios de sustitución en cadena: aún cuando a un cableoperador pequeño asentado en Dinamarca, ante un IRSNTP, no le resultara rentable la adquisición de contenidos de mayoristas situados en Finlandia, sí le podría resultar rentable esa adquisición de otro asentado en Suecia. No siendo discutible que Suecia y Finlandia formarían parte del mismo mercado geográfico, tampoco lo sería que Finlandia y Dinamarca se integrarían también en el mismo.

Esa dimensión en ningún caso superior a la nórdica del mercado geográfico de referencia de la venta mayorista de derechos sobre contenidos vendría basada en las características culturales del producto audiovisual, en la existencia de barreras a la entrada del que no fuera nórdico, en las preferencias de los televidentes nórdicos por los contenidos ajustados a su idiosincrasia, en las diferentes precios de comercialización respecto de estados no nórdicos y en las diferentes cuotas de mercado (probablemente, las de *Telia* y *Telenor* en la venta al por mayor de derechos sobre contenidos para TV en abierto, financiada por publicidad o pago reducido, resultarían mínimas fuera de los países nórdicos).

También en este caso, podrían jugar su papel elementos de prueba como la falta de desvío de pedidos por los cableoperadores pequeños fuera de la zona nórdica. En este sentido, y por regla general, la Comisión considera que un índice de importación que represente menos del 5/10 % del consumo en el área examinada puede significar que esa área constituye el mercado geográfico relevante o, al menos, que el mismo no es superior a dicho área (V. *Orkla/Volvo*, decisión de 20 de septiembre de 1995, asunto IV/M.582, DOCE 1996 L 66/17). Dado que las importaciones o exportaciones suponen el volumen total de productos vendidos

en una determinada zona, son un buen indicador de la expugnabilidad de esa zona y de la existencia de barreras a la entrada determinantes de la existencia de mercado geográfico. Importaciones por debajo del 10 % pueden revelar la existencia de un mercado geográfico. Si, por el contrario, exceden de este límite, ello puede ser revelador de la existencia de un mercado geográfico más amplio, en especial, si existen flujos comerciales en ambos sentidos (importaciones pero también exportaciones). En cambio, la sola existencia de exportaciones de un área hacia otra no es indicio de apertura o ampliación del mercado, pues es posible que una de las zonas esté cerrada por barreras de entrada que impidan la entrada de las empresas exteriores, y que por tanto los precios dentro y fuera del área en cuestión difieran bastante.

También podrían influir en esa delimitación del mercado geográfico de referencia, las características básicas de la demanda conformada por estos cableoperadores con implantación en los mercados nórdicos, la localización de las compras de contenidos en la región nórdica o las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas fuera de esa misma región.

c) Entorno normativo del mercado de la venta al por mayor de los derechos sobre contenidos (remisión)

Las especiales características de los mercados nórdicos de TV daban lugar a que los operadores que adquirían la señal de TV de los organismos de radiodifusión luego actuaran en el mercado mayorista revendiendo a otros operadores los derechos sobre los contenidos incluidos en la parrilla de programación de aquéllos. Con respecto al marco regulador de este mercado, es dable que, con las obligadas modulaciones, nos remitamos a lo que diremos más abajo a propósito de los diferentes mercados de contenidos estudiados en esta tesis: contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos, canales temáticos y obras audiovisuales para TV.

d) El mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos en el caso de la integración de Telia y Telenor en Newco (caso Telia/Telenor)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso Telia/Telenor

En *Telia/Telenor* [2001/98/CE: Decisión de la Comisión, de 13 de octubre de 1999, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (asunto IV/M.1439 *Telia/Telenor*), notificada con el número C(1999) 3314, *Diario Oficial* n° L 040 de 09/02/2001 p. 0001 - 0062 IV] las partes de la operación eran (v. considerando 4 de la decisión):

- a) **Telia**. Era el mayor operador de telecomunicaciones en Suecia, propiedad al 100 % del Estado sueco. *Telia* prestaba en Suecia y en otras áreas de la zona nórdica e internacional la gama completa de servicios de telecomunicaciones, así como servicios de televisión. En cuanto a estos últimos, *Telia* funcionaba en los mercados de la adquisición de señal de TV de organismos de radiodifusión y en el de la venta mayorista de derechos sobre contenidos siendo, sin embargo, su principal actividad la

de la TV por cable que desarrollaba en Suecia por medio de *Telia InfoMedia TV* y en Dinamarca a través de *Stofa*.

- b) ***Telenor***. Era el mayor operador de telecomunicaciones en Noruega, propiedad al 100 % del Estado Noruego. *Telenor* prestaba en Noruega y en otras áreas de la zona nórdica e internacional la gama completa de servicios de telecomunicaciones así como servicios de televisión. En lo concerniente a los servicios de TV, *Telenor* contaba con capacidad satelital de transpondedores para toda la región nórdica (Noruega, Suecia, Dinamarca y Finlandia), prestaba servicios de distribución domiciliaria directa al usuario (*direct to home* o DTH) de TV por satélite, asimismo en la zona nórdica, a través de *Canal Digital* (empresa en participación con *Canal +*), suministraba servicios de TV por cable en Noruega a través de *Telenor Avidi*, prestaba servicios técnicos a TV de pago (incluido el sistema exclusivo de codificación *Conax*), operaba en el sector de la adquisición de señal de TV de organismos de radiodifusión y en el mercado mayorista de la venta de derechos sobre contenidos.

ii) Reseña general del caso Telia/Telenor

En la Decisión de la Comisión de 13 de octubre de 1999 el supuesto a examen era el de la concentración en una nueva compañía, *Newco*, de *Telia* y *Telenor*, ambas, empresas de telecomunicaciones propiedad al cien por cien de los estados sueco y noruego, respectivamente, y principales operadoras en sus respectivos mercados nacionales, como acabamos de ver. Tras la operación, los gobiernos sueco y noruego quedarían con participaciones del 40 % y del 60 %, respectivamente, en el capital de la nueva compañía.

Por descontado y dado el calado de la operación, sus efectos trascendían del ámbito de los mercados de la TV para comprender el más amplio espectro de servicios de telecomunicaciones; sin embargo, nuestro examen se ceñirá a los primeros. En relación con éstos, tanto *Telia* como *Telenor* operaban en varios campos dentro de la distribución de servicios de TV, como vimos en el anterior epígrafe. Con tales antecedentes y limitándonos al ámbito de la TV, la Comisión, tras advertir de la convergencia de Internet, telefonía y TV y de la previsible extinción de la tecnología analógica en beneficio de la digital, analizó y examinó el juego de la competencia en los siguientes mercados: **(a)** capacidad satelital; **(b)** adquisición y distribución de señales de TV; **(c)** adquisición y venta al por mayor de derechos sobre contenidos; y **(d)** tecnología destinada a los servicios técnicos relacionados con la TV de pago. El presente apartado de la tesis lo destinamos al enumerado bajo la letra “c” en tanto que los tres mercados restantes los estudiaremos en otros apartados.

Una exposición anticipada de las conclusiones de la Comisión de carácter general, entendemos proporcionará una perspectiva global y, en consecuencia, hará más fácil la comprensión de la situación en el mercado que ahora consideramos y en los otros tres que estudiaremos más adelante. El efecto principal de la concentración proyectada era la creación de una entidad integrada verticalmente que combinaba todas las actividades y ventajas de *Telia* y *Telenor* en el ámbito de la distribución de TV. Considerando la estrecha relación existente entre los diferentes niveles de la cadena de distribución, dicho vínculo iba a proporcionar a *Newco* un incentivo comercial para sacar provecho a esas ventajas en cada nivel y así impulsar su posición en los siguientes (efecto “bola de nieve”).

La Comisión entendió que la concentración propuesta crearía o fortalecería la posición dominante de *Newco* en los cuatro mercados delimitados. Especialmente preocupante se

tornaría la situación partiendo del poder de la nueva compañía en el entorno digital y en un escenario de irreversible convergencia del sector de las telecomunicaciones, entendidas en el más amplio sentido, donde *Newco* dispondría de las infraestructuras necesarias para prestar servicios de TV, telefonía e Internet. De aquí nacería un vínculo de fidelidad entre la nueva compañía y sus clientes que ninguno de sus competidores, con una oferta de servicios más limitada, podría tan siquiera igualar, teniendo en cuenta, además, la falta de integración vertical que denotaban estos últimos. En fin, a la operación seguiría el levantamiento de barreras de entrada infranqueables en prácticamente todos los mercados delimitados.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos en el caso Telia/Telenor

En el mercado de la adquisición de contenidos, la presencia directa de las partes no era importante exceptuado, tal vez, el dato de la compra de poca entidad por parte de *Telia* de ciertos y limitados derechos referentes a películas y deportes, en especial, golf. Lo anterior encontraba su explicación en el hecho de que el principal motor del mercado nórdico de la distribución de señal televisiva estuviera constituido por los canales financiados mediante publicidad o de pago reducido, razón por la cual a las partes y los demás distribuidores de señal de TV, prácticamente, les bastaba con vincularse a los organismos de radiodifusión para adquirir su señal sin necesidad del recurso adicional de la compra de contenidos. Aparte, *Telenor* desempeñaba un papel relevante, pero de forma indirecta, en dicho mercado merced a su participación en *Canal Digital* que, a su vez, mantenía estrechos vínculos con *Canal +*, uno de los principales adquirientes de contenidos a escala mundial.

En el segmento comercial de la venta mayorista de derechos sobre contenidos, *Telia* y *Telenor* sí desarrollaban una intensa actividad mediante la subcesión a otros operadores de los contenidos y programación de que disfrutaban en virtud de los contratos de adquisición de señal celebrados con los organismos de radiodifusión. De las partes, era *Telenor*, a través de *Canal Digital*, la que gozaba de una posición de mayor relevancia en este mercado. De otro lado, *Netcom/MTG* era el segundo mayorista en importancia en el mercado escandinavo (téngase en cuenta la dimensión territorial de éste ya expuesta más arriba).

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos en el caso Telia/Telenor

Los efectos de integración vertical derivados de la operación a que se ha venido haciendo relación harían de *Newco* socio obligado para cualquier organismo de radiodifusión interesado en tener acceso a un número relevante de telespectadores. A esto habrían de añadirse las ventajas competitivas inherentes a la digitalización que situarían a *Newco*, cuya red estaba digitalizada, en una posición de privilegio manifiesto con respecto a la de sus competidores no digitalizados, oferentes de servicios de una menor variedad e inferior calidad. Por último, era de tener en cuenta la existencia de derechos de distribución de TV preferente o exclusiva titularidad de *Canal Digital*, la filial de *Telenor*.

La inmejorable posición de *Newco* en la red de distribución de TV, fuera por cable o satélite, en toda la zona nórdica la convertiría en el único comprador monopolístico en el

segmento de la adquisición de señal de TV con poder bastante como para obtener de los organismos de radiodifusión – dependientes de las capacidades de aquélla como distribuidor - condiciones especialmente beneficiosas. Esa existencia de un solo demandante podría conducir a los organismos de radiodifusión a tener menos interés en la mejora de su producción audiovisual y la digitalización tendría el efecto, contrario al previsto, de empobrecer los servicios en detrimento del consumidor.

Además, ese fortísimo poder de compra de *Newco* en el mercado ascendente de la adquisición de señal de TV, que iba a permitirle obtener importantes rebajas en los precios aplicados por los organismos de radiodifusión, conferiría a *Newco* capacidad para ofrecer, en el descendente de la venta mayorista de contenidos, paquetes de programación a precios que supondrán un gran estímulo para otros operadores más pequeños, que adquirirían estos derechos a *Newco* en vez de directamente a los organismos de radiodifusión. Estos organismos de radiodifusión irían dependiendo en mayor medida de *Newco* para la distribución minorista de televisión en el mercado geográfico de referencia, lo que limitaría su capacidad para hacer frente a *Newco* en el mercado mayorista de la venta de contenidos.

La conclusión de todo lo anterior sería la de que, tras la concentración, *Newco* llegaría a disfrutar de una posición dominante dentro del mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos. No obstante, la operación terminó por ser aprobada por la Comisión a la vista de los compromisos propuestos por las partes y que, en esencia, se traducían en que *Telia* y *Telenor* se desposeyeran de sus secciones dedicadas a la TV por cable en Suecia (*Telia InfoMedia Television AB*) y (Noruega *Telenor Avidi AS*), respectivamente. Estos compromisos, sobre los que volveremos más en detalle, al tratar de otros mercados, sobre todo el de la adquisición y distribución de señal de TV, suponían, en lo que al mercado de la venta mayorista de derechos sobre contenidos se refiere, que *Newco* viera reducido su poder negociador frente a los organismos de radiodifusión y que estos pudieran acceder más fácilmente al mercado de referencia vendiendo directamente sus contenidos a otros operadores (incluidos los que llegaran a hacerse con esas secciones de las que debían despojarse *Telia* y *Telenor*).

e) Barreras a la entrada en el mercado de la venta mayorista de derechos sobre contenidos

Teniendo en cuenta que el de la venta mayorista de derechos sobre contenidos era un mercado que surgía de las especialidades propias del modelo del negocio televisivo en los mercados nórdicos, el estudio de barreras de entrada cobraría sentido sobre todo con relación a esta área geográfica. La Comisión no se refirió directamente a la existencia de barreras de entrada dentro del mercado de referencia. No obstante, algunas de ellas cabría inferirlas del propio contenido de su decisión. En primer término, ni las barreras tecnológicas ni las normativas - al menos, atendiendo a lo que se dejó reflejado en la propia resolución de la autoridad de la competencia - parecía que jugaran ningún papel. En segundo lugar, las barreras a la entrada eran sobre todo económicas, y derivaban del fuerte poder de compra de las partes en el mercado ascendente de la adquisición de señal de TV, como consecuencia de poseer la red de distribución más desarrollada para la señal de TV y que suponía que esas mismas partes quedaran en posición de bloquear la entrada de nuevos competidores, los propios organismos de difusión, en el mercado descendente de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos, todo ello como acaba de verse en el epígrafe anterior.

f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos (remisión)

La similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados de contenidos para TV, llevará a que agrupemos todas esas conclusiones tras ocuparnos del último de ellos (producción de programas para TV).

2) EL MERCADO DE LOS DERECHOS PARA TELEVISIÓN (EN ABIERTO O DE PAGO) SOBRE EVENTOS DEPORTIVOS IMPORTANTES

a) Definición del mercado de producto pertinente de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes

La definición de éste como mercado de producto pertinente ha tenido lugar en diversos pronunciamientos de las autoridades de la competencia:

- a. ***El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de las restricciones impuestas por los estatutos de la UER (caso UER)***. La definición del mercado de referencia propuesta por la UER, en el asunto suscitado a propósito de las restricciones de la competencia que pudieran derivarse de sus cláusulas estatutarias (*Vid Infra*), fue el de la adquisición de los derechos de TV sobre acontecimientos deportivos importantes, en cualquier modalidad y con independencia del carácter nacional o internacional del evento de interés paneuropeo. Tal definición la basaba la propia UER en el dato de que los contenidos deportivos presentaban unos caracteres definidos que los hacían especialmente atractivos para las TV de pago y en abierto, pues alcanzaban altos niveles de audiencia y llegaban a un público bien definido lo que disparaba el número de abonados, en el caso de las primeras, y los ingresos por publicidad, en el de las segundas.

La autoridad europea de la competencia matizó, no obstante, que estos factores no eran los mismos para todos los deportes, acontecimientos y naciones, razón por la cual sólo algunos podían llegar a tener un contenido verdaderamente determinante de la opción del televidente por un determinado canal de TV desechando otras cadenas en las que pudieran, también, retransmitirse otros contenidos deportivos. Lo anterior justificaba una definición de mercado de producto más estrecha que la realizada por la UER, sin embargo, a los efectos del caso, la Comisión no consideró necesario realizar una mayor depuración del mercado dada la ausencia de riesgo de restricción de la competencia visto el régimen de sublicencias (a la postre, como veremos, este régimen sería considerado insuficiente por el Tribunal de Primera Instancia de la UE).

- b. ***El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de las restricciones impuestas por el Reglamento de Retransmisiones de la UEFA (caso UEFA)***. La decisión de la Comisión relativa al Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA (*vid supra*) identificó como mercado potencialmente afectado: “*el/los mercado(s) anterior(es) de adquisición de derechos de difusión de la televisión convencional y de pago*”. La UEFA se había limitado a hablar de los mercados de difusión y fútbol. Por su parte, observó la Comisión como, en el asunto TPS, ella misma ya había apuntado que cine y deporte eran los dos contenidos emblemáticos para TV de pago, si bien no había llegado a pronunciarse, por no exigirlo el caso, sobre si el último era un mercado independiente del primero; y como, en el asunto Eurovisión, la propia Comisión había entendido que podía haber un mercado separado para acontecimientos deportivos importantes que se producen de

manera no regular, como el Mundial de Fútbol. La Comisión, atendiendo a los altísimos niveles de audiencia y a la imagen de marca proporcionada por el fútbol a las cadenas que lo emitían (*vid infra*), admitió la existencia de un mercado separado de la adquisición de derechos de difusión sobre acontecimientos futbolísticos. Sin embargo, no entró en mayores discernimientos, pues su conclusión fue la de que, aun partiendo de la definición más estrecha de mercado que era posible que existiera, el de la adquisición de derechos de difusión sobre acontecimientos futbolísticos celebrados regularmente durante el año y todos los años (encuentros de Primera y Segunda División, del campeonato de Copa Nacional, de la Liga de Campeones y de la Copa de la *UEFA*), del Reglamento de retransmisiones no habría de resultar restricción a la competencia.

El mercado de producto definido en los párrafos anteriores presentaría indudables afinidades con el de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago. No obstante, se ha optado por un estudio separado del mismo por varias razones, a saber: **(a)** su vinculación tanto a la TV en abierto, como a la de pago, y no sólo a la de pago como el de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago; **(b)** su proyección europea; **(c)** el dato de que la DG 4 no realizara en los casos que estudiaremos una definición del mercado de producto tan estrecha como la efectuada, Vg., por el TDC en el caso español de la integración de las plataformas de TV por satélite.

En este caso y en el anterior (caso *UER*), la Comisión no terminó de ser concluyente, por no exigirle el asunto sometido a su conocimiento, ahora bien, en ellos, ya apuntaba importantes ideas, a saber: **(a)** que los contenidos cinematográficos y los deportivos darían lugar a diferentes mercados de producto; **(b)** que, dentro de los contenidos deportivos, el fútbol daría lugar a su propio mercado; **(c)** que, dentro de los derechos sobre el fútbol, las competiciones regulares generarían también su propio mercado. La definición más estrecha de mercado sería, a la luz de lo anterior, la de los derechos sobre partidos de fútbol correspondientes a competiciones regulares. Esta definición resultaría confirmada aplicando los criterios de sustituibilidad: **(a)** desde el lado de la demanda, ante un IRSNTP no cabría que los difusores en abierto o de pago pudieran adquirir contenidos con niveles de audiencia similares; **(b)** desde el de la oferta, ante ese mismo IRSNTP, no cabría que esos contenidos pasaran a suministrarlos otros oferentes distintos de los habituales (clubes de fútbol, *UEFA*, *FIFA*, etc.).

- c. **El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración.** En el caso de la adquisición de *AVS* por *Sogecable*, el TDC consideró como mercados afectados los de la adquisición y reventa de los derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey, (en especial de equipos de Primera División).

El TDC sostuvo que los contenidos deportivos no se integraban en el mismo mercado de producto que los contenidos cinematográficos y de ficción. El valor de los derechos deportivos resultaba ser altamente perecedero, al estar el interés del telespectador íntimamente relacionado con el disfrute de la retransmisión en directo del acontecimiento correspondiente. Ese alto valor conferido por el telespectador al disfrute en tiempo real de una retransmisión deportiva era uno de los elementos diferenciales entre los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos y los correspondientes a obras cinematográficas, puesto que estos últimos podían ser

disfrutados en un arco de tiempo más amplio, dado que la pérdida de valor para el telespectador era más paulatina. Otra característica diferencial puesta de manifiesto por el TDC era la de que la adquisición de los derechos sobre eventos deportivos debía tener lugar con mucha antelación, pudiendo su atractivo cambiar considerablemente dependiendo de la marcha de la competición.

Del mismo modo, entendió que los derechos sobre los eventos futbolísticos no se integraban en el mismo mercado de producto que los derechos sobre otros eventos deportivos diferentes. En general, se venía estimando que el grado de sustituibilidad entre los distintos deportes por televisión era algo que variaba con la tradición de cada país y con las preferencias de sus habitantes. En el caso español, los acontecimientos deportivos considerados *Premium* eran los relacionados con el fútbol, seguidos por el automovilismo o el ciclismo. Así dos tercios de los 100 acontecimientos deportivos más vistos en España en 2005 correspondieron al fútbol. La ratio era incluso mayor si se tenían en cuenta exclusivamente los 20 más vistos (17 de 20). Estos datos y los niveles de audiencia ponían de manifiesto que la demanda de acontecimientos futbolísticos superaba notablemente a la del resto de eventos deportivos, lo que llevaba a que los operadores de televisión estuvieran dispuestos a invertir grandes recursos económicos en la adquisición de los derechos para la retransmisión de eventos deportivos. Así, los tenedores de los derechos de retransmisión futbolística obtenían remuneraciones muy superiores a los de otros deportes y generaban unas expectativas de ingresos para los difusores que incluían los contenidos futbolísticos en su parrilla de programación muy superiores a los de esos otros deportes. Además, estos últimos deportes no competían estrictamente en el tiempo con el fútbol, dado el calendario de celebración de sus torneos.

Dentro del mercado de los derechos sobre partidos de fútbol se hacía necesario escindir como mercado independiente el referido a la retransmisión en directo de los partidos de fútbol de interés nacional en campeonatos regulares dejando, por tanto, fuera del mismo los referidos a otros partidos de fútbol diferentes de los anteriores. Como consecuencia de lo anterior, quedarían fuera de este mercado de producto los partidos de interés sólo regional o local y los demás con un escaso interés por la escasa audiencia que generaban.

Igualmente, quedaban fuera del mercado los partidos integrados en competiciones o torneos carentes de regularidad (Ver la Decisión comunitaria COMP/M.2483 -*Group Canal +/RTL/GJCD/JV*). Algunas competiciones como la Liga o la Copa nacional o la Liga de Campeones de la *UEFA* o la Copa de la *UEFA* tenían lugar todos los años y se celebraban a lo largo de un periodo extenso con encuentros periódicos relativamente frecuentes, en muchos casos semanales. Lo anterior llevaba a que los derechos sobre los partidos integrados en esas competiciones generasen para los difusores además de un flujo constante de ingresos, regularidad en términos de programación y cierta estabilidad en términos de audiencia, permitiendo adquirir a las televisiones que los programaban una identidad de marca. Contrastando con lo anterior, otras competiciones que se celebraban solo cada varios años, tales como las Olimpiadas o la Copa del Mundo, tenían unas características distintas: los partidos se concentraban en un periodo de tiempo muy corto y recibían una cobertura mediática masiva. Estos eventos, aún cuando podían ser comercializados a precios incluso más elevados, no generaban una corriente estable de ingresos y sus estructuras de precios y de comercialización eran muy diferentes a los de los partidos integrados en campeonatos

regulares (Decisión de 19 de abril de 2001 sobre el asunto Reglamento sobre retransmisiones de la *UEFA*). En definitiva, las condiciones de regularidad anual de ciertos acontecimientos futbolísticos, frente a la irregularidad de otros, impedían que fueran percibidos como sustitutivos por los consumidores finales y por los operadores de televisión, y por ello se había venido considerando que no formaban parte del mismo mercado.

Quedaban, asimismo, fuera del mercado de producto los partidos en diferido que ofrecían un valor diferencial mucho menor a la oferta televisiva que los partidos en directo. Sin embargo, sí quedaban integrados dentro del mismo mercado que las imágenes en directo los resúmenes *Premium* de lo sucedido en cada jornada y que despertaban un elevado interés de los aficionados. Para éstos, un solo realizador solía encargarse de la grabación de todos los partidos para, a partir de las imágenes de los partidos completos, pasar a la selección de las jugadas más interesantes con las que confeccionar los resúmenes que trasladar a las cadenas encargadas de su emisión en diferido.

El TDC incluyó dentro del mercado de producto afectado tan sólo los partidos de Liga de Primera División y Segunda División y los campeonatos de Copa nacionales. Quedaban fuera, por tanto, los partidos de la Liga de Campeones y de la Copa de la *UEFA*. Lo anterior se justificaba por diversos motivos. En primer término, tras las diversas rondas eliminatorias, la presencia de los equipos españoles en esos campeonatos europeos no quedaba garantizada. En segundo lugar, los sistemas de comercialización y de fijación de precios respecto de esos partidos europeos diferían de los empleados en los campeonatos nacionales. Los derechos de los partidos de Liga de Campeones y Copa de la *UEFA*, en cuanto a esta última competición, sólo a partir de cuartos de final, no eran adquiridos directamente a los clubes de fútbol; era la *UEFA* quien se ocupaba de comercializarlos directamente al operador televisivo a través de la empresa *Television Event and Marketing AG –TEAM*. Y respecto a los partidos de la Copa de la *UEFA* anteriores a cuartos de final, dada la incertidumbre sobre qué equipos españoles iban a jugarla, los contratos solían firmarse año a año con los clubes de fútbol españoles participantes.

A partir de lo anterior, concluyó el TDC que era necesario tratar como mercados diferenciados por un lado, el de adquisición y reventa de derechos de retransmisión de partidos de fútbol de la Liga de Campeones y Copa de la *UEFA* en los que participasen equipos españoles y, por otro, el de partidos de fútbol de la Liga española y la Copa de S.M. el Rey, prestando en este último mercado especial atención a los partidos en que participasen equipos de Primera División (también el Consejo de Competencia francés se inclinaba por esta posibilidad en el informe nº 06-A-13, de 13 de julio de 2006, sobre la adquisición de *TPS* y *Canal Satellite* por *Vivendi Universal* y *Grupo Canal +*). Sin embargo, como anticipamos, el primero de esos mercados no podía considerarse como mercado afectado por la operación notificada, pues, en relación a los derechos relativos a la Liga de Campeones y Copa de la *UEFA*, el adquirente de los derechos para su posterior explotación era, en su caso, directamente *Sogecable* y no *AVS*. Es decir, que la operación de concentración, entendida como toma de control exclusivo de *AVS* por parte de *Sogecable*, incidía sólo en el ámbito de los derechos relativos a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey.

Por otra parte, el mercado afectado comprendía tanto la adquisición de derechos para partidos en abierto como la de derechos para partidos en modalidad encriptada o de pago. A pesar de que la Comisión venía distinguiendo aguas abajo como mercados diferentes el de la TV en abierto y el de la TV de pago (Casos M. 993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere* y M. 2876 *Newscorp/Telepiu*; Vid. asimismo la Decisión de la Comisión relativa al caso 36.237 *TPS*, DOCE L 90/6, de 2 de abril de 1999) e, incluso aguas arriba, el de la adquisición de derechos deportivos para la difusión en abierto y el de la adquisición de esos mismos derechos para ser difundidos en modalidad de pago (v. la Decisión relativa al caso 38.287 *Telenor/Canal +/Canal Digital* de 29 de diciembre de 2003; el Caso M.2876 *Newscorp/Telepiu*, o el Caso M.4066 *-CVC/SLEC*), el TDC entendió que existían argumentos para no diferenciar entre dos mercados de adquisición de derechos en función del carácter abierto o encriptado de las emisiones televisivas para las que se operaba tal adquisición. Tales argumentos fueron, en esencia, los siguientes: (i) desde el punto de vista del consumidor, el canal codificado competía con el resto de los canales televisivos a la hora de captarle como espectador y tendía a satisfacer las mismas necesidades de ocio y entretenimiento; (ii) desde el punto de vista del oferente de los derechos de emisión, el canal codificado competía con los demás a la hora de contratar los derechos de material televisivo de fútbol; (iii) desde el punto de vista de los anunciantes, la audiencia del canal codificado afectaba a la del resto de los canales, emitieran o no publicidad; y (iv) dado que el canal codificado emitía también publicidad, aunque de forma más limitada que el canal en abierto, el mismo competía con el resto de cadenas para captar audiencia que permitiesen convencer a los anunciantes de la conveniencia de emitir su publicidad en ese canal y en esa franja horaria.

Finalmente, se distinguían como mercados diferentes, aunque ambos igualmente afectados por la operación, el mercado mayorista de la adquisición de los derechos y el mercado aguas abajo de la reventa de esos derechos. En idéntico sentido se habían significado ciertos pronunciamientos de las autoridades nacionales de la competencia (Expedientes N-05098 *Prisa/Sogecable* y, esencialmente, C-74/02 *Sogecable/Via Digital* del TDC) y europeas (Ver entre otras, las Decisiones M.4066 *CVC/SLEC*, M.2876 *Newscorp/Telepiu* y M.284 *Sogecable/Canal Satelite Digital/Via Digital*, entre otras). El primero, sería el mercado en el que los Clubes eran oferentes y los revendedores o, directamente, los difusores los demandantes. El segundo sería el mercado en el que estos últimos – revendedores o difusores – eran oferentes y demandantes otros difusores u operadores de TV.

A la vista de cuanto precede, se desprende que ha sido en el caso *AVS III/concentración* donde mejor han quedado definidos los perfiles de este mercado de producto. La característica común que nos mueve a asimilar su tratamiento al de los otros dos pronunciamientos es que, en todos ellos, se trataba de derechos sobre eventos deportivos importantes tanto para TV en abierto, como de pago. Esta sería también la razón de dar un tratamiento separado a la definición del mercado en el caso *Via Digital*, donde se trataba también de un mercado de derechos sobre eventos deportivos importantes, pero sólo para TV de pago.

- d. **El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/colusión.** En la resolución de la CNC relativa a los aspectos concertativos o colusorios del asunto *AVS III* (no concentrativos), la autoridad de la competencia se mantuvo en la línea de definición del

mercado de producto expuesta en su resolución referida a los aspectos concentrativos de ese mismo asunto. Así consideró como mercados relevantes en el expediente: (i) el mercado de adquisición de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey; (ii) el mercado de reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de la Liga y Copa de S.M. el Rey.

Se insistía en que, de acuerdo con los antecedentes nacionales y comunitarios, debía considerarse que la actividad de reventa de derechos de retransmisión en directo de fútbol de la Liga y la Copa de S.M. el Rey formaba parte de un mercado diferenciado al de la adquisición de estos derechos, en la medida en que en España el mercado de adquisición correspondía a la fase mayorista, en la que los clubes eran oferentes y los revendedores, como *Sogecable* o *Mediapro*, eran demandantes, mientras que el de reventa correspondía a la fase minorista, en la que los revendedores eran oferentes y la demanda venía dada por operadores audiovisuales.

- e. **El mercado de la reventa de derechos de retransmisión de los diferentes acontecimientos futbolísticos en el caso Gol TV.** De acuerdo con los precedentes (S/0006/07 y N-06094 *Sogecable/AVS*; C-102/06 del TDC) debían identificarse como mercados diferenciados el de la adquisición y el de la reventa de derechos de retransmisión de los diferentes acontecimientos futbolísticos.

En particular, se consideraba que los derechos de retransmisión de la Liga y la Copa de SM el Rey de fútbol constituían un mercado definido y diferenciado del de las competiciones europeas. Esta segmentación se justificaba sobre la base de las diferencias que se daban entre los tenedores de los derechos y en los sistemas de comercialización, así como en el hecho de que existía incertidumbre sobre qué equipos españoles iban a jugar las distintas eliminatorias de las competiciones regulares europeas, todo lo cual limitaba la sustituibilidad por el lado de la oferta y de la demanda de los diferentes tipos de derechos.

Asimismo, en línea con algunos antecedentes nacionales (S/0006/07 Fútbol, N-06094 *Sogecable/AVS* - C-102/06 del TDC - y N-280 *Sogecable/Vía Digital* (C74/02) y comunitarios (Caso M.2845 *Sogecable/Canal Satélite Digital/Vía Digital*), la actividad de reventa de derechos de retransmisión de la Liga y la Copa de SM el Rey de fútbol formaba parte de un mercado diferenciado al de la adquisición de estos derechos, en la medida en que en España en el mercado de adquisición los clubes eran oferentes y los revendedores u operadores audiovisuales eran demandantes, mientras que en el de reventa eran estos revendedores u operadores de audiovisuales quienes intermediaban y ofrecían los derechos a una demanda que venía dada por el resto de operadores audiovisuales. Era este último de la reventa el mercado relevante en el caso *Gol TV*.

- f. **Mercados situados en el nivel de la producción de contenidos audiovisuales y mercados situados en el nivel de la comercialización de contenidos audiovisuales (mercado de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol/mercado de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos) en el caso Cuatro.** En el caso *Cuatro* la identificación de mercados realizada por la DI fue algo más compleja que en otros supuestos. Dentro de la cadena de valor del sector audiovisual, la DI distinguió entre el nivel de la producción de contenidos audiovisuales, el nivel de la comercialización de contenidos audiovisuales y, finalmente, el nivel de la edición, comercialización y distribución de canales de

televisión. Estos tres últimos niveles los estudiaremos al tratar del mercado de la edición y comercialización de canales, por lo que procedería centrarse sólo en los dos primeros:

- i. ***Nivel de producción de contenidos audiovisuales.*** En la cúspide de la cadena de valor se situaban, por tanto, las actividades de producción de los distintos contenidos audiovisuales, entre los que se comprendían los acontecimientos deportivos, pero también otros como noticias o programas de televisión que posteriormente eran emitidos por los distintos canales de televisión.

Además, los mercados situados en este nivel muchas veces estaban integrados verticalmente con los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales que se describirán a continuación, en la medida que en muchos casos un mismo operador producía y comercializaba a terceros estos contenidos audiovisuales. Tal sucedía, precisamente, en el caso del fútbol.

La DI apuntó que, dentro de este nivel, se podrían diferenciar mercados según la naturaleza del contenido producido, dado su distinto atractivo desde el punto de vista de la demanda (coste, capacidad de atracción de audiencia, etc.), así como las distintas necesidades de inversión necesarias para producir cada tipología de contenido audiovisual.

Sin embargo, como los problemas de competencia eran comunes a todos los mercados de contenidos, entendió la DI que no resultaba necesario cerrar la definición exacta de estos mercados, dejándose abierta esta cuestión a los efectos del expediente, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis del mismo.

- ii. ***Nivel de comercialización de contenidos audiovisuales.*** El productor del contenido audiovisual podía ceder la comercialización del mismo a un distribuidor, que se ocupaba de venderlo a los distintos editores de canales de televisión. Este distribuidor podía ser una empresa del propio grupo del productor o un tercero independiente. Aunque, en nuestro caso, ya se ha dicho que este nivel se integraba en el anterior.

Los distintos precedentes nacionales (entre otros, N-280 *Sogecable/Vía Digital*; N-06094 *Sogecable/AVS*; S/0006/07 fútbol) y comunitarios (entre otros, las decisiones de reenvío de las operaciones de concentración *Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+* y *Telecinco/Cuatro* - M.5748 y M.5776 - y los expedientes M.4504 *SFR/Tele2 France*, M.4066 *CVC/SLEC*, M.2876 *Newscorp/Telepiù* y M. 2845 *Sogecable/Canal Satelite Digital/Vía Digital*) habían distinguido diferentes mercados de comercialización de contenidos según la naturaleza del contenido (películas, series, partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, otros partidos de fútbol, etc.).

La justificación de esta diferenciación se basaba primordialmente en que cada tipo de contenido tenía un atractivo diferente para los distintos demandantes, sin que llegasen a ser suficientemente sustitutivos entre sí. Asimismo, cada uno de estos contenidos solía tener sistemas de explotación o tarifarios muy distintos. Además, el grado de depreciación en el tiempo de los contenidos deportivos era, por ejemplo, mucho más acelerado que el de las películas o series, pues los primeros perdían casi todo su valor una vez que dejaban de emitirse en directo.

En este sentido, uno de los contenidos audiovisuales más atractivos en España eran los derechos de emisión televisiva de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, pues eran una de las principales vías para la captación y mantenimiento de abonados en televisión de pago, así como para la captación de audiencia en televisión en abierto, lo que tenía una incidencia directa sobre los ingresos publicitarios.

Asimismo, existía una diferencia muy significativa entre la capacidad para captar audiencia y abonados de los acontecimientos futbolísticos y la de otros acontecimientos deportivos. Adicionalmente, dentro de otros acontecimientos deportivos, destacaba la capacidad de captar audiencia de la Fórmula 1, el motociclismo, el baloncesto o el ciclismo frente a la de otros deportes.

Con respecto a otros contenidos, existía una particularidad referida a la comercialización de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, pues en estos casos el oferente original del contenido era la entidad u organización deportiva. Como consecuencia de esta particularidad, en lo que se refiere a los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, que eran los contenidos deportivos más atractivos en España de cara a su explotación audiovisual, los precedentes nacionales citados habían distinguido dos mercados de producto diferenciados.

El primero de ellos sería el mercado de la adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, donde los oferentes serían los clubes de fútbol, y el segundo sería el mercado de la reventa de estos derechos, en el que los oferentes serían los operadores que habían adquirido los derechos de los clubes de fútbol y que los revendían a terceros, normalmente tras un acuerdo de puesta en común de los derechos de todos los equipos.

En todo caso, había que tener en cuenta que *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital +* no solían ser oferentes significativos de estos derechos y que los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el pliego de concreción de hechos en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes.

A la vista de lo anterior, a los efectos del expediente, se consideraron relevantes los siguientes mercados: **(i)** Mercado de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol; **(ii)** Mercado de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos.

Aún cuando no sea de los casos que estudiaremos más en profundidad, sí podría observarse como, en la Decisión de la Comisión, de 23 de julio de 2003, (COMP/C.2-37.398 — Venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la *UEFA*; Diario Oficial n° L 291 de 08/11/2003 p. 0025 - 0055), además de los mercados ascendentes de la venta y adquisición de derechos de televisión en abierto, televisión de pago y televisión de pago por visión y de los descendentes en los que los organismos de radiodifusión competían por los ingresos de publicidad, que dependían de los índices de audiencia, y por los abonados a la televisión de pago/pago por visión, fueron identificados nuevos mercados de contenidos distintos de los anteriores, a saber: “*los mercados ascendentes de los derechos de 3G/UMTS inalámbrico, los de Internet y los de vídeo a la carta, que son nuevos mercados emergentes* —

por falta de desarrollo tecnológico y de las infraestructuras necesarias para acercarlos a los consumidores - *en el sector de los medios de comunicación tanto a escala ascendente como descendente que discurren paralelos al desarrollo de los mercados en el sector de la televisión de pago*".

Este asunto *UEFA Champions League* fue el primero en el que la Comisión Europea revisó el modelo de adquisición de derechos de las competiciones futbolísticas europeas, concluyendo que estaban relacionados con los derechos de difusión futbolística, en concreto, los siguientes mercados:

- 1.º ***Mercado ascendente de adquisición de derechos de retransmisión por televisión de acontecimientos futbolísticos que se celebran regularmente todos los años.*** Este mercado tenía un ámbito geográfico nacional debido al carácter de la distribución, que era nacional a causa de los regímenes reglamentarios nacionales, las barreras lingüísticas y los factores culturales.
- 2.º ***Mercado, en su caso, de reventa de estos contenidos por parte de los adquirentes a otros operadores audiovisuales.*** Presentaba idéntico ámbito geográfico que el anterior.
- 3.º ***Mercados descendentes en los que los organismos de radiodifusión compiten por los ingresos de publicidad, que dependen de los índices de audiencia (televisión en abierto), y por los abonados (televisión de pago).*** Poseía un ámbito geográfico nacional por las mismas razones que los dos anteriores.
- 4.º ***Mercados ascendentes y descendentes de la adquisición de derechos de emisión para los nuevos sistemas de retransmisión de fútbol (Internet, 3G/UMTS).*** Su ámbito geográfico era nacional debido a las mismas razones que en los mercados anteriores.
- 5.º ***Mercados ascendentes y descendentes de los demás derechos comerciales de la competición y de los clubes que la integran.*** La Comisión Europea apuntaba que el mercado geográfico podría ser más amplio que el nacional, pues los patrocinadores se asociaban con la propia Liga de Campeones de la *UEFA*, sin cerrar, sin embargo, la definición de mercado.

Centrando la atención en esos mercados emergentes, y prescindiendo de los otros ya estudiados en otros casos, cabía observar lo siguiente. Los servicios a la carta distribuidos mediante aparatos móviles inalámbricos (3G/UMTS) o vía Internet no competían con la difusión en directo por televisión y era, por lo tanto, probable que surgiesen mercados de contenidos referidos a esos nuevos medios tanto en los niveles ascendentes (venta), como descendentes (reventa), cuyo desarrollo sería paralelo al de los mercados de contenidos en el sector de televisión de pago.

Para la Comisión, como los nuevos servicios permitirían formas cada vez más precisas de suministro de contenido, sería posible identificar y satisfacer unas demandas de los consumidores más específicas que en el caso de los sistemas tradicionales de suministro de contenidos (principalmente difusión). De este modo, era probable que llegaran a surgir mercados ascendentes de contenidos relativamente reducidos, dada la capacidad de cubrir mercados descendentes reducidos y también que los derechos sobre contenidos de fútbol, ya definidos en relación con la difusión por televisión, constituyesen también un mercado de productos de referencia separado por lo que se refería a los nuevos medios.

Aún cuando del mercado geográfico de referencia, en general, nos ocupemos en el epígrafe siguiente, podríamos observar con relación a este caso concreto que había razones para sostener la dimensión geográfica nacional de estos mercados emergentes de contenidos similares a las esgrimidas en los mercados vecinos de la adquisición y venta de derechos para difusión televisiva. Los derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos, como la Liga de Campeones de la *UEFA*, se vendían normalmente a escala nacional, lo que se debía al carácter de la distribución, que era nacional a causa de los regímenes reglamentarios nacionales, las barreras lingüísticas y los factores culturales.

La decisión iba referida a las normas, reglamentos y a todas las decisiones de aplicación tomadas por la *Union des Associations Européennes de Football (UEFA)* y sus miembros referentes al acuerdo de venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la *UEFA*, una competición paneuropea de clubes de fútbol. En virtud de dicho acuerdo la *UEFA*, como entidad vendedora conjunta, vendía los derechos comerciales en representación de los clubes de fútbol participantes.

Sobre los acuerdos iniciales fueron, sin embargo, introducidas ciertas modificaciones que suavizaban las condiciones de exclusividad establecidas a favor de la *UEFA*, al permitir que también los clubes de fútbol vendieran, sin carácter exclusivo y paralelamente a la *UEFA*, algunos derechos de retransmisión relativos a la competición en la que estaban participando. Además, esas modificaciones implicaban también una disgregación de los derechos de retransmisión al dividirlos en varios paquetes que se ofrecerían por separado para su venta a terceros.

En los derechos de Internet, tanto la *UEFA* (por lo que se refería a todos los partidos), como los clubes de fútbol (por lo que se refería a los partidos en que participaban), tendrían derecho a proporcionar contenido de vídeo en Internet una hora y media después de que el partido hubiera finalizado, es decir, a partir de la medianoche del día del partido. La retransmisión en directo por Internet (*Live streaming*) no era entonces posible a causa del desarrollo técnico de Internet al respecto, que no permitía una calidad elevada satisfactoria, pero era previsible que esta situación llegara a cambiar en el corto plazo.

En los derechos 3G/UMTS inalámbrico, tanto la *UEFA* (para todos los partidos), como los clubes (para los partidos en que participaban), tendrían derecho a proponer contenidos de audio y vídeo vía los servicios UMTS disponibles como máximo a los cinco minutos de haberse producido la acción (demora técnica de transformación).

Los acuerdos de venta conjunta restringían la competencia ya que producían el efecto de coordinar la política de fijación de precios y las demás condiciones de comercialización de los derechos sobre los contenidos de la Liga de Campeones de la *UEFA*, atenuando la competencia entre los clubes de fútbol y entre éstos y la *UEFA*. La Comisión consideró que los acuerdos podían ser objeto de exención individual en ese caso concreto porque el acuerdo de venta conjunta de la *UEFA* proporcionaba al consumidor el beneficio de productos mediáticos de la Liga de Campeones centrados en esta competición paneuropea de clubes de fútbol que se distribuían en un único punto de venta y que de lo contrario no podrían producirse y distribuirse con igual eficacia.

Aparte de casos concretos, como el que acabamos de ver de la Decisión de la Comisión en la comercialización de los derechos correspondientes a la Liga de Campeones de la *UEFA*,

dicha institución comunitaria era muy consciente de la importancia de eliminar las barreras a la disponibilidad de contenidos atractivos a través de tecnología 3G/UMTS inalámbrica como forma de superar el dilema del huevo y la gallina en este ámbito.

En septiembre de 2005, la Comisión concluyó su investigación sectorial de la situación competitiva en el mercado de los nuevos sistemas de comunicación móvil que pueden transmitir contenido audiovisual (3G), iniciada a fin de garantizar que la disponibilidad de esos contenidos deportivos no se viera frenada por prácticas contrarias a la competencia (Informe de la Comisión - Informe sobre la política de competencia 2005 /* SEC/2006/0761 final */).

El informe de la Comisión revelaba la existencia de varias prácticas empresariales potencialmente anticompetitivas, puestas de manifiesto durante la investigación, a saber:

- 1.^a **Paquetes:** situaciones en las que poderosos operadores de medios de comunicación habían comprado un paquete con todos los derechos audiovisuales sobre los principales deportes para asegurarse la exclusividad sobre todas las plataformas, sin intención de explotar ni de conceder sublicencias sobre los derechos para 3G.
- 2.^a **Restricciones:** situaciones en las que se imponían condiciones demasiado restrictivas (importantes restricciones temporales o limitaciones innecesarias de la longitud de los clips) sobre los derechos para la telefonía móvil, limitando así en la práctica la disponibilidad de contenidos para 3G.
- 3.^a **Venta conjunta:** situaciones en las que los derechos para 3G permanecían sin explotar debido a que los organismos de venta colectiva no conseguían vender los derechos para 3G de los clubes deportivos individuales.
- 4.^a **Exclusividad:** atribución exclusiva de derechos para 3G en situaciones que llevaban a la monopolización del contenido de calidad por parte de operadores poderosos.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes

La delimitación del mercado geográfico de referencia de los derechos para TV (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes sería la que pasamos a exponer:

- a. **Caso UER.** En cuanto a la dimensión geográfica correspondiente al mercado de los derechos para TV sobre acontecimientos deportivos importantes de interés paneuropeo, la Comisión, en el caso *UER*, sin llevar a cabo una acotación precisa del mismo por razones ya expuestas en su lugar, sí dejó hecha la reflexión de que, pese a que la adquisición de algunos derechos tenía lugar sobre una base territorial europea, las preferencias diferirían mucho de una a otra nación.
- b. **Caso UEFA.** En cuanto al mercado geográfico de referencia, la Decisión de la Comisión relativa al Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA recogía: “*El Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA refleja el carácter nacional del mercado de los derechos de difusión de acontecimientos futbolísticos, puesto que estos*

derechos se suelen vender generalmente a escala nacional, incluso para los acontecimientos paneuropeos como la Liga de campeones de la UEFA”.

- c. **Caso AVS III/concentración.** En el caso *AVS III/concentración*, estimó el TDC que los mercados de contenidos afectados por la operación – el mercado de la adquisición y el de la reventa de derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey, (en especial de equipos de Primera División) – tenían dimensión geográfica nacional.

El TDC se remitió a los antecedentes nacionales y comunitarios en la materia para entender que: *“Los antecedentes nacionales y comunitarios han venido considerando que los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión de partidos de fútbol de la Liga española y la Copa de S.M. el Rey y de adquisición y reventa de derechos de retransmisión de partidos de fútbol de la Liga de Campeones y de la Copa de la UEFA en los que participan equipos españoles tienen una dimensión geográfica nacional, dado que los demandantes últimos de estos partidos -los telespectadores finales- tienen carácter eminentemente nacional, con preferencias distintas a las de los demandantes de otros países, y los adquirentes de estos derechos son operadores nacionales. Además los derechos generalmente se comercializan para su explotación en el mercado nacional”.*

- d. **Caso AVS III/colusión.** En este asunto reiteró el CCNC que *“conforme a los precedentes nacionales y comunitarios que se citan en el IPR, los dos primeros mercados de producto se consideran de dimensión nacional, en razón a que tanto la demanda final como los principales adquirentes de los derechos considerados son nacionales”.*
- e. **Caso Gol TV.** En este expediente, el mercado de producto relevante que se analizaba era el de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey, en el que *Mediapro* era oferente y explotaba los derechos audiovisuales de clubes de fútbol de Liga y la Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 y siguientes. Estos derechos se revendían tanto a operadores nacionales para su emisión en España, como a operadores extranjeros para su emisión en terceros países. Las peculiaridades de la demanda nacional, que mostraban una mayor preferencia y una menor sustituibilidad o elasticidad por estos derechos que la procedente de terceros países, junto a las diferencias en el sistema de comercialización, configuraban un mercado de ámbito español, que era al que se refería el expediente.
- f. **Caso Cuatro.** Los precedentes nacionales y comunitarios habían considerado que los distintos mercados de productos definidos tenían una dimensión nacional, y ello, entre otras razones, debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores debía tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias.

La dimensión geográfica nacional aparece también confirmada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, que acepta los argumentos de la Comisión en *B Sky B/Kirch Pay TV*, en su sentencia de 30 de septiembre de 2003 [Asuntos T-346/2002 y T-347/2002 (acum.)], resolviendo el recurso de anulación planteado por *Cableuropa* y otros frente a la decisión de la Comisión Europea de remitir a las autoridades nacionales de competencia el acuerdo de integración de *Vía Digital* en *Sogecable* (considerandos 130 y 131): *“Si bien es cierto que la Comisión reconoce, en el considerando 46 de la Decisión B*

Sky B/Kirch Pay TV que, para ciertos acontecimientos deportivos, como los Juegos Olímpicos, existe un interés europeo desde el punto de vista del consumidor, no zanja en dicha Decisión la cuestión de si se trata o no de un mercado geográfico definido. Por el contrario, subrayó que los derechos televisivos para tales acontecimientos deportivos, aun cuando se adquiriesen en exclusiva para todo el territorio europeo, se revendían posteriormente en cada país. En consecuencia, las consideraciones efectuadas por la Comisión en la Decisión B Sky B/Kirch Pay TV no demuestran que dicha institución haya incurrido en un error manifiesto de apreciación al estimar en la Decisión impugnada que, por lo que respecta a los derechos de retransmisión de contenidos, el mercado español constituye un mercado definido”.

Tomando la definición más estrecha del mercado de producto a la que se hizo referencia en el apartado anterior, el mercado de los derechos para TV de pago o en abierto sobre partidos de fútbol correspondientes a competiciones regulares, y aplicando los criterios de sustituibilidad, la dimensión nacional del mercado geográfico de referencia resultaría también confirmada por razones idénticas a las que expondremos al tratar del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago, a las que valdrá con remitirnos.

c) Entorno normativo del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes

En dos de los seis casos sobre los que vertebramos el estudio de este mercado de los derechos para televisión (de pago o en abierto) sobre acontecimientos deportivos importantes, *UER* y *UEFA*, el entorno normativo lo conformaban dos bloques de normas de carácter corporativo o estatutario, a saber: los estatutos de la primera y el reglamento de retransmisiones de la segunda. En ambos casos, las posibles restricciones de la competencia sobre las que hubo de dictaminar la Comisión eran, precisamente, las emanadas de estos dos bloques de normas. Dejando al margen las normas de carácter corporativo e incidiendo sobre las de carácter estatal y europeo, bastará con remitirnos a lo dicho más adelante al tratar del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago.

No obstante la anterior remisión, una cuestión importante relacionada con el entorno normativo del mercado de la adquisición de derechos audiovisuales sobre partidos de fútbol de Liga y Copa en España fue la que se estudió en el caso *AVS III/concentración*, y que consistió en la fijación de la titularidad originaria de tales derechos, así como de la facultad de explotarlos económicamente. Ésta era una cuestión que se hacía depender del derecho interno de cada estado miembro de la UE, y así lo había reconocido la Comisión (asunto *UEFA* 2003). En lo relativo a la definición de la titularidad de los derechos sobre los partidos de fútbol, la inseguridad era máxima no sólo en nuestro país, sino en general en todo el Espacio Económico Europeo.

En una respuesta de 16 de febrero de 2001 a la petición de información de la Comisión de 15 Noviembre 2000, la *UEFA* explicaba la situación relativa a la propiedad a los derechos de televisión en los Estados del EEE. En *Austria*, se reconocía al club anfitrión como propietario de los derechos de televisión. La legislación *belga* no determinaba la propiedad de los derechos televisivos del fútbol. La legislación *danesa* no determinaba la propiedad, pero en un caso concreto las autoridades danesas de competencia declararon que consideraban que los derechos de televisión de un partido jugado en el campeonato nacional

danés pertenecían conjuntamente a la asociación danesa del fútbol, como dueña de los torneos, y al club anfitrión del partido específico. La legislación inglesa no decía nada a este respecto. Los clubes finlandeses eran los dueños de los derechos de televisión en los partidos de las competiciones finlandesas de clubes, aunque nada se especificaba en cuanto a las competiciones organizadas por la *UEFA*. En Francia el dueño era el club que participaba en los torneos europeos. En Alemania, los clubes eran los dueños de los derechos y se podía considerar que el organizador, la *UEFA*, era copropietario. Según las legislaciones griega e italiana los clubes eran los dueños de los derechos de televisión. La legislación luxemburguesa no decía nada sobre el asunto. La jurisprudencia holandesa (en un recurso) dio la propiedad de los derechos de televisión al club anfitrión. En Irlanda del Norte los derechos de la liga nacional los poseía la asociación irlandesa del fútbol, según la propia asociación (no se citaba ninguna fuente legal), en cambio, los clubes vendían los derechos de televisión de los partidos en competiciones europeas. La legislación portuguesa no regulaba esta cuestión. En la República de Irlanda parecía que la asociación nacional era la dueña de los derechos de televisión, pero no intervenía en los de las competiciones europeas. No se había facilitado información relativa a la situación legislativa en Escocia; sólo se hacía referencia a los estatutos de la asociación escocesa del fútbol que reivindicaba la propiedad de los derechos. La legislación española no había adoptado una posición respecto al problema de la propiedad; si bien, en cuanto a las competiciones nacionales, los clubes de Primera y Segunda División vendían individualmente los derechos. La legislación sueca no decía nada al respecto. No se había presentado ninguna información relativa a la situación legal en el País de Gales. La Comisión había preguntado a las asociaciones nacionales de fútbol de Islandia, Liechtenstein y Noruega directamente: en Islandia y Liechtenstein se consideraba propietarios a los clubes que participaban en las competiciones europeas; en Noruega parecía reconocerse a los clubes individuales como dueños de los derechos de televisión.

Ciñéndonos al caso español, en el caso de ese mercado de la adquisición, que podríamos denominar primario para contraponerlo al secundario de la puesta en común y reventa de los derechos aguas abajo, el mercado de producto pertinente había que situarlo en el primer estadio de la cadena de comercialización o de valor cuyo último eslabón era el de la retransmisión de tales acontecimientos deportivos. Así, ese primer estadio coincidía con la puesta a disposición, por parte de los titulares originarios de los derechos de retransmisión audiovisual, de estos últimos derechos en favor de los adquirentes de los mismos, que podían ser bien operadores de televisión bien intermediarios que los adquirían para su posterior reventa en el mercado secundario:

- ❖ **Titularidad originaria del club Vs. titularidad originaria del organizador.** En Europa la opción mayoritaria era la de atribuir esa titularidad originaria a cada uno de los clubes de fútbol que participaban en una competición en relación con los partidos que albergasen en su estadio. Lo anterior se entendía como una consecuencia de la explotación del acceso a instalaciones deportivas las cuales eran activos del club.

Otra opción, minoritaria, era distribuir la titularidad originaria entre el organizador del evento deportivo o partido, a saber, el club de fútbol anfitrión, y el organizador de la competición, liga nacional o campeonato internacional, al entenderse que era la propia competición la que confería interés y, por tanto, valor económico a los partidos de fútbol, de manera que los mismos contaban con un valor añadido del que carecían si no se celebraban en el marco de las competiciones importantes. Se podía hablar así de una cotitularidad originaria. Esta era la opción adoptada, por ejemplo, por la Ley italiana de

19 de julio de 2007.

En España, ni en la legislación sobre Propiedad Intelectual, ni en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte se realizaba una atribución de la titularidad originaria. En cuanto a los derechos de explotación económica, sí reconocía la Ley del Deporte, en su Art. 35.2, la posibilidad de que las federaciones deportivas pudieran obtener “*los beneficios que produzcan las actividades y competiciones deportivas que organicen, así como los derivados de los contratos que realicen*”. Lo anterior podía dar para pensar en la atribución a la Federación Española de fútbol de la titularidad de, al menos, los derechos de explotación de los partidos correspondientes a competiciones organizadas por la propia Federación.

No obstante, el Art. 3.1 de la Ley 21/1997, de 3 de junio, reguladora de retransmisiones y emisiones de acontecimientos deportivos, disponía: “*Los titulares de los derechos de explotación audiovisual de los acontecimientos o competiciones deportivas, ya sean clubes, sociedades deportivas, programadores u operadores, podrán autorizar las emisiones y retransmisiones por radio y televisión de programas deportivos especializados [...]*”. Así, parecía reconocerse implícitamente la titularidad originaria de estos derechos a los clubes de fútbol y sociedades anónimas deportivas en detrimento del propio organizador de la competición, al admitirse la posibilidad de que dicha titularidad fuera transferida a “*programadores y operadores*”. Desde esta perspectiva, la entidad organizadora no sería en ningún caso titular de los derechos de explotación, salvo cuando le fueran transferidos por el Club titular originario, pero, en tal caso, ostentaría la titularidad ya de modo derivado. Refiriéndonos al momento actual, habría que considerar, además, la derogación de la Ley 21/1997 por la LGCA de 2010.

El CCNC, en el caso *AVS III/concentración* (vid *infra*), se decantó por esta segunda opción, es decir, por la titularidad originaria del Club, fundándose, para ello, en opiniones doctrinales y en precedentes jurisprudenciales de Derecho comparado.

En cuanto a las primeras, se citaba al profesor Massaguer para quien: “*en Derecho español el criterio determinante para atribuir la cotitularidad de los derechos correspondientes a los frutos que resulten de una determinada actividad organizativa es la asunción de la iniciativa, de los costes vinculados a su puesta en práctica y de los riesgos empresariales derivados de ella*” [Vid. Massaguer, J. (1997), “*Naturaleza, Protección y Titularidad de los Derechos Audiovisuales sobre eventos deportivos*”, en *Actas de Derecho Industrial*, t. XVIII, p. 299].

Y en cuanto a los segundos, los precedentes judiciales de Derecho comparado, se decía por la autoridad de la competencia: “*En el ámbito comparado, la Sentencia del Tribunal Supremo alemán emitida a propósito de la prohibición del Bundeskartellamt de un sistema de venta colectiva de los derechos de difusión de la Bundesliga y la UEFA en ese país Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 11 de diciembre de 1997, párrafo 35 y siguientes opta por una solución similar al afirmar que, con independencia de que estas competiciones crean el marco organizativo necesario para el desarrollo de la competición, son precisamente los clubes los que aportan las prestaciones económicamente esenciales para la comercialización de los derechos de retransmisión, al aportar a los jugadores, y el club local, la organización del encuentro. La sentencia prosigue que el derecho a comercializar la prestación*

elaborada en colaboración con el otro club (el partido) corresponde al club local, con arreglo a un principio de reciprocidad mediante el cual el club visitante podrá asumir tal papel en el momento de disputarse el correspondiente partido de vuelta dentro de la competición”.

Se trataría de que el riesgo y ventura de la actividad lo asumiera el Club y no la entidad organizadora (Real Federación Española de Fútbol o Liga Nacional de Fútbol Profesional), cuya actividad quedaría limitada a coordinar, a cambio de una remuneración percibida precisamente de los clubes, los ámbitos deportivo y administrativo de la competición (p.e., aportando los árbitros), pero, en todo caso, sin asumir ningún riesgo o ventura.

- ❖ **Titularidad originaria tanto del club visitante como del anfitrión Vs. titularidad exclusiva del club anfitrión.** Partiendo, pues, de la titularidad originaria del Club, otra cuestión a aclarar era la de si esa titularidad se extendía a todos los partidos jugados por el Club, como local o visitante, o tan sólo a los que jugara como local o, dicho de otro modo, a los celebrados en su estadio.

La primera alternativa partiría de la atribución de la titularidad originaria al Club como consecuencia de ser cesionario, para su explotación comercial, de la imagen de los jugadores de su plantilla en virtud de los contratos celebrados con estos últimos (Art. 18 CE y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen). Sin embargo, el CCNC dejaba al margen este argumento partiendo de una interpretación sistemática de la propia Ley 1/1982. Conforme a ella, no habría conflicto con los derechos de imagen del jugador cuando éste, ya fuera local o visitante, hubiera dado su consentimiento a la explotación de su imagen con fines comerciales y, sin duda, este consentimiento cabría inferirlo de su voluntaria participación en el encuentro. A más a más, sentaba el Art. 8 que *“el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan (...) una profesión de proyección pública y la imagen se capte en un acto público o en lugares abiertos al público”*, de donde cabía inferir que la cesión por el jugador de los derechos sobre su imagen realizada a favor de su club (club visitante), no sería óbice para la explotación por el club anfitrión de las imágenes de los partidos en los que dicho jugador participara.

La segunda alternativa, la del derecho del club titular del estadio en el que se disputara el partido, pasaría por el derecho de propiedad del Club y por las normas de Derecho Civil Común (Art. 33 CE y Arts. 348 y ss. del Código Civil) y, en su virtud, el Club sería titular originario por ser el poseedor del estadio y el organizador del evento, y por ser, en fin, quien soportaba el riesgo económico y empresarial asociado a su celebración (cobraba las entradas, se ocupaba de la seguridad privada y permitía el acceso a los estadios, incluido el de los medios). Se trataría, en suma, de acudir a la institución de la accesión, que determinaba que la propiedad de un bien o derecho generado pasase al titular del bien o derecho del cual aquél nacía, o que resultaba más próximo a él. Así, de acuerdo con el Art. 353 CC, *“la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente”*.

A la vista de todo lo anterior, la autoridad española de la competencia concluyó *“que la*

interpretación más acorde con nuestro Derecho y con los pronunciamientos existentes en el ámbito europeo comparado donde rige un sistema similar de atribución de la propiedad de derechos es la de atribuir la titularidad originaria del derecho a la retransmisión audiovisual del partido al club anfitrión, en tanto que organizador del evento”.

d) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de las restricciones estatutarias de la Unión Europea de Radiodifusión (caso UER)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso UER

En el caso *UER*, el agente de la supuesta práctica restrictiva era la **Unión Europea de Radiodifusión**, y al respecto de ella se leía en el apartado 2 de la Decisión: *“La UER es una asociación de organismos de radio y televisión, creada en 1950, con sede en Ginebra. Carece de fines comerciales. No obstante, a fin de alcanzar sus objetivos, puede realizar actividades de carácter comercial. Sus objetivos son servir a los intereses de sus miembros en materia de programas y en el ámbito jurídico, técnico, etc. En particular, la UER coordina y facilita los intercambios de programas entre sus miembros activos en el marco de Eurovisión y fomenta las coproducciones, así como cualquier otra forma de cooperación entre sus miembros y con otros organismos o grupos de organismos de radiodifusión. La UER asesora a sus miembros activos en las negociaciones de cualquier tipo y negocia en su nombre y a petición suya. La solidaridad es el principio rector de la UER”.*

ii) Reseña general del caso UER

(1) Los antecedentes de la decisión de 10 de mayo de 2000

La decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2000 {Decisión de la Comisión, de 10 de mayo de 2000, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE (asunto IV/32.150 - *Eurovisión*) [notificada con el número C(2000) 1171] (Texto pertinente a efectos del EEE) *Diario Oficial* n° L 151 de 24/06/2000} y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2002 {Sentencia Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Segunda ampliada), de 8 octubre 2002 M6/Comisión. Recurso de Anulación. Asuntos T-185/2000, T-216/2000, T-299/2000 y T-300/2000 (acum.)}, que vino a resolver sobre los recursos interpuestos contra dicha decisión, deben entenderse en el contexto de lucha de las cadenas comerciales por hacerse con la titularidad de los derechos sobre acontecimientos deportivos importantes que ha venido presidiendo las últimas dos décadas.

Como consecuencia de una denuncia de la sociedad *Screensport* de 17 de diciembre de 1987, la Comisión inició una investigación sobre la compatibilidad con el artículo 81 CE de las normas que regulaban el sistema de *Eurovisión* de compra conjunta y reparto de los derechos televisivos para acontecimientos deportivos. La denuncia se refería, en particular, a la negativa de la *UER* y sus miembros a conceder a terceros sublicencias para

acontecimientos deportivos. El 12 de diciembre de 1988, la Comisión envió a la *UER* un pliego de cargos referido a las normas relativas a la adquisición y la utilización en el marco del sistema *Eurovision* de los derechos televisivos para acontecimientos deportivos, generalmente derechos exclusivos. La Comisión se declaraba dispuesta a conceder una exención en favor de dichas normas siempre y cuando se estableciera la obligación de conceder sublicencias a los no miembros sobre una parte importante de los referidos derechos y en condiciones razonables.

El 3 de abril de 1989, la *UER* notificó a la Comisión sus disposiciones estatutarias y otras normas que regulaban la adquisición de los derechos televisivos para acontecimientos deportivos, el intercambio de programas deportivos en el marco de *Eurovision* y el acceso contractual de terceros a dichos programas, con el propósito de obtener una declaración negativa o, en su defecto, una exención con arreglo al artículo 81, apartado 3, del Tratado. Después de esta modificación por la *UER* de las normas que permitían obtener sublicencias para los programas en cuestión, la Comisión adoptó el 11 de junio de 1993 la Decisión 93/403/CEE [(Decisión de la Comisión de 11 de junio de 1993 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.150 - *UER/Sistema Eurovisión*) (DO L 179 de 22.7.1993, p. 23/37))], en virtud de la cual dicha institución, con arreglo al apartado 3 del artículo 81, concedía una exención condicional hasta el 25 de febrero de 1998 en relación con las disposiciones de la *UER* notificadas. La exención se supeditaba a un sistema de concesión de sublicencias de la *UER* a terceros para el acceso a los derechos de televisión sobre acontecimientos deportivos adquiridos conjuntamente y a la obligación de informar a la Comisión de toda modificación de las normas notificadas, de todo procedimiento de arbitraje relativo a ese mismo acceso de los terceros y de toda decisión referente a las solicitudes de adhesión de estos últimos.

Dicha Decisión fue anulada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996 (TJCE 1996\136), *Métropole télévision* y otros/Comisión (asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, Rec. pg. II-649). El Tribunal de Primera Instancia se centró en lo referente a si las normas relativas a la adquisición de la condición de miembro de la *UER* eran objetivas y lo suficientemente concretas para poder ser aplicadas de manera uniforme y no discriminatoria a todos los miembros activos potenciales. El mismo Tribunal consideró que la Comisión había omitido este examen al proceder a conceder una exención a dichas normas, pero sin llegar a pronunciarse sobre la naturaleza restrictiva de las citadas normas.

Los magistrados insistieron en que la Comisión no podía admitir como criterio de concesión de la exención, sin otra justificación, el mero cumplimiento por los miembros de la asociación de una función especial de interés público definida, en sustancia, por referencia a la función de gestión de servicios de interés económico general contemplada en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, en la medida en que esta disposición no era aplicable. En efecto, aunque la Comisión podía basarse, en el marco de una apreciación global, en consideraciones relacionadas con la búsqueda del interés público para conceder una exención conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, no obstante debía demostrar que tales consideraciones exigían de manera indispensable la existencia de las restricciones de competencia que creaban las normas de la asociación.

El 27 de agosto de 1996, la *UER* presentó a la Comisión las Normas de interpretación de los criterios para la pertenencia activa a la *UER*. La *UER* modificó las reglas que regían la pertenencia a la *UER* y las citadas Normas de interpretación el 3 de abril de 1998.

Posteriormente, a instancias de la Comisión, la *UER* adoptó y presentó a dicha institución, el 26 de marzo de 1999, una serie de normas que permitían, mediante la concesión de sublicencias, el acceso a los derechos de Eurovisión explotados en cadenas de televisión de pago.

(2) La decisión de 10 de mayo de 2000

La decisión de la Comisión de 10 de mayo de 2000 vino a pronunciarse sobre las disposiciones estatutarias de la *Unión Europea de Radiodifusión (UER)* en cuanto que, al imponer un sistema conjunto de adquisición de derechos sobre contenidos combinado con un régimen de sublicencias y unos requisitos estatutarios que de hecho vetaban el acceso de terceros a los mismos, podían tener el efecto de restringir o falsear la competencia.

La definición de mercado propuesta por la *UER*, según la cual éste era el de la adquisición de los derechos de TV sobre acontecimientos deportivos importantes de interés paneuropeo en cualquier modalidad y con independencia de su carácter nacional o internacional, ya se vio que no fue objeto de una mayor depuración por parte de la Comisión por no exigirlo el caso concreto. De cualquier modo, el análisis de este único mercado, confirmado punto por punto por la sentencia ulterior del Tribunal de Primera Instancia que vino, sin embargo, a revocar la decisión, fue el que a continuación se expondrá.

iii) Análisis estático la estructura del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UER

En general, la competencia entre organismos de radiodifusión terrestre se había venido acentuando en todos los mercados comunitarios, debiendo añadirse a lo anterior la incorporación a lo largo de la década de los noventa de gran número de operadores por cable y satélite. Siendo así que, entre 1982 y 1997, el número de empresas y cadenas de TV en los cinco principales mercados europeos de TV, a saber, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y España, se había duplicado y, en casos, triplicado. En este contexto, tanto los organismos de radiodifusión en abierto, como las empresas de TV de pago habían mostrado un mayor interés en la compra de los derechos sobre acontecimientos deportivos de especial relevancia. Los primeros lo habían hecho para incrementar su prestigio, niveles de audiencia e ingresos por publicidad y las segundas porque, dado el valor *Premium* de estos contenidos, constituían un importante gancho para los abonados.

La titularidad de los derechos de TV sobre acontecimientos deportivos solía corresponder al organizador, quien también controlaba el acceso al lugar o emplazamiento físico donde se desarrollaba la competición. Estos derechos era frecuente que se concedieran por paquetes para un determinado territorio y con el carácter de exclusiva cualquiera que fuera el medio de difusión empleado. Esta nota de la exclusividad respondía a que el adquirente la consideraba necesaria para mantener el valor de un determinado programa con vistas a los ingresos procedentes de los abonados o de la publicidad, y se garantizaba mediante la designación de un único organismo de radiodifusión (o unos pocos), el denominado organismo de acogida, que producía la señal sin poder cederla a terceros y que, en el caso de la retransmisión en abierto, era el del país donde se celebraba el acontecimiento. Era habitual que los organizadores de acontecimientos deportivos especialmente populares fueran asociaciones nacionales o internacionales bastante poderosas y en posición de fuerza en todo lo referente a

los derechos de TV sobre dichos acontecimientos como consecuencia de ser las únicas existentes para el deporte en cuestión.

Las pujas encarnizadas por la concesión de los derechos sobre las emisiones deportivas valiosas producían el efecto de trasladar los beneficios en sentido ascendente, de los radiodifusores a los titulares de los derechos, y eran también el motivo de que los precios de los derechos de TV relativos a los acontecimientos deportivos hubieran aumentado considerablemente. A partir de aquí, se explicaba que la *UER* hubiera cedido una importante cuota del mercado en cuestión a lo largo de los diez años anteriores a la decisión.

Haciendo un análisis de la evolución posterior al caso *UER*, podría observarse cómo han sido muestra de esta tendencia el hecho de que la propia *UER* no lograra adjudicarse los derechos de las ediciones de la Copa del Mundo de fútbol de los años 2002 y 2006 frente al grupo *Kirch*, ni tampoco los de las carreras de Fórmula 1, los Campeonatos del Mundo de motociclismo a partir de 1998, las reuniones de los Grandes Premios de atletismo (las *Golden Four*), el Campeonato del Mundo de gimnasia, las pruebas de la Copa del Mundo de esquí, los Campeonatos del Mundo y de Europa de baloncesto a partir de 1999, el torneo de Wimbledon (a partir de 1988), el Open de Estados Unidos (desde 1985), la fase final del torneo Masters (desde 1987), la Copa del Grand Slam (desde 1990), la final de la Copa Davis, en tenis, la Copa del Mundo de rugby, el rally París-Dakar, etc.

Los efectos de la situación se habrían dejado también sentir para cada uno de los miembros de la *UER* en los mercados nacionales de la TV en abierto, dónde su poder había cedido en beneficio de operadores de TV de pago bien asentados como *Canal +*, *Kirch* o *BSkyB*. Pese a todo ello, la *UER* seguía gozando de una fuerte posición en el mercado de la adquisición de los derechos relativos a acontecimientos deportivos internacionales importantes de especial interés para los espectadores europeos, respecto de los que sus titulares insistían aún en que no se retransmitiesen a través de TV de pago, y desempeñaba, además, un importante papel aglutinador de los organismos de radiodifusión nacionales que garantizaba a los organizadores las más altas cotas de audiencia en el ámbito europeo. La *UER* fue titular de los derechos relativos a los Juegos Olímpicos de verano de los años 2000 (Sydney), 2004 (Atenas) y 2008, a los Juegos Olímpicos de invierno de 2002 (Salt Lake City) y 2006, a las finales de la Copa de la UEFA de 1998 a 2000, a los torneos de tenis de Roland Garros (1998-1999) y del Open de Australia (1998-2000) y a los campeonatos de esquí alpino y nórdico de la FIS (1999-2005).

Llegados a este punto, se haría necesario insistir en la tradición del Comité Olímpico Internacional de transmitir a la *UER* los derechos de TV para Europa sobre los Juegos Olímpicos. Se observaba que en recientes pujas la *UER* había adquirido los derechos sobre todos los juegos de 2000 a 2008 por un importe total de 1.440 millones de dólares estadounidenses. *News Corporation* había ofrecido por el mismo concepto la cantidad de 2.000 millones de dólares estadounidenses.

También ya con posterioridad a la decisión de mayo de 2000, el Presidente del *Comité Olímpico Internacional* advirtió en mayo de 2003 que este organismo tendría problemas para negociar la venta de los derechos de TV de los juegos olímpicos en Europa debido a las normas sobre competencia de la UE: “*En Europa no podemos negociar todavía - en EE.UU. empezaron en junio- porque hay dificultades para concedérselos a la UER, habitual adjudicatario en el Viejo Continente*”. Según el Presidente del *COI*, la Comisión Europea había denegado a la *UER* el derecho a negociar porque consideraba que tenía una posición

dominante en el mercado. El COI tenía por norma no conceder los derechos a TVs de pago, por lo que en Europa habían venido siendo las TVs estatales las que habían venido ofreciendo siempre las competiciones olímpicas.

En efecto, la UER, entre cuyos socios se encontraba RTVE, no resultó adjudicataria de los derechos de emisión de los Juegos Olímpicos de invierno de 2014, ni de los de verano de 2016, siendo ésta la primera vez que se había producido esta situación desde que el evento fuera retransmitido por primera vez en 1956. La oferta económica de la UER no alcanzó los niveles esperados por el COI. El presidente de dicha asociación, Fritz Pleitgen, señaló: *“Constatamos que tenemos diferentes puntos de vista sobre el valor futuro de los derechos de emisión de los Juegos. Los socios de la UER se han visto sorprendidos por las altas expectativas económicas del COI”*. Con esta decisión se abría el camino a la negociación país por país, conforme había tenido ya lugar en Italia y Turquía, donde se habían cerrado acuerdos con operadores privados de pago controlados por Rupert Murdoch (*Sky Italia* y *Fox Turkey*, respectivamente). De esta manera, los oferentes de los derechos evitaban el mayor poder negociador de una plataforma de adquisición conjunta como era la UER.

En septiembre de 2009, la prensa económica se hacía eco de unas informaciones a tenor de las cuales RTVE sería la encargada de retransmitir los Juegos Olímpicos de 2016, a cuya organización optaba Madrid, junto a los de Invierno de 2014, que se celebrarían en Sochi (Rusia), y de velar por la mayor difusión de los mismos a través de las distintas plataformas, incluyendo televisión, radio, internet y móviles. En este caso, la negociación con RTVE había tenido lugar a título individual, a diferencia de lo sucedido con los JJ OO del 2010 en Vancouver y 2012 en Londres, en los que RTVE iba a proceder a esa misma retransmisión, pero gracias a su pertenencia a la UER. La nueva ley de financiación de TVE establecía que la corporación no podía dedicar más que el 10 % de su presupuesto anual a adquirir eventos deportivos de interés, si bien los Juegos eran la única competición que quedaba excluida de este límite.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UER

La opinión de la DG4, expresada en su Decisión de 2000, fue la de que las normas para ser miembro de una asociación profesional de organismos de radiodifusión no podían, por su propia naturaleza, restringir la competencia por la misma razón que no podía obligarse a dicha asociación a aceptar miembros contra su voluntad, y toda vez que los terceros que lo desearan podían crear asociaciones similares libremente.

Por esta razón y por la existencia de un régimen de sublicencias que garantizaba el acceso de terceros, entre otras, la Comisión decidió, con efectos retroactivos con respecto a la propia fecha de la Decisión (2000), desde el 26 de febrero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2005, conceder la exención a los acuerdos notificados referentes a: **(a)** la adquisición conjunta de derechos de televisión sobre programas deportivos; **(b)** el hecho de compartir los derechos de televisión sobre programas deportivos adquiridos conjuntamente; **(c)** el intercambio de la señal de televisión correspondiente a acontecimientos deportivos; **(d)** el régimen de sublicencias de 1993, y **(e)** las normas sobre concesión de sublicencias de 1999.

Distinta fue la forma de entenderlo del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea cuyo criterio, más objetivo, fue al postre el que se impuso con la anulación de la decisión mediante su sentencia de 2002. Conforme a él las normas de la *UER* y la propia *Eurovision*, en cuanto que sistema de solidaridad y adquisición conjunta de derechos sobre acontecimientos deportivos, eliminaban la competencia entre los propios miembros cuando existían dos o más para un mismo estado y alguno o algunos de ellos no concurrían para la adquisición de los derechos de retransmisión a escala nacional en virtud de los acuerdos sobre prioridad imperantes en el marco de la misma *UER*. Sobre lo anterior iría además la cesión a título gratuito de tales derechos a los miembros restantes con sujeción a criterios de reciprocidad y exclusividad que motivaron que la Comisión impusiera un régimen obligatorio de sublicencias a favor de los terceros el cual, según parecer del Tribunal de Primera Instancia, no era bastante a propiciar la plena efectividad del principio de libre competencia.

La opinión del Tribunal fue la de que una interpretación conjunta de los regímenes de sublicencias de 1993 (cadenas en abierto) y 1999 (cadenas de pago) permitía inferir que, aunque un miembro de la *UER* retransmitiera menos de la mayoría de las competiciones de un acontecimiento deportivo (Vg. Olimpiadas), si retransmitía el resto de competiciones de dicho acontecimiento en su cadena de pago, el no miembro de la *UER* sólo tendría acceso a la retransmisión en diferido, a menos que fuera él mismo una cadena de pago, caso en el que podría comprar sublicencias para retransmitir en directo competiciones idénticas o comparables a la retransmitida por el miembro de la *UER* en su cadena de pago. De ahí que, contra lo sostenido por la Comisión, la primera conclusión fuera la de que el régimen de sublicencias no garantizaba que los derechos de retransmisión en directo no utilizados por los miembros de la *UER* se pusieran a disposición de sus competidores.

e) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso del Reglamento de retransmisiones de la UEFA (caso UEFA)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso UEFA (remisión)

En este caso, el sujeto involucrado en la pretendida práctica restrictiva de que llegó a conocer la Comisión fue la *UEFA*. Para más señas, valdrá con hacer una remisión a lo dicho al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores.

ii) Reseña general del caso UEFA (remisión)

La pretendida práctica restrictiva derivaba de la existencia de unas previsiones incluidas en el Reglamento de retransmisiones de la *UEFA*, en virtud de las cuales las asociaciones nacionales podían fijar un número muy limitado de horas durante las cuales no podía retransmitirse fútbol por TV. El mercado de que ahora tratamos fue uno de los dos potencialmente afectados de que se ocupó la Comisión junto con el mercado posterior o descendente de la difusión televisiva, de la audiencia o de los telespectadores que dejamos ya estudiado. En lo demás, bastará con hacer la misma remisión que antes a lo dicho en sede del

mercado de la audiencia o de los telespectadores.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UEFA

En este mercado, tanto los organismos de radiodifusión que emitían en abierto, como los operadores de TV de pago eran demandantes de estos derechos, pues todos ellos se encontraban a expensas de los gustos del público, los primeros para captar audiencia e ingresos por publicidad y los segundos para captar abonados y cuotas de abono. Aunque todos ellos competían, la tendencia era que los derechos de emisión en directo de los contenidos fueran para las cadenas de pago, con más potencial económico, dejando a las que lo hacían en abierto la difusión en diferido o los resúmenes. En este caso, pues, no era necesario diferenciar los mercados de la TV de pago y de la TV en abierto.

Entre 1992 a 1996, 14 de los 21 principales acuerdos sobre derechos de retransmisiones deportivas en Europa, en términos de dinero abonado, correspondían al fútbol. El fútbol supuso la parte más elevada del gasto total en deportes de las cadenas de televisión. La media europea fue del 44,6 % en ese periodo. En la mayor parte de los Estados miembros el fútbol lograba las cifras de audiencia más altas. En 1997, de las 25 primeras retransmisiones deportivas en Europa, 21 correspondieron al fútbol. La popularidad del fútbol también se reflejaba en el número de horas dedicadas a la transmisión de deportes. Entre 1996 y 1997, el número de horas dedicadas a la retransmisión de fútbol fue de 13.939. El segundo deporte más retransmitido fue el tenis, con menos de la mitad, a saber, 5.115 horas.

El fútbol era importante porque contribuía a desarrollar una imagen de marca del canal de TV. Generaba altos niveles de audiencia no alcanzados por otros deportes (Fórmula 1 y Juegos Olímpicos, incluidos), diferenciaba a la cadena de otras y se vinculaba a torneos que, gracias a su regularidad, enganchaban al telespectador. En un entorno de multiplicación de cadenas, el fútbol como elemento diferenciador que permitía fidelizar altas audiencias era especialmente importante.

En los ámbitos de la publicidad televisada, vinculados a la TV en abierto, las cadenas de TV se caracterizaban porque vendían paquetes de publicidad que comprendían franjas con diferentes programas, en lugar de franjas individuales para determinados programas. En este sentido, quienes quisieran anunciar sus productos y servicios durante los partidos de Primera División habrían también de hacerlo durante otros programas diferentes. De este carácter vinculante derivaba, también, el valor de los derechos sobre el fútbol (a este respecto, puede verse el estudio del Observatorio europeo del sector audiovisual: "*L'insertion de spots publicitaires courts lors des matches de football*"¹).

En ese mismo ámbito de la publicidad televisada, los telespectadores más solicitados eran los hombres con un poder adquisitivo por encima de la media, entre 16 y 35 años de edad, que, al tener unos hábitos de consumo menos estables que los de más edad, era más probable que probaran nuevos productos y servicios. Dentro de este segmento habría un alto grado de telespectadores esporádicos que no veían mucho la TV y a los que, por esta razón, era más difícil que llegaran los anunciantes. La investigación de la Comisión puso de relieve que el

¹ Disponible en: http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/ad_football.html.

fútbol era la herramienta más útil para acceder a este colectivo. Dos tercios de los asiduos al fútbol entraban dentro de esa franja de interés, y de ahí que los organismos de radiodifusión pudieran cobrar tarifas más elevadas por los espacios publicitarios dentro de los acontecimientos futbolísticos que dentro de otros programas y eventos deportivos. Por ejemplo, la Primera División de la competición nacional liguera y la Liga de campeones de la *UEFA* permitían a los organismos de radiodifusión británicos aplicar unos suplementos que oscilaban entre el 10 y el 50 %, según los equipos implicados y la fase de los torneos.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UEFA

En el caso *UEFA*, los terceros adujeron que la negociación de los derechos sobre los partidos de fútbol quedaba a expensas de la comunicación de las horas vetadas que la asociación nacional debía emitir sólo con un mes de antelación respecto al comienzo del campeonato. Estas dificultades se hacían especialmente perceptibles en RU, con cuatro asociaciones nacionales sin obligación de coordinarse para la fijación de sus horas vetadas.

La Comisión salió al paso de estos argumentos aduciendo que lo limitado de las restricciones, dos horas y media en sábado o domingo, y la vinculación de éstas al calendario oficial descartaban todo riesgo de arbitrariedad y hacían que las franjas horarias de limitación tendieran a repetirse todos los años ofreciendo así el grado de previsibilidad necesario para la negociación de los derechos.

El objeto del Reglamento no era restringir, en el sentido del Art. 81 del Tratado, las posibilidades de los organismos de radiodifusión de competir en la adquisición de derechos sobre acontecimientos deportivos. Si bien las asociaciones nacionales debían velar por que, cuando se vendieran derechos de difusión de partidos celebrados en su propio territorio para otro territorio diferente con horas vetadas, éstas hubieran de ser respetadas, de donde podía resultar que un organismo de radiodifusión pudiera no emitir en directo, exactamente, en el momento decidido, ello no suponía una restricción apreciable de la competencia a efectos del Art. 81.

La Comisión, con referencia a las grandes Ligas, como la inglesa, la francesa, la española o la alemana, con mercado fuera de sus países, observó que los partidos fijos tradicionales, que debían coincidir con las horas vetadas, variaban en los distintos países. De ahí resultaba que la combinación de los distintos calendarios raras veces impidiera que los organismos de radiodifusión pudieran retransmitir fútbol de un determinado lugar y, por lo tanto, que pudieran adquirir los derechos de difusión correspondientes.

Por razones como éstas, y como las expuestas al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores, negó la Comisión la existencia de restricciones a la competencia en los mercados considerados.

f) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de la adquisición de AVS por Sogecable (caso AVS III/concentración)

i) Identificación de las partes de la operación en el caso AVS III/concentración (remisión)

Esta identificación se hizo ya, al tratar de este mismo asunto al referirnos a su incidencia sobre el mercado de la TV en abierto y el de la TV de pago (*vid supra*).

Las partes implicadas eran (1) *Sogecable*, activa, entre otros, en el mercado de la compra, gestión y venta de derechos sobre contenidos deportivos *Premium*; (2) *Prisa* (su matriz); (3) *Telefónica*; y (4) *Mediapro*, intermediaria en la adquisición, gestión y venta de derechos audiovisuales sobre contenidos deportivos.

La compañía objetivo era *Audiovisual Sport (AVS)*, cuya principal actividad era, desde 1996, la adquisición, gestión, explotación y administración de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y de la Copa de S.M. el Rey.

Valdría, para más detalles, con una remisión a lo dicho en esos epígrafes correlativos de los apartados dedicados al mercado de la TV en abierto y al de la TV de pago.

ii) Reseña general del caso AVS III/concentración (remisión)

Los exactos contornos del mercado/s definido/s eran: “*los mercados de la adquisición y reventa de los derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey, (en especial de equipos de Primera División)*”. Esta definición perfectamente admitiría ser subsumida en la más amplia que venimos manejando del mercado de los derechos para TV (en abierto o de pago) sobre acontecimientos deportivos importantes.

También, para esta reseña de la operación, procede remitirse a la que se hizo al tratar del mercado de la TV en abierto y del mercado de la TV de pago (*vid supra*). Dejando al margen la vertiente colusoria o cooperativa del acuerdo de 24 de julio de 2006, que suponía, en esencia, que *Mediapro* se reservara el grueso de los derechos sobre contenidos deportivos para su emisión en abierto en España y *Sogecable/AVS* lo mismo, pero para emisiones de pago, así como la atenuación de la presión competitiva entre las partes para la adquisición de contenidos deportivos en el futuro, y otra serie de incidencias anteriores y posteriores a la operación a las que se hizo ya referencia, la esencia de la operación pasaba por la toma del control de *AVS* por parte de *Sogecable*. Para más detalles, hacemos, pues, la oportuna remisión a los epígrafes citados.

iii) Análisis pre-concentración de la estructura y funcionamiento del mercado primario de la adquisición de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración

(1) Sistema de comercialización basado en la venta conjunta

(a) Modelos de venta conjunta en el derecho comparado

Dado que en cierta competición futbolística participaban varios clubes, la cesión de los derechos de retransmisión individual atinentes a la misma exigía la articulación de algún sistema que permitiera determinar el club o clubes titulares de los derechos sobre cada concreto partido.

A este respecto se observaba en el derecho comparado la coexistencia de dos planteamientos. El primero era el que se había dado en denominar “derecho de arena”, y que suponía que bastase con el consentimiento del club anfitrión para proceder a la retransmisión del partido. Era, por ejemplo, el sistema de la Liga holandesa o de la Liga de Campeones y la Copa de la *UEFA* hasta octavos de final.

El segundo era el sistema de “venta centralizada” en el que los clubes protagonizaban acuerdos de “venta conjunta” poniendo en común sus derechos de retransmisión [ver caso *UEFA* (Caso COMP/C.37.398), el caso inglés (Caso COMP/38.453 - *FAPL+Sky*), el alemán (Caso COMP/37.214 – *DFB*) o el francés (ver Ley *Lamour* 2003)].

Como tercer modelo se situaba, junto a los dos anteriores, el sistema híbrido o mixto característico del derecho español donde, como veremos en detalle, al derecho de comercialización del club local se superponía el derecho de veto del visitante, lo que creaba una suerte de mancomunidad sobre el derecho a la retransmisión del partido.

El sistema de derecho de arena puro se encontraba en retroceso en el ámbito europeo y comunitario frente al de venta conjunta a consecuencia de diversas decisiones de las autoridades comunitarias de la competencia. Por su parte, el peculiar sistema mixto español fue objeto de análisis por la autoridad nacional de la competencia española en su informe sobre los derechos del fútbol, cuya necesidad se puso de manifiesto precisamente a raíz del caso AVS III/concentración que ahora estudiamos.

En el modelo de venta centralizada los diversos clubes cedían sus derechos a la entidad que organizaba el campeonato, la Liga Nacional, la Federación Nacional o la *UEFA*, que era la encargada de su comercialización entre los terceros por un periodo determinado, pudiendo dicha entidad hacerlo directamente o a través de terceras entidades intermediarias. Posteriormente, se redistribuían los ingresos obtenidos entre los diversos clubes conforme al sistema de reparto que estos hubieran pactado en el seno de la propia asociación. Éste era el sistema a la sazón vigente en las principales competiciones continentales, tanto internacionales (rondas finales de las competiciones *UEFA*) como domésticas (ligas inglesa, alemana, francesa y, tras la nueva legislación llamada a entrar en vigor, italiana).

La CNC hizo una descripción pormenorizada de los sistemas de venta conjunta en el derecho comparado y así:

- ❖ **Competiciones europeas.** En el caso de la Liga de Campeones y Copa de la *UEFA*, los derechos sobre estas competiciones organizadas por la *UEFA* se vendían de acuerdo a los principios sentados por la Decisión de la Comisión Europea *UEFA Champions League* [Decisión de 23 de julio de 2003 (COMP 37.398)]. El acuerdo original era el de que la *UEFA*, a través de la organización *TEAM*, vendía derechos en exclusiva, por varias temporadas, para la retransmisión de los encuentros de la competición por televisión, tanto en abierto como en pago, a un único operador por país.

La Comisión, con admitir que los acuerdos de venta conjunta podían implicar restricciones al juego de la competencia, también sentó la posibilidad de que pudieran generarse eficiencias, dado el carácter internacional e incierto - por ser muchas fases eliminatorias a doble partido - de la competición, que hacía muy difícil un sistema alternativo de venta individualizada en el que se pudiera anticipar hasta dónde iba a llegar un club en concreto en la competición y, por tanto, cuántos partidos se podrían retransmitir. La Comisión Europea consideró que se daban las condiciones requeridas por el Art. 81.3 TCE para aprobar el acuerdo, beneficio de los consumidores, indispensabilidad de las restricciones a la competencia impuestas e improbabilidad de la eliminación de la competencia, pero bajo una serie de condiciones.

La primera era la de desagregar los derechos en hasta 14 paquetes diferentes que recibían un trato diferenciado. P.e., refiriéndonos a los paquetes para TV: los **paquetes 1 y 2** eran los paquetes Oro y Plata, cada uno de los cuales comprendía dos elecciones de partidos por noche de competición para retransmisión en directo en TV en abierto o TV de pago, lo que suponía 47 partidos en total; el **paquete 3** comprendía los momentos estelares de todos los partidos de la Liga de Campeones, disponibles a partir de las 22:45 de cada noche de competición, y en él la *UEFA* se reservaba el derecho en exclusiva para vender un paquete de resúmenes de partidos, pero paralelamente los clubes también podían vender estos derechos tratándose de partidos que disputasen en casa, siempre que hubiera transcurrido un lapso de tiempo suficiente desde la celebración del partido; el **paquete 4** comprendía los derechos de los restantes partidos, los no incluidos en los paquetes Oro y Plata, para su explotación por TV en directo, ya fuera de pago o de pago por visión, y si la *UEFA* no conseguía vender estos derechos una semana después del sorteo de la fase de grupo perdía la exclusiva, teniendo derecho a venderlos paralelamente cada club anfitrión que participase en el partido; finalmente, el **paquete 5** comprendía los derechos que los clubes podían vender individualmente, y que se limitaban a TV de pago y de pago por visión, previéndose que, un día después de los últimos partidos de la semana, los clubes de fútbol pudieran explotar los derechos de TV en diferido paralelamente con la *UEFA*, esta última, toda la competición, y los clubes, sólo los partidos en que participasen.

- ❖ **España (modelo anterior al sistema híbrido).** El de la venta conjunta no era, por otra parte, un modelo extraño en España, ya que tal había sido la modalidad de venta que existió en el período anterior a la temporada 1996/97. Esta situación arrancaba de la exención legal reconocida en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que alojaba el conocido como Plan de Saneamiento, el cual permitía que la *Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP)* se hiciese cargo de la negociación colectiva de los derechos. En concreto, el apartado 2 de la Disposición Transitoria Tercera de dicha Ley establecía: “*Durante el período de vigencia del convenio, y hasta la total extinción de la deuda, la Liga profesional percibirá y*

gestionará los siguientes derechos económicos: a. Los que, por todos los conceptos, generen las retransmisiones por televisión de las competiciones organizadas por la propia Liga, por sí misma o en colaboración con otras asociaciones de clubes”.

El primero de los precedentes jurisprudenciales relevantes sobre este sistema lo constituyó la Resolución del TDC recaída en el Expte. 319/92, de 10 de junio de 1993. En esta resolución la autoridad de la competencia se limitaba a sancionar a la Liga por abuso de posición dominante en la venta a la empresa *Promoción del Deporte, S.A.*, de los derechos para la retransmisión de las competiciones de la LNFP (Liga de Primera y Segunda División) y de la Copa de S.M. el Rey (organizada por la Federación Española de Fútbol -RFEF) para las temporadas 1990/91 hasta 1997/98 inclusive.

Sin embargo, en esta resolución no se ahondaba en las claves del modelo de comercialización, una de las cuales sería la titularidad originaria sobre los derechos audiovisuales. Precisamente, a raíz de la terminación del citado modelo de saneamiento afloraron las tensiones entre los clubes en el seno de la Liga respecto al modo de comercialización de los derechos. Estas tensiones se fueron intensificando a medida que se incrementó el interés de los operadores audiovisuales por la emisión de eventos futbolísticos en el marco de la implantación de las plataformas de TV de pago por satélite digital en España, plataformas pioneras a la hora de permitir una ventana de explotación en pago por visión. Estas tensiones se saldaron con la implantación del peculiar modelo híbrido español, que estudiaremos en detalle, situado a medio camino entre el modelo de venta conjunta, en el que todos los clubes se ponen de acuerdo en el seno de la asociación, y el modelo de derecho de arena puro, en el que no es necesario ningún acuerdo, pues la decisión corresponde al club anfitrión. En efecto, en ese sistema híbrido era necesario el acuerdo, pero sólo entre el club local y el visitante.

En el caso español, se hacía necesario, pues, diferenciar la adquisición originaria de derechos sobre competiciones nacionales, Liga y Copa de S.M. el Rey, de la adquisición originaria de derechos sobre competiciones internacionales, Liga de Campeones y Copa de la *UEFA*, pues los sistemas eran diferentes.

En el caso de las competiciones europeas, el sistema era, como se ha dicho, el de venta centralizada o conjunta. En el caso de la Liga de Campeones, la *UEFA* comercializaba para cada jornada, excluyendo las rondas previas, hasta un límite máximo de tres temporadas, dos paquetes de derechos (derechos en directo) que conferían, respectivamente, la facultad de retransmitir en cada jornada dos partidos para TV en abierto y dos partidos para TV de pago. En el caso de la Copa de la *UEFA*, si bien en las tres temporadas anteriores los derechos venían siendo comercializados por los clubes de forma individual, en el momento de plantearse la operación *AVS III/concentración*, la comercialización individual llegaba hasta octavos de final inclusive y, a partir de ahí, dicha comercialización se asimilaba a la colectiva que acabamos de describir para la Liga de Campeones.

- ❖ **Italia**. En un sistema de venta centralizada, podía suceder no sólo que los clubes originariamente titulares de los derechos los cedieran a la asociación organizadora de la competición para la venta conjunta, sino también que la legislación estableciera directamente ya la titularidad exclusiva de esa asociación organizadora, ya la cotitularidad o titularidad compartida entre club y asociación, como sucedía en la nueva regulación italiana.

El sistema de comercialización de los derechos audiovisuales de la Liga italiana había experimentado varios cambios en los años precedentes. Inicialmente, la *Lega Calcio* comercializaba de manera centralizada los derechos televisivos de las Series A y B, la Copa de Italia y la Supercopa de la Liga, con una fórmula de reparto igualitario entre los distintos clubes participantes. Sin embargo, la intervención de la Autoridad de Competencia italiana en 1999 eliminó el modelo de venta centralizada, pasándose, mediante intervención normativa, a un modelo de venta individualizada de los derechos de los partidos que disputaba cada club en su estadio, del cual resultaron particularmente beneficiados los grandes clubes (Ley n.78, de marzo de 1999).

Posteriormente, en 2004, la Comisión Europea impuso determinadas condiciones al grupo de comunicación audiovisual *Newscorp* de cara a la autorización de la compra del operador de televisión de pago *Telepiù*; resultado de la fusión nacería el operador *Sky Italia*. Entre estas condiciones figuraban la limitación de la vigencia de los contratos de adquisición de derechos a dos años y la reducción de la exclusividad de los mismos a la explotación por televisión vía satélite (con la obligación de sublicenciar el contenido a operadores de cable y TDT, que se estaban introduciendo en Italia en aquellos momentos).

A consecuencia de estas condiciones impuestas al operador dominante en TV de pago en Italia, el conglomerado de negocios de comunicación *Mediaset*, propietario de los principales canales en abierto de Italia, pudo iniciar la oferta de servicios en TDT, con un modelo mixto, consistente en una oferta de canales en abierto (sin necesidad de suscripción) y una serie de contenidos Premium en pago por visión (entre los que se encontraba el fútbol en directo), con consumo a través de tarjetas de pre-pago.

Mediaset adquirió los derechos audiovisuales de los principales equipos italianos para TDT por tres temporadas, 2004/05 a 2006/07, así como los derechos en exclusiva para hacerse con carácter preferente con la explotación a través de todas las plataformas, lo que en la práctica le reportaba el control de los derechos hasta 2016. Como consecuencia de ello, la Autoridad de Competencia italiana inició un procedimiento por abuso de posición de dominio contra *Mediaset*, centrado en esos derechos de opción que le posibilitaban excluir del mercado a terceros operadores hasta esa fecha de 2016. El procedimiento concluyó una vez *Mediaset* se comprometió a reducir a tres años la duración de los contratos que ya había concluido en ejercicio de sus derechos preferentes. Para el futuro, *Mediaset* aceptó dos condiciones alternativas, dependiendo de cuál fuera el modo de comercialización de los derechos. Si se vendiesen distinguiendo entre las distintas plataformas existentes, *Mediaset* no podría adquirir derechos para plataformas distintas de la TDT. En el caso de que la adquisición de derechos se produjese en régimen de exclusiva de una vez para todas las plataformas, *Mediaset* debía sublicenciar a terceros los derechos para plataformas distintas de la TDT en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

Tras esta situación, y con el objetivo de evitar que los clubes pequeños dejaran de percibir ingresos por derechos audiovisuales, así como el cierre del mercado a operadores interesados en la explotación de estos contenidos, la Administración italiana intervino para asegurar un marco regulatorio estable que combinase la venta centralizada con el aseguramiento del acceso a este tipo de contenidos en régimen de no exclusiva entre las distintas plataformas tecnológicas. La nueva normativa,

introducida por la Ley de 19 de julio de 2007 y desarrollada por el Decreto Legislativo de 21 de diciembre de 2007, establecía a partir de la temporada 2010/2011 un sistema de venta centralizada en la Liga italiana, basado en la cotitularidad originaria del derecho audiovisual entre los clubes y la Liga de fútbol, aunque los clubes mantenían el derecho exclusivo a las imágenes de archivo.

Las principales características de esta regulación eran:

- 1.^a La Liga, por sí o mediante un intermediario, vendería los derechos agrupándolos en varios paquetes, pudiendo ser adquiridos por operadores de cualquier plataforma o bien por intermediarios independientes.
- 2.^a La venta había de realizarse siempre a través de procedimientos competitivos (subasta en la que la Liga fijara un precio mínimo por paquete por debajo del cual no estaba obligada a aceptar la oferta), por un plazo máximo de tres años, estando prohibida la adquisición de todos los derechos por parte de un solo operador.
- 3.^a La Liga podía decidir si establecía un solo procedimiento competitivo en el que compitieran operadores de todas las plataformas, o varios procedimientos paralelos de acuerdo con las plataformas existentes.
- 4.^a En caso de celebrarse una sola subasta para todas las plataformas, los operadores audiovisuales debían estar activos en al menos una de las plataformas para participar en la misma - esto no era necesario en el caso de intermediarios independientes, sin conexiones en los mercados audiovisuales -, debiendo los adjudicatarios sublicenciar los derechos de emisión a operadores habilitados para funcionar en las plataformas en las que aquéllos no operasen.
- 5.^a La determinación del número de paquetes, y de otras cuestiones como el número mínimo de partidos que habían de licenciarse, pues no existía obligación de vender los derechos para la retransmisión de la totalidad de los partidos, se realizaría posteriormente en unas directrices que debía adoptar la Liga.
- 6.^a Los paquetes debían estar equilibrados en cuanto a su interés para los distintos adjudicatarios.
- 7.^a Los derechos correspondientes a encuentros que no fueran a retransmitirse podrían, sin embargo, ser comercializados por los clubes organizadores de los partidos, o utilizados directamente a través de sus canales temáticos.
- 8.^a El operador audiovisual habilitado que hubiera adquirido los derechos no podía revender los derechos como tales, pero sí podía sublicenciar retransmisiones simultáneas a la suya o bien en diferido.
- 9.^a En el caso de que los adquirentes fuesen intermediarios independientes, éstos debían revender los derechos sin modificar los paquetes y de manera objetiva, transparente y no discriminatoria.
- 10.^a Por su parte, las plataformas emergentes (internet y UMTS) podrían adquirir directamente de la Liga derechos en forma no exclusiva.
- 11.^a Por lo que respecta a la importante cuestión del reparto, los clubes de la serie A del Calcio (División superior) se repartirían los ingresos de la siguiente manera: **(i)** el 40 % a partes iguales; **(ii)** el 30 % sobre la base de los resultados deportivos (10 % de acuerdo con los resultados históricos; 15 % de acuerdo con el resultado de las cinco últimas temporadas, y 5 % sobre la base de la última temporada); y **(iii)** el 30% restante con arreglo a un baremo que tenía en cuenta el número de socios de los clubes y la capacidad de atracción demográfica de los mismos.

Lo anterior, la cotitularidad en origen entre clubes y asociación nacional, no se daba, como vimos, en el caso del Derecho español, en el que la titularidad originaria de los derechos sobre partidos de Liga correspondía a los Clubes, por lo que cualquier sistema de venta conjunta a través de la RFEF o de la LNFP debía pasar por una previa cesión de los clubes.

- ❖ **Alemania**. Dentro de los sistemas de venta centralizada había que diferenciar los de autorización administrativa de los de autorización legislativa, como el italiano que acabamos de ver. Dentro de los de autorización administrativa entraría, por ejemplo, el caso alemán.

La Comisión Europea también revisó un acuerdo de venta conjunta de derechos por parte de la Liga alemana en su Decisión de 19 de enero de 2005 (Asunto COMP/C-2/37.214). Tras una valoración preliminar de la Comisión Europea, en la que ésta expresó su preocupación por los efectos del acuerdo sobre los mercados de adquisición de derechos, de explotación de derechos y mercados emergentes tales como Internet y telefonía móvil, la Liga alemana presentó compromisos que básicamente consistían en distribuir los derechos en varios paquetes, que serían adjudicados mediante un procedimiento de subasta transparente y no discriminatoria.

La duración máxima de los acuerdos con agentes o titulares de sublicencias era de tres temporadas. Los distintos paquetes ofrecían: **(i)** partidos en directo de Primera y Segunda División para televisión en abierto y de pago; **(ii)** partidos para televisión en abierto en diferido; **(iii)** retransmisiones de partidos en directo o casi-directo y en diferido a través de Internet; **(iv)** partidos en directo o casi directo a través de telefonía móvil; **(v)** derechos para la explotación de otro tipo.

Asimismo, se incorporaba también la previsión de que, en el caso de que 14 días después de iniciada la liga algún paquete no hubiese sido vendido, los derechos no utilizados podrían ser explotados por los clubes que actuaran como anfitriones. En tal caso, la liga podría hacerlo en paralelo de forma no exclusiva.

- ❖ **Reino Unido**. La Comisión Europea examinó el modelo de venta conjunta de este campeonato en los Asuntos COMP/C.2/38.173 y 38.453. En esta Decisión, la Comisión Europea volvió a aplicar los principios anteriormente sentados en el caso UEFA, incluyendo la división de los derechos en seis paquetes, distinguiendo entre retransmisión televisiva y plataformas de telefonía móvil, pues los derechos de explotación vía Internet no se vendían en paquetes separados, sino que las plataformas de telefonía móvil podrían disponer de estos derechos durante la celebración del propio partido. Además, se incorporaba la posibilidad de que los clubes pudieran explotar individualmente los derechos que no se explotasen por el comprador inicial, por ejemplo, en el caso de partidos no retransmitidos.

Para la adjudicación de los derechos se utilizaba un procedimiento de subasta, supervisado por un fideicomisario independiente, y los contratos no habrían de exceder las tres temporadas. Para el ciclo de tres temporadas, que comenzaba a partir de la temporada 2007/2008 y que finalizaba en la temporada 2009/2010, se introducía también la prohibición de que un solo comprador adquiriera todos los derechos, previsión negociada por la Comisión Europea con el objeto de poner término al monopolio del operador audiovisual *BSkyB*, presente fundamentalmente en televisión

de pago, sobre los derechos de esta liga en el Reino Unido. Esta prohibición condujo a que el operador irlandés de televisión de pago *Setanta* adquiriese dos de los seis paquetes que se pusieron a la venta, lo que suponía 46 partidos de un total de 138 partidos en directo anuales ofertados.

- ❖ **Francia.** En Francia era la Federación la propietaria originaria de los derechos sobre los partidos de competiciones nacionales (Ley 84-610, de 16 de julio, relativa a la organización y promoción de actividades físicas y deportivas y Ley 2003-708, de 1 de agosto, por la que se modificaba la anterior), mientras que el club era el titular originario de los derechos de retransmisión respecto de las competiciones europeas. La Federación podía operar cesiones de los derechos sobre partidos de competiciones nacionales a favor de la Liga organizadora de dichas competiciones. Así, la Liga Profesional comercializaba los derechos de explotación audiovisuales relativos a la retransmisión de competiciones deportivas, en virtud de Decreto de 15 de julio de 2004. Esta norma garantizaba a la Liga Profesional la exclusividad en la venta de derechos sobre retransmisiones en directo, por cualquier medio, de todos los partidos y competiciones que organizase. Los clubes se reservaban, en todo caso, el derecho de explotar aquellos derechos no comercializados por la Liga o no explotados por los radiodifusores. La comercialización se realizaba por medio de un proceso de licitación, no discriminatorio y abierto a todos los editores o distribuidores de los servicios; los derechos se ofrecían en distintos paquetes que se adjudicaban en función de criterios previamente definidos; y la duración de los contratos no podía exceder de los tres años.

Hasta la temporada 2003/2004, *Canal+* y *TPS* habían acordado con la *Liga de Fútbol Profesional (LNFP)* el reparto de la explotación de los derechos de liga de Primera División mediante sendos contratos firmados con ella. En octubre de 2002, la *LNFP* sacó al mercado los derechos hasta la temporada 2006/2007 agrupados en tres lotes y en diciembre del mismo año se los adjudicó a *Canal+*. *TPS* presentó una queja ante el Consejo de la Competencia quien, mediante resolución de 23 de enero de 2003, acordó adoptar medidas cautelares por las que dejaba en suspenso la adjudicación de la *LNFP*. *Canal+* y la *LNFP* presentaron demanda ante el Tribunal de Apelación de París. El Tribunal propuso la mediación entre las partes, quienes llegaron a un acuerdo el 17 de abril de 2003. Posteriormente, tras haber absorbido a su competidor *TPS*, *Canal Plus* llegó a detentar los derechos en exclusiva de retransmisión de partidos en directo para la liga francesa por valor de 600 millones de euros al año. Para las siguientes cuatro temporadas, 2007/2008 a 2009/2010, los derechos se habían vendido poco antes de resolverse el caso *AVS III/concentración*, resultando adjudicatario de los mismos *Canal Plus*.

- ❖ **Liga holandesa.** En el caso de la liga holandesa, los derechos de los equipos pertenecientes a la competición liguera se habían ido vendiendo individualmente. En 2002, la autoridad de competencia había prohibido un acuerdo de venta centralizada, considerando que a través de la venta individual se conseguía la retransmisión de un mayor número de partidos, en particular de los equipos no grandes, los cuales con probabilidad estarían incentivados para vender los derechos sobre los partidos que disputasen como locales a través, por ejemplo, de la televisión regional. También afirmaba la autoridad de la competencia que la solidaridad financiera entre clubes podía conseguirse por mecanismos distintos a la venta centralizada. Sin embargo, la autoridad holandesa concedió el permiso para la venta colectiva de resúmenes de partidos, al considerar que dicho producto englobaba a todos los partidos de la liga y

que lo más eficiente era conceder las licencias para los resúmenes de manera colectiva. Además, vista la doctrina de la Comisión Europea, la autoridad holandesa se manifestó a favor de revisar su posición acerca de la venta centralizada, si se adoptaban los remedios propuestos por la Comisión. Lo anterior permitió que llegara a instaurarse en fechas recientes el sistema de venta centralizada.

(b) Valoración del sistema de venta conjunta desde la óptica del Derecho de la competencia

Para esta valoración del sistema de venta conjunta podríamos diferenciar los siguientes aspectos, **posibles efectos anticompetitivos**, **posibles eficiencias** y **posibles remedios**, y así:

- ❖ **Posibles efectos anticompetitivos.** En cuanto a los posibles efectos anticompetitivos, se trataba de acuerdos de cooperación horizontal de venta conjunta cubiertos por el Art. 101 TCEE y el Art. 1 LDC (ver las Directrices de la Comisión sobre acuerdos de cooperación horizontal). Dado ese carácter, entrañaban, del lado de la oferta, la anulación del juego de la competencia entre los clubes titulares originarios de los derechos y, del lado de la demanda, entre potenciales adquirientes interesados en los derechos de clubes concretos, todo ello como consecuencia de la existencia de un punto único de venta. En otras palabras, tales acuerdos podían suponer:
 - La **fijación en común de precios y de otras condiciones de la transacción** por parte de los oferentes, de manera uniforme, en relación con los derechos para la retransmisión de los partidos bajo cualquier modalidad.
 - **Exclusiones del mercado de compra de derechos** de otras entidades que pudieran llegar a estar interesadas en esa misma adquisición respecto de clubes concretos.
 - **Limitaciones de producción**, en el caso de que la entidad adquiriente no retransmitiera ni cediera a terceros, para el mismo fin, la totalidad de partidos para los que pudiera haber demanda, o cuando excluyera la explotación a través de determinados canales.
- ❖ **Posibles eficiencias.** A pesar de los anteriores efectos anticompetitivos, lo cierto es que esta clase de acuerdos han llegado a ser autorizados por las autoridades nacional y europea de la competencia que los han interpretado en clave de eficiencias del Art. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, como serían, por ejemplo:
 - La **eliminación de costes de la transacción** derivados de negociar y concluir contratos entre los operadores adquirientes y cada uno de los clubes, lo que, no mediando el pacto de venta conjunta, sólo se haría posible a partir del momento en que cierto adquiriente se hiciera con una cartera significativa de derechos que indujera ya al resto de clubes a terminar por cederle también sus derechos.
 - La **desaparición de la competencia por los derechos de los distintos clubes**, pues con la venta conjunta los adquirientes no podrían escoger o discriminar entre los equipos cuyos partidos quisieran retransmitir y, de hecho, la mayor resistencia frente al sistema de venta conjunta procedía de los grandes clubes que tenían ver reducidos así sus ingresos.

- Como consecuencia de lo anterior, la ***consolidación del valor como producto de toda la competición***, desde el momento en que el producto pasaba a ser la competición en bloque, la retransmisión de la competición en sí misma considerada, en lugar del partido concreto o conjunto de partidos disputados en el estadio de un club determinado, y sin que ello supusiera que ese producto no pudiera segmentarse de acuerdo con la práctica asentada y las posibilidades de explotación en distintos paquetes a través de los diversos canales de comunicación audiovisual.
- La potenciación de ese “valor del campeonato” en sí mismo, mediante la ***creación de una imagen de marca de la competición***, lo que llevaría consigo ciertas ventajas para el consumidor, como el incremento de la popularidad y el prestigio del campeonato así considerado en relación a otros y, en consecuencia, la posibilidad de que los mejores jugadores pasaran a engrosar las filas de los clubes que en él participasen.
- La protección de la posición de los clubes más modestos podía, además, reforzarse mediante la ***creación de mecanismos de solidaridad*** en el sistema de reparto de ingresos que les hicieran partícipes de ese mayor valor de la competición, fortaleciendo sus posibilidades de acceso al mercado de fichajes.
- Lo anterior haría entrar la competición en una ***dinámica de ciclo virtuoso***, en la que las plantillas se equipararían, repartándose las posibilidades de triunfo entre los diversos clubes participantes e incrementándose la competitividad y el atractivo de la competición en sí por su mayor incertidumbre.

Este efecto benéfico de la venta centralizada había sido recogido en el Libro Blanco sobre el Deporte de la Comisión Europea y en el informe del Parlamento Europeo sobre el futuro del fútbol profesional [Vid. Libro Blanco sobre el Deporte, presentado por la Comisión Europea (COM) 2007 391, el 11-7-2007, disponible en: http://ec.europa.eu/sport/whitepaper/wp_on_sport_es.pdf, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, sobre el futuro del fútbol en Europa (2006/2130/INI)].

En su Informe sobre los Derechos del fútbol, la autoridad española de la competencia ponía, sin embargo, en cuarentena esta afirmación de que la venta centralizada aumentaba necesariamente el valor de producto en el caso del campeonato español de Liga y de la Copa del Rey. Por ejemplo, eran indicadores del valor del producto relativo de una competición doméstica la competitividad de sus clubes en relación con la de los clubes de otras competiciones y la capacidad de atracción desde el punto de vista audiovisual de los encuentros que en ella se disputaban, algo en lo que incidían otros factores además de la incertidumbre del resultado.

El repaso de los vencedores de las principales ligas europeas en la década anterior al Informe del Fútbol revelaba que el nivel de reparto de títulos entre los equipos de la Liga española había sido de hecho superior al existente en otras ligas con venta centralizada como la inglesa, la francesa o la alemana, y, de igual manera, que los clubes españoles habían resultado muy competitivos en competiciones europeas durante ese período. El valor de la competición y los ingresos de los clubes por la comercialización de sus derechos audiovisuales dependían también en gran medida

de su participación en competiciones internacionales, así como de su historia o la calidad y popularidad de sus jugadores.

El mayor tirón de equipos como, p.e., *Real Madrid* o *Barcelona* y sus éxitos en competiciones internacionales/europeas podía ejercer un importante atractivo sobre los campeonatos nacionales españoles, de donde resultarían también beneficios económicos para los clubes más modestos, especialmente, en sus confrontaciones con esos otros dos.

- La ***posibilidad de explotar el producto independiente directa e inmediatamente por parte del adquiriente*** respecto de cada paquete en que aparecía segmentada la competición, sin necesidad de intermediarios que creasen contenidos audiovisuales futbolísticos o directamente revendiesen los derechos, ni de constitución de *pools* de derechos, todo ello con las consiguientes ventajas en términos de margen para oferentes y adquirientes y de posibilidad de que estos últimos conformasen unas proyecciones estables de explotación comercial de esos derechos de manera directa e independiente.

En relación con el mercado español, advertía, sin embargo, el CCNC en su Informe del Fútbol que, por sí misma, la venta centralizada no impedía la posibilidad de reventa de los contenidos adquiridos aguas arriba, ni por lo tanto eliminaba la posibilidad de intermediación. De hecho, en estos sistemas también podían funcionar las sublicencias: en Inglaterra los operadores de cable adquirían contenidos futbolísticos de *BSkyB*, a quien pagaban una tarifa por suscriptor, y en Alemania el operador que había adquirido todos los derechos, por ejemplo para las temporadas 2008/2009 y siguientes, confeccionaba los contenidos y los revendía a los operadores audiovisuales. Las condiciones bajo las cuales *BSkyB* suministraba a terceros operadores aguas abajo contenido *Premium* se habían sometido a análisis por parte de la autoridad de competencia británica (vid. Decisión de 17 de diciembre de 2002, *BSkyB Investigation*, Case CA98/20/2002).

- Dado que, en los mercados aguas abajo de la comercialización de los derechos audiovisuales, los compradores solían ser entidades con un fortísimo poder de compra, incluso monopsonistas, lo que suponía una fuerte presión a la baja sobre los precios de comercialización, el acuerdo de venta conjunta surgía así como ***mecanismo para compensar este fuerte poder de compra***.

El CCNC advertía no obstante, en su Informe relativo al modelo de comercialización de los derechos del fútbol, que, salvo una prohibición de comprador único, condición sólo impuesta en la Decisión *FA Premier League* y en el modelo italiano, la venta centralizada no impedía que un solo operador acaparase todos los derechos subastados mediante la adquisición de los distintos paquetes.

Por lo tanto, no suponía necesariamente un remedio a la creación de posiciones dominantes “aguas abajo”, ni de trato privilegiado en caso de integración vertical. Por ejemplo, en el Reino Unido, la posición del operador de televisión de pago *BSkyB* derivaba en gran medida de su acceso a los derechos futbolísticos de la *Premier League* inglesa, los cuales había ostentado en exclusiva, incluso bajo un sistema de venta individualizada, desde 1992 hasta la temporada 2006/2007, momento en que los tuvo que compartir, al haber adquirido el operador *Setanta*

algunos derechos tras la imposición expresa de una prohibición de comprador único. Con la venta conjunta tampoco se eliminaban los riesgos derivados de la integración vertical que, en un escenario de eventual reventa sin las suficientes garantías de imparcialidad e independencia, pudieran impedir a los operadores audiovisuales ajenos al adquirente de los derechos el acceso a los contenidos o la competencia en precios.

- La ***salida de los activos al mercado de manera periódica*** y de una vez y, al no caber así escalonamiento de derechos ni ventas a futuro, la evitación de posiciones de “incumbencia relativa” (mejor posición) en el momento de adquirir los derechos y la disipación de las posibles tensiones inflacionistas derivadas de potenciales acuerdos de venta anticipada de derechos para períodos futuros.
- ❖ ***Posibles remedios.*** No obstante todas las anteriores eficiencias, la autorización de estos acuerdos de venta conjunta por parte de las autoridades de la competencia ha venido, frecuentemente, subordinada a la adopción de determinados remedios, en forma de medidas administrativas o legislativas que intentan influir simultáneamente en las condiciones de adquisición, explotación y posible reventa de los derechos (la síntesis de estos remedios puede encontrarse fundamentalmente en Kienapfel, P. y Stein, A. en “*The application of Articles 81 and 82 EC to the sport sector*”, *Competition Policy Newsletter de la Comisión Europea*, número 3-2007, p.12). Cabría destacar los siguientes remedios:
 - La ***imposición de un sistema de subasta*** para la adjudicación de derechos con arreglo a criterios competitivos, por ejemplo, mediante el recurso a mecanismos de subasta como la “venta ciega” o incondicional, mediante la cual la remisión de la oferta es vinculante, sin renegociación posible, y los derechos se adjudican a la oferta más alta.
 - La ***intervención de terceros independientes*** para la supervisión de los procesos de enajenación, por ejemplo, a través de la encomienda a un fideicomisario (*trustee*) que reporte a la autoridad de competencia y se encargue de la vigilancia del correcto funcionamiento del procedimiento de subasta.
 - La ***limitación de la duración de los contratos de cesión***, a no más de tres años normalmente, y la supresión de derechos de adquisición preferente (tanteo o retracto) con vistas a su renovación.
 - La ***segmentación de los derechos en paquetes*** para su comercialización separada; por ejemplo, se había llegado a requerir la creación de al menos dos paquetes que incluyeran derechos de emisión atractivos y equilibrados (partidos atractivos en directo) y que fueran complementados con otros de contenido diverso (encuentros en casi directo o resúmenes de encuentros).

Sin embargo, en España, el CCNC, al pronunciarse sobre el modelo español en su Informe del Fútbol, realizaba determinadas advertencias, como la consistente en recordar que, en nuestro país, a diferencia de los modelos de venta centralizada, con respecto a cada jornada de Liga, el 100 % de la oferta audiovisual de partidos en directo de Primera División era accesible para el consumidor a través de, como mucho, la suscripción a la plataforma vía satélite, y el 90 % de ella en caso de que el

consumidor se suscribiera a otra de las plataformas de pago. La explotación individual y la segmentación por paquetes, en un contexto de explotación de los derechos en exclusiva, implicaba que el consumidor no pudiera acceder a la oferta futbolística, ni a los mejores partidos de la jornada mediante la suscripción a una sola plataforma en los mismos términos que en ese momento se daban.

Sin embargo también, en el anterior contexto, debían ponderarse cuidadosamente las ventajas de eficiencia para el consumidor final que podía comportar la segmentación por paquetes equilibrados, puesto que el beneficio para el consumidor derivado del establecimiento de paquetes, que de entrada introduciría una mayor competencia en precio entre plataformas y contenidos, sería mayor conforme las nuevas vías de explotación posibilitasen un modelo de negocio que disminuyera o eliminase la cuota de suscripción a plataforma.

- La **reserva de algunos paquetes para medios de transmisión novedosos o emergentes** (banda ancha móvil o IT). En estas plataformas emergentes, la adquisición se daba en régimen de no exclusiva. En todo caso, la decisión de “ventanizar” los contenidos según la modalidad de explotación se debía ajustar, de acuerdo con la posición explícita de la Comisión Europea, al caso concreto, dependiendo de las condiciones específicas del mercado y la situación de convergencia tecnológica. Por ejemplo, en el caso *Bundesliga* se separaron paquetes para Internet, mientras que en el caso *FA Premier League* se optó por incluir los derechos de explotación a través de Internet en el mismo paquete que los derechos de televisión.
- La **obligación de explotar los derechos**. Se trataba, simplemente, de evitar limitaciones y recortes de la producción que pudieran degenerar en restricciones al juego de la competencia conforme a lo habitual en esa clase de prácticas (v. Art. 101 TFUE), y de garantizar que todos los contenidos se ponían a disposición del público en general.
- **Prohibiciones de comprado único** para evitar el monopolio de los derechos por parte del incumbente en TV de pago. Los derechos que no resultasen vendidos inicialmente, en un período concreto de tiempo, podrían recaer en los clubes locales o anfitriones para su explotación individual que, en su caso, podía darse en paralelo entre el club y la Liga. Adicionalmente, los derechos menos valiosos, como los de retransmisión en diferido y plataformas emergentes, podrían ser explotados en paralelo por clubes y Liga.

También el CCNC, en su Informe del Fútbol, reconocía que los sistemas que implicaban la venta centralizada de los derechos podían presentar determinadas ventajas de eficiencia que compensasen su carácter anticompetitivo inicial, derivado del hecho de constituir acuerdos entre competidores en los que se fijaba el precio u otras condiciones de transacción de los derechos. La aplicación de remedios podía llevar a un escenario de adquisición de derechos y explotación de los mismos más procompetitivo que el que se daba bajo un sistema de venta individual con (modelo híbrido) o sin derecho de oposición del equipo visitante (derecho de arena puro).

(2) Sistema de comercialización basado en el derecho de arena puro

Como hemos podido avanzar, el sistema de derecho de arena puro supone que la titularidad originaria de los derechos audiovisuales sobre partidos de fútbol y su explotación económica correspondan al club anfitrión.

Desde el punto de vista de la oferta, este modelo presentaba importantes ventajas e inconvenientes:

❖ **Ventajas.** Desde la perspectiva de la oferta, las ventajas serían las siguientes:

- 1.^a Cada uno de los clubes competía con su producto, los derechos sobre los partidos disputados en su estadio, frente a los demás, permitiendo a los adquirientes optar, de acuerdo con su poder adquisitivo, por los que entendieran más atractivos.
- 2.^a Existía una reciprocidad y contraprestación cierta entre los diferentes clubes participantes en la competición, pues cada uno hacía suyos la totalidad de los derechos correspondientes a los partidos disputados en su estadio, pero, como contraprestación, renunciaba a participar en los correspondientes a los partidos que disputaba como visitante.
- 3.^a No se daba, por lo tanto, pacto alguno entre oferentes susceptible de ser considerado anticompetitivo como ocurriría en el sistema mixto de derecho de arena con posibilidad de veto del club visitante.
- 4.^a Este sistema implicaba que la puesta en valor del contenido audiovisual dependiera exclusivamente de su atractivo o tirón entre el público, sin hacerlo depender de factores exógenos, como sería el de la capacidad de veto sobre los partidos que otros equipos atractivos pudieran disputar como locales.
- 5.^a La cesión de derechos por parte de un club determinado se traducía inmediatamente en concretas unidades de partidos vendidas, a diferencia de lo sucedido con el sistema mixto, en el que el adquiriente estaba obligado a disponer también del consentimiento del club visitante para proceder a la emisión.

❖ **Inconvenientes.** Desde la perspectiva de la oferta, los inconvenientes serían los siguientes:

- 1.^o En este sistema, los adquirientes con mayores posibilidades económicas podían estar incentivados para adquirir los derechos de los clubes con un mayor atractivo y la competencia entre ellos podía llevar a inflar los precios pagados sólo a esos clubes dejando de dedicar sus esfuerzos a la adquisición de los derechos de los clubes más modestos.
- 2.^o Lo anterior originaba un riesgo de exclusión del mercado de venta de los clubes más modestos que estos intentarían compensar coaligándose, como en el G-30, que agrupaba a ocho clubes de Primera División en España más todos los de segunda bajo un acuerdo de venta conjunta que bien podría beneficiarse de la exención individual o por categorías, o bien exigiendo la implantación de mecanismos de solidaridad financiera entre clubes con vistas a asegurar un cierto criterio de reparto de ingresos entre todos ellos, en tanto que participantes en la competición, pero sin que estas medidas llegaran a implicar renuncia a la venta individualizada de derechos. Tales medidas de compensación resultarían menos lesivas para el juego de la competencia aguas abajo en los mercados de la

difusión y la reventa que el reconocimiento del veto al club visitante propio del sistema mixto.

- 3.º Podía llegar a darse un desequilibrio entre los ingresos que percibían los equipos “grandes” y los “pequeños” por la venta de sus derechos audiovisuales, lo cual podía repercutir en el acceso al mercado de fichajes y, en consecuencia, suponer una pérdida del balance competitivo entre los miembros de la competición.
- 4.º Este sistema no permitía captar el valor asociado a determinados factores exógenos como el valor propio de la competición, los equipos participantes, el momento del campeonato o el estado de la clasificación, que podían hacer determinado partido más o menos interesante al margen de cuáles fueran los equipos que los disputaban.
- 5.º El sistema podía suponer una merma en los ingresos de los clubes por la venta de sus derechos, considerados los de todos los equipos de manera agregada, consecuencia de la pérdida de todo poder de decisión o disposición sobre la mitad de los derechos, los correspondientes a los encuentros que el club disputaba como visitante.

Desde el punto de vista de la demanda, este sistema presentaba, asimismo, ventajas e inconvenientes:

❖ **Ventajas.** Desde la perspectiva de la demanda, las ventajas serían las siguientes:

- 1.^a Este modelo facilitaba la explotación de los derechos al permitir la coexistencia de diversos adquirientes, cada uno de los cuales podría ser titular de los derechos correspondientes a los partidos disputados como local por uno o varios de los equipos participantes en la competición.
- 2.^a En el nivel intermedio, este modelo tampoco alimentaba la puesta en común de los derechos por parte de los diferentes adquirientes, al ser perfectamente posible la explotación independiente de los mismos, sin necesidad de volcarlos en un *pool* o plataforma común como *AVS*.
- 3.^a Se eliminaba el efecto red que llevaba al incumbente a estar cada vez más estimulado para adquirir los derechos de los que aún no disponía, y el número de partidos que podía emitir no crecía exponencial o progresivamente (progresión geométrica) a medida que disponía de los derechos de más clubes, habida cuenta que el número de partidos que el incumbente podía emitir gracias a la adquisición de los derechos de un nuevo club era igual y no superior, como sucedía en el sistema mixto, a los que no podían emitir el resto de adquirientes a consecuencia de tal adquisición.
- 4.^a Se posibilitaba la explotación a escala autonómica de todos los partidos que disputasen como locales equipos que no llegaran a despertar interés de ámbito nacional por parte de difusores de ámbito regional, cuya apuesta de negocio pasara más por la adquisición de los partidos realmente interesantes de los clubes de ese mismo ámbito regional, que por la acumulación de la mayor cantidad de derechos y la obtención de economías de escala o densidad. P.e., la difusión por la TV gallega, a través de un operador regional de cable, de un Celta-Villarreal no quedaba condicionada a la tenencia de los derechos del Villarreal.
- 5.^a Se posibilitaba el acceso de los operadores en abierto a la compra a los clubes de derechos en el mercado primario, aún cuando fuera necesario arbitrar medidas adicionales dirigidas a garantizar las previsiones de la Ley 21/1997 en cuanto a la emisión de un partido en abierto.

- 6.^a Con la incorporación de todos estos demandantes se reducían los riesgos de cierre del mercado de compra de derechos y se tendía a garantizar que no quedaran derechos sin explotar, ni tampoco sin retribuir.
- 7.^a En términos generales, podía concluirse que el modelo de derecho de arena puro tenía la gran ventaja de abrir la competencia aguas arriba en las relaciones entre los titulares originarios de los derechos, los clubes, y los adquirientes primarios de los mismos, los difusores o revendedores.

❖ **Inconvenientes.** Desde la perspectiva de la demanda, los inconvenientes serían:

- 1.º Este modelo no impedía, sin embargo, la posibilidad de que un solo adquiriente especialmente poderoso pudiera llegar a hacerse con los derechos correspondientes a todos, a la mayor parte o a los más importantes equipos, ni tampoco la de que los diversos adquirientes actuaran coordinados entre sí.
- 2.º Aún no abocando a la constitución de un *pool* de derechos, era perfectamente posible y no resultaba en absoluto descartable cualquier otra forma de coordinación entre los adquirientes titulares de los diversos derechos con vistas a su explotación posterior, p.e., mediante la oferta del campeonato en su integridad o arbitrando sistemas de elección de partidos que permitieran un reparto de dichos partidos y su asignación a un operador distinto a aquél que los había adquirido inicialmente.
- 3.º Aunque la mayor apertura del mercado aguas arriba introducía un elemento de inestabilidad para el revendedor de los contenidos u operador audiovisual, conforme fueran venciendo los distintos contratos, en el escenario previsible de explotación aguas abajo, en los mercados minoristas de la difusión televisiva o de la explotación a través de plataformas 3G/UMTS o por internet o de la reventa de derechos, tendería a darse bien que un solo operador controlase todos los derechos o los más importantes, por su deseo de controlar los derechos de toda la competición para conformar su producto, realizando pujas más elevadas que las de sus competidores, bien que llegaran a celebrarse acuerdos horizontales de comercialización conjunta entre adquirientes con diversas carteras de derechos, con efectos perversos sobre el juego de la competencia similares a los del *pool*.
- 4.º En fin, que el sistema de derecho de arena puro conduciría también a mercados de compra de carácter monopsónico.

En suma, la autoridad de la competencia en su Informe del Fútbol llegó a la conclusión de que, aunque el sistema de derecho de arena puro podía no crear un ambiente tan favorable como el sistema híbrido o mixto español para ciertas prácticas restrictivas, con él no resultaba que pudieran descartarse ninguna de dichas prácticas.

(3) Sistema español híbrido o mixto

Inicialmente, en España, como vimos más arriba, el sistema era uno de venta conjunta, en el que la titularidad de los derechos se atribuía a la LNFP. Sin embargo, tal sistema terminó con el Acuerdo de Asamblea de 12 de abril de 1996, en el que la propia Liga asumía la negociación individual por parte de los clubes de fútbol/S.A.D. de sus propios derechos audiovisuales de cara a la temporada 1998/1999.

Así pues, como se apuntó más arriba al ocuparnos del entorno normativo, para la autoridad nacional de la competencia, en España, la titularidad originaria de los derechos audiovisuales

sobre los partidos de Liga y Copa del Rey correspondía al Club que actuaba como anfitrión. Se exceptuaba la Final de la Copa del Rey para la que la titularidad originaria de los derechos audiovisuales correspondía a la RFEF. Es decir, que el sistema de partida era uno de derecho de arena puro, lo que se ponía de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que, en caso de litigiosidad, se terminara imponiendo el criterio del equipo local, al ser el que facilitaba el acceso al estadio y quien podía llegar a autorizar *de facto* la emisión aun sin el consentimiento del club visitante, así, p.e., en el conflicto empeñado entre *Sogecable* y *Mediapro*.

No obstante lo anterior, a este planteamiento de derecho de arena puro se superponía el derecho de veto que podía ejercer el club visitante. Así, en los distintos contratos de venta de derechos audiovisuales entre clubes y adquirientes se contemplaba expresamente que el acuerdo tenía como objeto todos los partidos disputados por el club, y no sólo los disputados como local. Sin embargo, se trataba de una convención, ya que la titularidad originaria correspondía el club anfitrión. Este “derecho de veto” del club visitante no arrancaba, conforme con el parecer del CCNC, de las normas o principios del ordenamiento jurídico, sino de ese acuerdo entre operadores, los clubes de fútbol, establecido a través de los cauces assemblearios de la LNFP. En efecto, en el Acuerdo adoptado por unanimidad en la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de la LNFP de 11 de julio de 2002 se especificaba: “*para la retransmisión por televisión o por cualquier otro medio tecnológico que suponga la reproducción de imágenes de los partidos oficiales que enfrenten a equipos pertenecientes a la Liga Nacional de Fútbol Profesional, se necesitará el consentimiento previo y expreso de ambos equipos participantes*”.

A cuenta de lo anterior llegaron a darse situaciones ciertamente llamativas como la decidida en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2011 de 17 junio (JUR\2011\244726). Se trataba de la retransmisión televisiva el 11 de septiembre de 2002 de un partido de fútbol de los treintaidosavos de final de la Copa del Rey, a partido único, en el campo del equipo más modesto, *Unión Deportiva San Sebastián de los Reyes*, no perteneciente a la Liga Profesional. Existía un informe previo de la Federación considerando que los derechos audiovisuales correspondían al equipo local en virtud de un convenio de 21 de diciembre de 2000 de la propia Federación con la Liga Profesional a la que pertenecía el otro equipo, el *Real Madrid*. Y sobre la base de dicho convenio, cedió la *Unión Deportiva* los derechos del partido a *Telemadrid*.

Demandó *Audiovisual Sport S.L.*, quien se consideraba titular de todos los derechos audiovisuales del otro equipo, el *Real Madrid*, por todos los partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey desde la temporada 1998/1999 hasta la temporada 2002/2003, en virtud de contrato de 1997, anterior por tanto a dicho convenio entre Federación y Liga. El Tribunal Supremo consideró que la lesión de los derechos de *AVS*, que ésta cifraba en 390.117,50 euros, no era imputable a los demandados, *Telemadrid* y el equipo local, ajenos tanto al contrato entre *AVS* y el *Real Madrid*, como al convenio entre la Federación y la Liga, pero amparados por la actuación de la Federación basada en dicho convenio.

El contrato de 1997 por el que *AVS* adquirió los derechos audiovisuales del *Real Madrid* no podía producir efectos contra *Telemadrid* por el principio de relatividad de los contratos (Art. 1.257 CC) y porque la Federación y la Liga Profesional, que celebraron el convenio de 21 de diciembre de 2000, eran ajenas a aquel contrato, y sin embargo tal convenio sí vinculaba tanto al *Real Madrid*, como a *AVS* por haberse adoptado, igual que todos los anteriores

existentes desde 1991, “*en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley del Deporte y su desarrollo reglamentario*”.

Se producía, pues, un conflicto de posible cesión doble de unos mismos derechos, similar al de una doble venta, pero al que las dos demandadas, *Telemadrid* y *Unión Deportiva*, eran ajenas por igual. De aquí resultaba que no les debía ser imputable la consecuencia litigiosa de dicho conflicto, esto es la eventual lesión de unos derechos de la demandante, porque si bien era cierto que a las demandadas les era directamente atribuible la retransmisión del partido litigioso, causa inmediata del daño según la demanda, también lo era que la causa esencial de ese mismo daño no podía ser otra que el convenio de 21 de diciembre de 2000 entre la Federación y la Liga Profesional, en el que a su vez se fundaba el informe de la Federación respondiendo a la consulta del San Sebastián de los Reyes previa al partido.

Por tanto, de la misma forma que en la doble venta no era generalmente uno de los compradores, sino el vendedor quien respondía frente al otro por los perjuicios sufridos, en el caso de autos tampoco debían responder frente a *Audiovisual* quienes, como las demandadas, actuaron bajo la cobertura de la Federación fundada en el convenio de 2000, convenio al que las demandadas eran ajenas, como ajenas eran también al contrato de 1997 en que *Audiovisual* fundaba sus derechos. A ese mismo convenio de 2000, sin embargo, no podía ser ajeno el *Real Madrid*, al haberlo celebrado, como una de las dos partes contratantes, la Liga Profesional a la que dicho club de fútbol estaba asociado.

Dejando atrás ese asunto judicial y volviendo al derecho de veto, tal convención implicaba que cada club de la competición decidía sobre la retransmisión del doble de encuentros, los que jugaba como local y los que lo hacía como visitante, que en ausencia de tal acuerdo y la misma podía ser perfectamente analizada a la luz de los Arts. 101 TCEE y 1 LDC. Frente a un sistema de derecho de arena puro, en el que cada club podía disponer libremente del 100 % de los derechos correspondientes al 50 % de los partidos que su equipo jugase, los disputados como local, en este sistema mixto con veto, cada club sólo podía disponer del 50 % de los derechos correspondientes al 100 % de los partidos que jugase, los partidos disputados como local y como visitante. Es decir, que se multiplicaba por dos el número de partidos sobre los que podía decidir, pero se dividía por dos también el poder de disposición respecto de cada uno de esos partidos.

Este pacto suponía que la cesión de derechos por parte de un club determinado no tenía su traducción inmediata en la posibilidad de emitir todos los partidos que dicho club disputara como local, pues para ello era necesario ser también cesionario de los derechos del club visitante o, al menos, contar con su consentimiento. Puesto en palabras del CCNC, “*no existe un retorno económico directamente atribuible a la adquisición de los derechos de cada equipo*”. Recurriendo a un símil, si cada partido era un billete de dinero cada uno de los clubes que lo disputaban tenía la mitad. Cada mitad del billete, por separado, no valdría nada y para que el billete llegara a adquirir su real valor sería necesaria la unión de las dos mitades.

Todo ello determinaba un modelo “híbrido” y atípico en el ámbito comparado, consecuencia de la conciliación de ciertos intereses. La adopción de tal acuerdo parecía encontrar su causa en la conveniencia, nacida en el seno de la LNFP, de establecer una suerte de compensación económica para los clubes que tenían menor atractivo social y deportivo dentro de la Liga, y por lo tanto menores posibilidades de explotación económica de sus derechos audiovisuales.

La atribución de un derecho de veto, a la par que permitía la negociación individualizada, más favorable para aquellos clubes que tenían un mayor poder de negociación, de algún modo, reforzaba la posición de los clubes más débiles frente a los más fuertes o con un mayor atractivo audiovisual. El hecho de que pudieran vetar la emisión de los partidos que sus equipos podían disputar como visitantes en los estadios de los equipos más grandes contribuía a intensificar el interés de los operadores audiovisuales por disfrutar de los derechos o, al menos, del asentimiento de estos clubes más pequeños para la emisión de los partidos que los enfrentasen a los más grandes. Lo anterior suponía, en fin, incrementar el valor de sus derechos con vistas a la cesión a los operadores audiovisuales. Ello constituía una suerte de reparto económico “tácito” que permitía a los clubes eludir la cuestión del reparto explícito de los derechos, cuestión que, en cambio, resultaba ineludible en un modelo de venta centralizada, en el que, tras la venta en bloque de los derechos de la competición globalmente considerada, se hacía preciso fijar el porcentaje de participación de cada club en los ingresos obtenidos con esa venta.

Los **efectos anticompetitivos** de este modelo podrían sistematizarse al modo siguiente:

1.º ***Concentración del mercado de compra de los derechos a consecuencia del efecto red.***

La necesidad del consentimiento de ambos clubes participantes implicaba que el número de partidos que un adquiriente podía explotar crecía exponencialmente o de manera geométrica conforme se iban agregando derechos procedentes de diferentes equipos, hasta llegar al total una vez se contaba con todos los derechos. Si el número de clubes con cuyos derechos ya se contaba era t , el número de partidos en disposición de retransmitirse era igual a $t(t-1)$, configurándose así esa progresión en la que crecía de manera geométrica la proporción del total de partidos que podían retransmitirse, hasta llegar al 100 % una vez se hubiera llegado a un acuerdo con todos los clubes. Así, a medida que se iban adquiriendo derechos de nuevos clubes se iban también poniendo en valor los derechos ya adquiridos de otros clubes diferentes. Esto se traducía en una suerte de “efecto red” que llevaba a que el adquiriente de derechos estuviera cada vez más estimulado para seguir adquiriendo aquellos derechos de los que aún no disfrutaba, a medida que fuera mayor el número de clubes que le habían cedido sus derechos y mayor fuera también el atractivo de los derechos de los que ya disfrutaba por el hecho de corresponder a clubes más importantes.

2.º ***Exclusiones del mercado de compra de los derechos.*** El Consejo de la CNC consideraba que este modelo híbrido perjudicaba el acceso al mercado por parte de los agentes interesados en favor del incumbente de derechos, es decir, del adquiriente que contara con la cartera mayoritaria de derechos en el momento de plantearse la puja por los derechos de un club en particular. Ese incumbente contaría con un incentivo mayor cada vez para pagar un precio más alto por la adquisición de los derechos que fueran saliendo al mercado que el que pudiera tener un tercero, pues el número total de partidos cuya explotación perdería, de no adquirir tales derechos, resultaría mayor que el número de partidos cuya explotación ganaría el tercero, de llegar efectivamente a adquirirlos él.

A su vez, esos terceros adquirientes se irían gradualmente desincentivando para pujar por los derechos, toda vez que, a medida que fueran quedando menos equipos con los suyos sin ceder, el número de partidos que esos derechos permitirán emitir sería cada vez menor. Por esta razón, esos terceros no comprarían derechos a no ser que tuvieran

la expectativa de ponerse de acuerdo con el adquirente mayoritario de derechos, porque era bajo la titularidad de éste donde podían ser más valiosos y ya que, de lo contrario, existía un elevado riesgo de no poder rentabilizar la adquisición.

Las reducidas posibilidades de explotación independiente, aguas abajo, de derechos provenientes de un número limitado de equipos motivaban también que existiese, del lado de los vendedores, el impulso a vender sus derechos al operador que contaba con un número mayoritario de clubes en cartera, a consecuencia de aquel desinterés de los terceros adquirentes y porque el precio que estaría dispuesto a pagar el incumbente de derechos audiovisuales resultaría mucho mayor, pues, sólo en sus manos, los derechos del club que se tratara adquirirían su mayor valor tras combinarse con los derechos correspondientes al resto de clubes.

- 3.º ***Posiciones de incumbencia relativa a consecuencia del escalonamiento temporal en la comercialización de los derechos y la prolongación de los contratos existentes.*** En virtud de un cierto escalonamiento temporal, los derechos iban saliendo al mercado a medida que se iban extinguiendo los contratos en vigor y esta circunstancia determinaba que, respecto del club cuyos derechos quedaban vacantes, siempre hubiera una plataforma mayoritaria de adquisición en una posición de especial ventaja con vistas a su compra.

El potencial de cierre del mercado que poseía el acuerdo entre clubes por el que se necesitaba el consentimiento de ambos participantes para retransmitir un encuentro se agravaba en presencia de otros elementos de la práctica contractual, como la existencia de plazos prolongados de vigencia de los contratos, hasta los 5 años en algunos casos, la existencia de derechos de opción y tanteo para la renovación de los contratos a favor del adquirente o la posibilidad de compra de los derechos para su explotación a futuro, lo que determinaba la inexistencia de competencia en el momento de la expiración del término del contrato en vigor, pues los derechos no llegaban a quedar disponibles y expuestos a las fuerzas del mercado.

En la medida en que un sistema tal podía llegar a entrañar una limitación del juego de competencia, el mismo fue objeto de fiscalización en diversos expedientes (*AVS I* y *AVS II*) por parte de las autoridades de la competencia (v. lo que se dijo al tratar del mercado de la TV en abierto). Además, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, que desarrolló las condiciones impuestas por el TDC para autorizar la integración de *Vía Digital* en *Sogecable*, aparte de otras limitaciones, impuso una restricción temporal de tres años, sin posibilidad de ejercer, más allá de este período, derechos de tanteo o retracto o mecanismos de prórroga, para la vigencia de los contratos de explotación de derechos de retransmisión que *AVS* podía firmar con los clubes de fútbol, si bien no era menos cierto que la fecha de expiración de las condiciones de 29 de noviembre de 2007 estaba próxima a cumplirse en el momento de plantearse la toma de control de *AVS* por *Sogecable*.

- 4.º ***Creación de situaciones de monopsonio e incentivos para la colusión en el mercado de compra.*** La necesidad de ese doble consentimiento llevaba a una centralización de los derechos, pero no del lado de la oferta, como sucedía en otros sistemas europeos a los que hicimos referencia, sino del de la demanda. Es decir, que más que acuerdos de venta conjunta, lo que existían eran mecanismos de compra conjunta y un sistema que

producía una situación de monopsonio para intentar compensar el fuerte poder de mercado de los clubes proveedores.

Cada uno de los clubes seguía vendiendo sus derechos de forma individual, sin embargo, los compradores tendían a agruparse en torno a una única plataforma de adquisición. Esa agrupación en torno a una plataforma de adquisición conjunta era la forma de garantizar que la totalidad de los partidos de Liga o de Copa podría llegar a retransmitirse, pues, y por ejemplo, de contar una plataforma A con los derechos del club 1 y otra plataforma B con los derechos del club 2, cabría que no llegaran a ponerse de acuerdo sobre a quién corresponderían los derechos de retransmisión del partido 1/2.

Como respuesta a esta situación, los clubes con menor poder de negociación de la LNFP se agruparon para coordinarse en estas cuestiones e intentar equilibrar el poder de mercado de la demanda mediante el llamado G-30, compuesto originariamente por 8 clubes de Primera División y todos los de Segunda. De hecho, estos clubes vendieron de manera coordinada sus derechos en verano de 2003, habiendo actuado como intermediaria la propia LNFP, así como en la negociación de 2006. En resumen, que la existencia de esa plataforma de compra conjunta resultaba determinante de la aparición de también acuerdos de venta conjunta del lado de la oferta, salvo en el caso de clubes con el suficiente poder de mercado como para no recurrir a estas fórmulas. Sin embargo, esa venta conjunta no alcanzaba a los clubes más importantes y, además, la adhesión era voluntaria, a diferencia de lo sucedido en otros países europeos como Francia, Reino Unido o Alemania.

A la vista de todos estos efectos, en su Informe sobre la Competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España, llegó el Consejo de la CNC a la conclusión de que *“El sistema de venta y adquisición de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol en España, considerando globalmente todos sus elementos -tanto las relaciones establecidas entre los oferentes como las condiciones comerciales pactadas entre éstos y los adquirentes de manera bilateral-, resulta susceptible de infringir las prohibiciones de los Arts. 81.1 TCE y 1.1 LDC, a salvo de la valoración que se haga en relación a si pudiese presentar las ventajas reconocidas en los Arts. 81.3 TCE y 1.3 LDC. De aquí que en los últimos años las Autoridades de Competencia hayan influido sobre las condiciones de competencia en estos mercados, bien en sede de concentraciones o de acuerdos restrictivos”*. Así pues, el sistema podía llevar al cierre del mercado de compra de derechos audiovisuales y al debilitamiento de la posición de los ofertantes frente al incremento del poder del lado de la demanda, es decir, a una importante distorsión de la competencia en el mercado de la adquisición de derechos.

De cualquier manera, *“tras comparar los distintos modelos de venta de derechos existentes, en opinión del Consejo de la CNC, ninguno de los modelos por sí mismo resuelve totalmente los problemas de competencia, ni en el nivel de la adquisición, ni en el nivel de la explotación audiovisual, en particular al no poder evitar los riesgos derivados la creación de posiciones dominantes, coordinación entre operadores e integración vertical”*. Un funcionamiento competitivo de los mercados de la adquisición y explotación de los contenidos futbolísticos debía contribuir a eliminar los riesgos de cierre del mercado y de consolidación ineficiente de posiciones de dominio, y tendría que reportar importantísimas ventajas como, p.e.: **(i)** limitar el ejercicio de poder de mercado en el nivel de la adquisición ya por parte de los clubes de fútbol oferentes, ya por parte de los operadores audiovisuales o intermediarios adquirentes; **(ii)** permitir una adecuada explotación aguas abajo de esos

derechos, que favoreciera la competencia efectiva entre operadores en el crucial sector de los servicios y productos audiovisuales en precio, calidad variedad e innovación; **(iii)** procurar, como consecuencia de todo ello, el beneficio del consumidor final, fundamentalmente a través de una oferta competitiva en precio de una serie de servicios que resultasen ya ampliamente generalizados. Siendo así que, de mantenerse el sistema de venta individual con necesidad de consentimiento de ambos clubes participantes para la retransmisión del partido, procedía garantizar el acceso a los derechos y contenidos audiovisuales en adecuadas condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación.

Con arreglo a la libertad de empresa y al sistema de exención legal instaurado por el Reglamento CE 1/2003 y por el Art. 1 LDC, correspondía a los propios operadores adoptar la iniciativa de organizar la venta de los derechos audiovisuales de su titularidad, pero ello bajo una superior vigilancia de la autoridad de competencia enfocada a determinar si tal modo de venta suponía un perjuicio a la competencia efectiva, debiendo sopesarse en este último caso su carácter restrictivo junto con sus posibles eficiencias. El camino para operar lo anterior podría ser el de la autorregulación, que presentaba un carácter mucho más dinámico que el de la regulación por Ley, la cual podía llevar hacia una excesiva petrificación o congelación del sistema.

No obstante lo anterior, el CCNC dejaba apuntadas una serie de orientaciones referidas al nivel de la adquisición de derechos, que podrían facilitar la autoevaluación por los propios operadores afectados del cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia en relación a la adquisición y ejercicio de los derechos y a su posterior comportamiento en el mercado: **(i)** limitación temporal a 3 ó 4 años de los contratos de adquisición de derechos audiovisuales y también de los contratos de reventa concertados por la entidad intermediaria; **(ii)** ausencia de mecanismos de privilegio en la renovación del contrato como derechos de tanteo o retracto, tanto en el nivel de venta como en el de reventa de derechos; y **(iii)** prohibición de concluir contratos de adquisición de derechos antes de un período razonable previo al término de la vigencia del contrato en vigor entre club y operador. Una vez introducidas las anteriores correcciones, los operadores afectados podrían pasar a evaluar la aplicabilidad de los Arts. 81.3 TCE y 1.3 LDC al acuerdo de los clubes que suponía que fuera necesario el consentimiento del club visitante para que el club local pudiera autorizar la retransmisión televisiva del encuentro de competición oficial.

(4) Otros datos del mercado antes de la concentración

Tras el examen en los epígrafes precedentes del modelo español de venta de los derechos deportivos en el mercado primario de la adquisición de los mismos de los titulares originarios, modelo mixto o híbrido, y de su puesta en relación con los modelos alternativos, derecho de arena puro y venta conjunta, procede hacer otras referencias al contexto de este mercado en el momento de plantearse el caso *AVS III/concentración*.

El “modelo de adquisición” de los derechos audiovisuales, como hemos visto, aludía al conjunto de relaciones y condiciones mediante las cuales los titulares de los derechos los vendían a sus adquirientes. El modelo de adquisición de los derechos influía en varios niveles de la cadena de valor, que terminaba en la retransmisión audiovisual de un partido de fútbol. Esta cadena comenzaba con el suministro del input básico, el derecho a la retransmisión de los partidos de determinado equipo, por parte del titular del mismo mediante un contrato de venta, licencia o cesión. El adquiriente de este derecho podía, en función de la totalidad de derechos que detentase, crear distintos contenidos audiovisuales, partidos, resúmenes, etc., y

ponerlos a disposición de los operadores audiovisuales para su consumo final a través de las distintas plataformas posibles, configurando así un “modelo de explotación” de los derechos. En pocas palabras, que el “modelo de adquisición” existente aguas arriba determinaba el “modelo de explotación” imperante aguas abajo.

En un sentido amplio, eran elementos del modelo de adquisición de derechos:

1. **El sistema individual o conjunto de venta o estructura de la oferta.** Eran los distintos clubes de fútbol los que vendían individualmente los derechos para la retransmisión audiovisual de los partidos de Liga y Copa del Rey de los que eran titulares. Adelantamos ya, y sobre ello habrá que volver, que en los contratos de cesión los clubes se atribuían la titularidad de derechos sobre todos los encuentros en los que participasen.

Dos eran los niveles fundamentales de repercusión económica de la venta de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de competiciones futbolísticas en España, a saber, los ingresos que suponían para los clubes de fútbol y los ingresos obtenidos por los operadores audiovisuales por la comercialización de los contenidos en cuestión a través de los distintos canales de retransmisión. En el mercado primario o de la adquisición originaria de derechos sólo el primer nivel de los ingresos obtenidos por los clubes proveedores por la venta de sus derechos se relacionaría con la estructura de la oferta que ahora nos ocupa.

Así pues, centrados en ese primer nivel, en la temporada 2005/2006, el “mercado del fútbol europeo” alcanzó los 12.600 millones de euros de facturación, considerando los ingresos generados por los clubes pertenecientes a las competiciones nacionales e internacionales y los ingresos derivados del Campeonato Mundial de fútbol de 2006 celebrado en Alemania (datos de acuerdo con el informe *Deloitte Annual Review of Football Finance* de mayo de 2007²). De ese importe, las cinco grandes ligas nacionales europeas suponían el 53 %, 6.700 millones de euros.

Como se deduce de estos datos, los principales beneficiarios de la creciente importancia económica del fútbol eran los propios participantes en las competiciones regulares, es decir, los clubes de las divisiones superiores.

Los ingresos de los clubes de fútbol podían clasificarse en tres grandes bloques: (1. °) ingresos provenientes de la asistencia a partidos, tales como cuotas, abonos, consumo derivado en las instalaciones del estadio, etc.; (2. °) ingresos comerciales por conceptos como publicidad, patrocinio, venta de productos relacionados con el club, etc.; y (3. °) ingresos por derechos audiovisuales para la retransmisión de los encuentros, fundamentalmente dentro de las competiciones oficiales en que el club participaba y marginalmente por torneos y partidos amistosos.

Por lo que respecta a los clubes integrantes de la LNFP, los ingresos por derechos audiovisuales considerados de manera agregada representaron en la temporada 2005/2006 un 35 % del total de los ingresos. Este porcentaje resultaba, en general, inferior a la participación de los derechos audiovisuales en el total de ingresos para el resto de grandes ligas europeas, de las que sólo la alemana ingresaba, en términos

² Disponible en http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/UK_ARFF_2007_Highlights.pdf.

porcentuales, menos que la española por este concepto, el 27 % del total. El resto de ligas se encontraban claramente por encima de la española en cuanto al porcentaje de participación de los ingresos por derechos audiovisuales en los ingresos totales de los clubes: la inglesa el 42 %, la francesa el 57 %, y la Serie A italiana el 62 % (así figuraba en el documento de la OFCOM británica “*Pay TV Market investigation*”, Anexo 10, página 10³).

De estos datos podían inferirse que, en gran medida, uno de los factores que habían conducido al aumento creciente de los ingresos de los clubes de fútbol había sido la creciente importancia de los ingresos derivados de los derechos audiovisuales. El incremento del montante percibido por los clubes de fútbol por tal concepto se encontraba estrechamente relacionado con el crecimiento de los mercados audiovisuales. Este crecimiento había venido principalmente vinculado a la evolución tecnológica que había multiplicado la oferta audiovisual de fútbol, potenciando su repercusión y configurándola como una verdadera industria global, de la que también formaban parte las competiciones nacionales.

En términos de ingresos por derechos audiovisuales, de acuerdo con la LNFP, se estimaba que, para el ciclo 2006/2010, el montante total de tales ingresos por temporada podía oscilar entre los 540 y los 735 millones de euros anuales. Esta cifra se encontraba, en términos absolutos, por debajo de la que percibían los participantes en algunas de las principales competiciones nacionales europeas como, por ejemplo, la *Premier League* inglesa o el *Calcio* italiano (Serie A), en línea con la Liga francesa y, finalmente, por encima de la *Bundesliga* alemana que, a partir de 2009, percibiría unos 500 millones de media al año por este concepto. En todas estas ligas los derechos que más ingresos generaban para los clubes, entre el 79 y el 90 %, de acuerdo con la información remitida por la LNFP al CCNC, eran los correspondientes a partidos en directo.

En España, no se apreciaban grandes diferencias, entre la mayoría de clubes, en relación a lo que suponía la participación que cada club percibía por sus derechos audiovisuales en relación con su total de ingresos, aunque se configuraba una tendencia a que este porcentaje fuera más grande en aquellos clubes de importancia deportiva o atractivo mediático más limitado.

Con arreglo a la información aportada por los distintos clubes, tal participación oscilaba entre el 20 y el 40 %, situándose para la mayoría de los clubes de Primera División entre el 30 y el 35 %. Sin embargo, en términos de reparto de los ingresos audiovisuales entre los clubes miembros de la competición, en España la diferencia entre clubes “grandes” y “pequeños” resultaba considerable. Por ejemplo, los dos primeros equipos que más ingresos percibían por la venta de sus derechos audiovisuales suponían un 44 % del total; si se unía el tercer equipo, tal porcentaje superaba el 50 %; y si se consideraban los cinco primeros equipos ese mismo porcentaje era del 60 %.

³ Disponible en la dirección electrónica http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/market_invest_paytv/.

2. **Estructura de la demanda.** En cuanto a la estructura de la demanda en este mercado, que podríamos llamar primario, de la adquisición de los derechos de sus titulares originarios, entre los agentes que pujaban por la adquisición de los derechos de los clubes habría que diferenciar los siguientes: **(i) Organismos de radiodifusión televisiva activos en los mercados descendentes de la TV en abierto y de pago;** se trataba, sobre todo, de las matrices de *AVS* (*Sogecable* y *TVC*), pero también de otros difusores desprovistos de esta condición (p.e., la *Televisión Autonómica Valenciana, TVV*); **(ii) Intermediarios de derechos;** estos *brokers* de derechos, p.e.: *Phedra Sports* o *Santa Mónica*, carecían de la infraestructura necesaria para la retransmisión de los partidos y sólo los adquirían para revenderlos a operadores de TV; **(iii) Audiovisual Sport;** por último, se encontraba la propia *AVS*, cuando la misma adquiría directamente los derechos de los clubes.

En el trienio anterior al momento de plantearse la operación, 2003/2006, los derechos sobre los partidos de Liga de Primera y Segunda División y de Copa habían llegado a volcarse o centralizarse en *AVS* como resultado de la negociación entre todos los anteriores agentes, a saber, los socios de *AVS*, *TVV*, *Phedra Sports* y *Santa Mónica*.

Así, *AVS*, directamente o a través de sus matrices, llegó a ostentar los derechos correspondientes a 39 de los 42 clubes, es decir, un 92,8 % del total de clubes, mientras que los derechos correspondientes a los otros tres clubes, *Valencia*, *Villareal* y *Levante*, se explotaban también a través de *AVS* en virtud de un acuerdo entre la propia *AVS* y *TVV*. Estos aspectos se relacionarían, sin embargo, más bien con el mercado, descendente con respecto al de la adquisición, de la puesta en común y reventa de los derechos audiovisuales, al que, como tal mercado separado del de la adquisición, más adelante, cuando lo estudiemos, dotaremos de carácter independiente.

3. **Otros aspectos de la transacción.** El objeto del contrato de cesión siempre consistía en la adquisición de la exclusividad sobre los derechos de retransmisión para todas las modalidades de explotación audiovisual (partidos en abierto, en diferido, resúmenes), para todos los canales audiovisuales (televisión en abierto, de pago, en pago por visión, a través de Internet, a través de telefonía móvil con tecnología UMTS), y para los ámbitos geográficos, nacional e internacional.

La unidad temporal de venta era la temporada futbolística, y la duración del contrato dependía de cada club, pudiendo llegar en el caso de algunos clubes a más de cinco temporadas. Por la venta de los derechos, los clubes recibían una contraprestación económica fija por temporada (cuya retribución podía ejecutarse en varios plazos) y, en algunas ocasiones, una contraprestación variable que podía estar ligada al rendimiento obtenido en la explotación audiovisual de los partidos en que el club en cuestión participara (por ejemplo, las audiencias en pago por visión, medidas en número de pinchazos).

iv) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado primario de la adquisición de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración

Por las razones que dejamos expuestas al tratar de la definición del mercado de producto, el TDC sólo se ocupó de la estructura del mercado primario de adquisición de derechos sobre competiciones nacionales, porque sólo esa estructura era capaz de influir sobre las condiciones de competencia en los mercados descendentes de la TV en abierto y de la TV de pago.

Con carácter previo a otras consideraciones, examinaremos de modo somero algunas de las argumentaciones vertidas por algunos de los interesados en el expediente:

- **Alegaciones de Sogecable.** Las condiciones del mercado en el momento de plantearse la concentración distaban mucho de las que existían cuando el Consejo de Ministros impuso condiciones a *Sogecable* en el marco del procedimiento de concentración *Sogecable/Via Digital*. Tales cambios se concretaban en una situación de competencia cierta provocada por la entrada de importantes nuevos competidores en el mercado primario de la adquisición. *Sogecable* se veía obligada a competir con ellos sujeta a esas limitaciones del acuerdo del Consejo de Ministros de 2002, limitaciones que, por otro lado, no regían para esos otros competidores, ya fueran operadores audiovisuales o intermediarios, que pujaban por la adquisición de contenidos, pudiendo ofrecer, por ejemplo, contratos de una duración de 5 años, lo que le estaba vetado a *Sogecable*.

La concentración propuesta no convertía a *Sogecable* en comprador único, ni reforzaba su poder de negociación y/o capacidad para forzar una reducción de precios. Lo anterior se debía a que el poder de mercado se situaba del lado de los clubes. Además, la obligación impuesta a *Sogecable*, en el procedimiento *AVS II*, de suscribir contratos de sublicencia con todos los operadores de TV que prestasen servicio de pago por visión para la retransmisión de los partidos en esa modalidad, también limitaba la capacidad de *Sogecable* de competir en precios en la puja por los derechos de fútbol, al no poder rentabilizar la inversión en la adquisición de dichos derechos mediante su explotación en exclusiva. De acuerdo con *Sogecable*, la situación existente en el mercado aseguraba la existencia de una competencia efectiva en la adquisición de los derechos de Liga y Copa, sin que fuera necesario limitar artificialmente su libertad de actuación.

Aunque, el Acuerdo de 24 de julio de 2006 incidía sobre el mercado primario de la adquisición de derechos de los clubes, en el sentido de incluir pactos por fuerza de los cuales *Sogecable/AVS* y *Mediapro* no competirían entre sí por la adquisición de derechos audiovisuales en ese mercado primario, para *Sogecable* lo anterior quedaba plenamente justificado desde un punto de vista económico y empresarial por la necesidad imperante aguas abajo de poner dichos derechos en común y de explotarlos a través de *AVS* para conseguir una explotación racional de los mismos. Debía considerarse, además, que *AVS* cada vez tendría que enfrentar más competidores actuales y potenciales para la adquisición de derechos. Por otra parte, *Sogecable* estimaba que no resultaba admisible que algunos operadores optaran voluntariamente por no participar en la puja por los derechos audiovisuales, pretendiendo luego imputar

su falta de acceso a los mismos a un supuesto cierre del mercado de reventa, para finalmente exigir una subasta de los derechos adquiridos por *AVS* en ese mismo mercado posterior de la reventa.

- **Alegaciones de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP).** La *LNFP* consideraba que la operación tenía efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado primario de adquisición de derechos. Al desaparecer *Mediapro* como competidor independiente de *Sogecable*, *AVS* se convertía en compradora única de los derechos para todas las modalidades de retransmisión y se reforzaba la posición dominante de *Sogecable* sobre el fútbol de pago y PPV. En conclusión, se estaría ante “una operación de concentración constitutiva de un acuerdo anticompetitivo”.
- **Alegaciones de ONO.** Para *ONO* el mercado de la adquisición de derechos estaba cerrado y presentaba importantes barreras de entrada derivadas del propio modelo de adquisición de derechos que dificultaban el acceso a los mismos (ver más arriba las referencias al sistema híbrido español). Existía un operador dominante, *Sogecable*, con incentivos para excluir a los nuevos entrantes con los que entraba en competencia en el mercado descendente de la TV de pago. Antes de la operación, *AVS* controlaba la mayoría de los derechos del fútbol, pero no todos. Tras el Acuerdo de 24 de julio de 2006, se habían intensificado aún más las barreras de entrada a este mercado a resultas de la coordinación de los intereses de *Mediapro* y de *Sogecable* en el mismo, y cabía esperar que la situación empeorara a medida que se fueran extinguiendo las condiciones impuestas por la autoridad de la competencia en el caso de la fusión digital de 2002. La operación notificada afectaba, en suma, de manera grave al juego de la competencia en el mercado primario de la adquisición de derechos consolidando la posición dominante de *Sogecable* y llevándola, incluso, hasta el 100 %. Lo anterior perjudicaría notablemente el volumen de los ingresos percibidos por los clubes de fútbol en este mercado primario.
- **Alegaciones de Telecinco.** *Telecinco* subrayaba cómo la adquisición originaria de los derechos de emisión en abierto de la Liga y Copa de S.M. el Rey en los años anteriores a la operación había sido protagonizada por grandes grupos de comunicación o telecomunicaciones o agencias deportivas de intermediación que solían procurar a los clubes titulares de esos derechos audiovisuales la más amplia explotación, excediendo de los estrictos límites de la difusión televisiva. Ello era fundamentalmente debido a que el club de fútbol tenía una serie de derechos e intereses más amplios que el solo derecho de emisión en abierto. La dinámica de este mercado dificultaba el acceso a los derechos en juego por parte de los operadores que sólo actuaban en televisión en abierto, los cuales se veían desplazados hacia el mercado posterior de reventa. El pacto de no competencia entre *Mediapro* y *Sogecable* reforzaba la posición negociadora de *Sogecable/AVS* frente a los clubes, e implicaba en la práctica la eliminación de un eventual competidor como era *Mediapro*. Otras circunstancias de agravación eran las asociadas al propio modelo de adquisición de derechos, exclusividad, larga duración, derechos de adquisición preferente, etc., a las que habríamos venido ya haciendo referencia.

Hecha ya una síntesis de los principales argumentos de los terceros interesados en el caso *AVS III/concentración*, cabría que pasáramos a referirnos a ciertos aspectos que condicionaban el juego de la competencia en el mercado primario de la adquisición de los derechos audiovisuales de los clubes a título originario:

1. **Obligación de emitir un partido en abierto.** Existía un condicionante adicional sobre la forma de adquisición y explotación audiovisual de los derechos en el mercado primario que tenía un efecto añadido de limitación del juego de la competencia en el mismo, a saber, la obligación de emitir en televisión en abierto un encuentro por jornada de Liga y Copa de S.M. el Rey, en los términos establecidos en la Ley 21/1997, de 3 de julio.

El CCNC consideró en su Informe posterior sobre los Derechos del fútbol que tal disposición podía suponer para los clubes una merma de los ingresos que podrían percibir por la venta de derechos o, puesto en otros términos, que los ingresos que los clubes podían llegar a obtener por la comercialización de sus derechos en el mercado primario podían llegar a ser superiores en ausencia de tal limitación legal.

De igual manera, esta obligación podía llegar a tener un efecto distorsionador en los mercados, al afectar a las condiciones de segmentación de los contenidos, discriminando positivamente a favor de los operadores en abierto en relación con el resto de operadores el acceso a los contenidos aguas abajo. Con ello se podía ver reducido el incentivo de los operadores en abierto para competir por la adquisición directa de derechos.

2. **Limitación temporal de 3 años de los contratos de adquisición.** Otra condición importante del mismo Acuerdo del Consejo de Ministros relativo a la fusión digital mencionado más arriba era la que imponía una limitación temporal a tres años de los contratos de adquisición de derechos en exclusiva entre *Sogecable/AVS* y los clubes.

Las condiciones estaban, de acuerdo con este ACM, sujetas a revisión, y su vigencia inicial, hasta la temporada 2008/2009, podría prorrogarse de entenderse que *Sogecable* seguía detentando el control y/o la gestión de la mayor parte de los derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S.M. el Rey de fútbol, en particular, para televisión de pago y pago por visión, y una posición de dominio en el mercado de televisión de pago en España.

Era práctica habitual en el mercado que los contratos que habían venido firmando los clubes en el pasado y aquellos que se habían renovado, tuvieran una duración larga, generalmente de cinco años. Esta duración podía ser excesiva si se tenía en cuenta que los derechos de cada club se vendían en exclusiva y que eventualmente, en combinación con los derechos de otros clubes y en el contexto de las competiciones deportivas, posibilitaban la explotación de imágenes de partidos de fútbol que constitúan contenidos esenciales para el desarrollo de los mercados aguas abajo tanto de televisión, como de explotación de imágenes a través de otros soportes.

Así, el alcance y duración de los derechos exclusivos podían ser desproporcionados con los intereses legítimos de recuperar los altos costes de la inversión y optimizar la audiencia y los ingresos. La autoridad española de la competencia se refirió a la práctica reciente de la Comisión Europea (por ejemplo, Asuntos COMP/C.2-37.398 y COMP/38.173) que apuntaba a que tres años se podía considerar una duración

adecuada para los contratos de cesión de este tipo de derechos cuando se negociaran en exclusiva. Esta duración máxima era también, como acaba de destacarse, la que se le impuso a *Sogecable* en el ACM de 2002, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto. El resultado había sido que, por el momento, se había producido la entrada de un nuevo competidor en el mercado, *Mediapro*, y en ese sentido, la condición impuesta por el ACM había permitido dinamizarlo.

3. **Limitación de la adquisición por Sogecable de derechos audiovisuales para plataformas de telefonía móvil e internet.** La Condición Cuarta del Acuerdo del Consejo de Ministros referido a la fusión digital de 2002 impedía a *Sogecable* ejercer o adquirir directa o indirectamente, en régimen de exclusiva, derechos para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de S.M. el Rey mediante telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos. Lo anterior condicionaba también la intervención de *Sogecable* en el mercado primario de la adquisición de derechos de los clubes.

En los mercados de adquisición de derechos, el SDC apuntó, y confirmó el TDC, que el acceso estaba condicionado por la posición de los operadores establecidos, la cual dependía, a su vez, de factores como el número y calidad de los derechos que poseían, de cuántos y cuáles fueran los clubes de fútbol que controlara el operador en cuestión, de la larga duración de los contratos tanto de adquisición de derechos de los clubes, como de explotación en las diversas plataformas, etc. Esa posición de los operadores ya asentados, sin embargo, como acaba de decirse, no había impedido la entrada de *Mediapro* en el mercado primario de la adquisición, aprovechando las limitaciones impuestas a *Sogecable* por el ACM de 2002 para competir por los derechos futbolísticos.

Así, el escenario de adquisición de derechos audiovisuales que había venido existiendo antes de la operación notificada vino a romperse a consecuencia de la irrupción de *Mediapro*, que, situada fuera de la esfera de *AVS*, comenzó a pujar por la adquisición de los derechos correspondientes a diversos Clubes, hasta el punto de hacerse con los derechos de varios de ellos, en concreto tres para la temporada 2006/2007. Lo anterior llegó a hacer necesario el acuerdo de 24 de julio de 2006 (*AVS III*) con vistas a permitir una explotación pacífica de los derechos, siendo este acuerdo, en su vertiente de concentración, no así en la de colusión o concertación, el objeto del pronunciamiento del TDC.

El acuerdo de 24 de julio de 2006 contenía un pacto de no competencia para la adquisición de derechos audiovisuales que, sin embargo, *Mediapro* no respetó, pues se hizo, después de la firma del mismo, con los derechos de varios clubes de gran importancia cualitativa (*Valencia, Villareal, Levante, Sevilla y Real Madrid*). En ausencia del acuerdo de julio de 2006, *AVS* iría perdiendo progresivamente los derechos correspondientes a los clubes más importantes de Primera División (*Real Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla, Athletic de Bilbao, Zaragoza, Atlético de Madrid, Getafe, Deportivo de la Coruña, Celta de Vigo*, etc.), de modo que, a partir de 2009, resultaba previsible que *Mediapro* se hallara en condiciones de ejercer una explotación independiente de los derechos adquiridos de todos esos clubes.

O, citando literalmente a la autoridad de la competencia:

“A tenor del Acuerdo de 24 de julio de 2006, se produciría la centralización de todos los derechos de retransmisión para Liga y Copa {Exceptuando la final de Copa (que emitirá Telecinco, tras haberla comprado a la RFEF, para las temporadas 2006/2007 y

2007/2008)} en AVS al menos hasta la temporada [...], y en el caso de ciertos equipos más allá de dicho período, llegando en algún caso ([...]) hasta [...]. En ausencia del Acuerdo de 24 de julio de 2006, AVS perdería, con carácter inminente, los derechos de retransmisión de 7 de los 20 clubes actualmente en Primera División. A partir de la temporada [...], perdería, como mínimo, a 10 clubes, todos ellos en manos de Mediapro, entre los cuales se encontrarían Barcelona y Real Madrid –derechos cuyo valor económico resulta muy superior a los del resto de clubes- y también clubes con una gran potencia de atracción deportiva y demográfica como Valencia, Sevilla, Athletic de Bilbao y Zaragoza. Adicionalmente, a partir de la temporada 2009/2010 AVS habría perdido la titularidad de los derechos de dos clubes más, Getafe y Atlético de Madrid - tercero de España en nivel de atracción (de acuerdo con el número de contrataciones en pago por visión)-, a tenor de la compra de dichos derechos, de acuerdo con noticias aparecidas en prensa, por una sociedad de explotación conjunta que cuenta como socios a Telemadrid y Cajamadrid para el período 2009/2010 a 2013/2014. De la misma manera, informaciones aparecidas en prensa mencionan un posible acuerdo entre Televisión de Galicia y el Deportivo de la Coruña y Celta de Vigo por los derechos audiovisuales de estos clubes a partir de la temporada 2009/2010. Por su parte, Mediapro, con su elevado número de clubes y la gran importancia de los mismos, se encontraría, en particular a partir de 2009, en disposición de ejercer una explotación independiente de los derechos de dichos clubes”.

El TDC observó que las condiciones impuestas por el ACM de 2002, que habían permitido el cambio en la dinámica competitiva, generaban una asimetría entre el operador que tenía una posición de dominio y los potenciales entrantes. Si bien la condición impuesta podía haber tenido justificación en su momento, de mantenerse en iguales términos tras haberse modificado las condiciones de mercado, podría no sólo alterar el equilibrio de fuerzas en el mismo, sino llegar incluso, como indicaba la propia *Sogecable*, a expulsarla de él.

De llegar a concretarse, esta situación de pérdida de un competidor desde un punto de vista de defensa de la competencia no resultaba deseable. Así pues, de haber alguna limitación en los contratos de compraventa de derechos aguas arriba, ésta debía imponerse a todos los operadores actuales y potenciales. Pero esta circunstancia no podía acometerse en el marco del expediente de concentración *AVS III*, por la propia naturaleza de éste. En resumidas cuentas, pues, que la autoridad de la competencia, aun reconociendo que la actuación de *Mediapro* había minado la posición de *AVS*, entendía que la solución debía pasar no por liberar a *Sogecable* de las condiciones impuestas por el ACM de 2002, sino por generalizar esas mismas condiciones para todos los operadores, pero sin que esta última medida pudiera ser adoptada en el seno del expediente relacionado con la operación *AVS III/concentración*.

A la luz de lo anterior, el TDC concluyó que “el Acuerdo de 24 de julio de 2006 devuelve a *AVS* a la posición de la cual disfrutaba en la temporada 2005/2006 y que no tenía garantizada una vez finalizada ésta, en cuanto que se vuelven a poner en común en *AVS* la totalidad de los derechos actuales y a medio plazo para la Liga y la Copa de S.M. el Rey, y por tanto el control del input necesario para la retransmisión de los partidos de estas competiciones mediante las distintas modalidades posibles”. El mismo TDC aprobó la operación con sujeción a determinadas condiciones. Lo cierto es que las condiciones iban referidas, más que al mercado primario de la adquisición, al posterior de la reventa por parte de *AVS* que debía garantizar el acceso de terceros operadores, ello en la medida en que la misma *AVS* dispusiera en exclusiva de los derechos audiovisuales de todos los equipos de fútbol de la Primera División para la emisión en directo de los partidos de fútbol de las competiciones de Liga española y Copa del S.M. el Rey, (excepto la final).

v) Análisis pre-concentración de la estructura y funcionamiento del mercado secundario de puesta en común y reventa de derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración

(1) Nivel intermedio de puesta en común

En España, en la explotación comercial de las competiciones de Liga y Copa de S.M. el Rey, la fase de la cadena de comercialización inmediatamente posterior a la adquisición de los derechos de los clubes consistía en la puesta en común en el seno del *pool* de derechos (*AVS*) y en la posterior reventa de dichos derechos audiovisuales de retransmisión de partidos de fútbol a operadores de televisión para esa retransmisión de los partidos completos o, en su caso, de resúmenes *Premium* de los mismos transcurrido poco tiempo después de su celebración. Realmente, y por tanto, en este mercado quedaban comprendidos dos niveles de la cadena de valor, a saber, el nivel intermedio de la puesta en común de los derechos en el seno de *AVS* y el nivel posterior de la venta de partidos a los difusores televisivos, en abierto o de pago.

En cuanto al nivel intermedio, el sistema híbrido o mixto español al que nos referimos llevaba de suyo un estímulo de los titulares de derechos para la puesta en común aguas abajo de todos los derechos de que disponían con vistas a posibilitar la explotación del mayor número de partidos o de todos. Se planteaba así la necesidad de centralización en un estadio inferior de la cadena de valor. Así, tendían a volcarse los derechos en un *pool* de donde saldría el número de partidos que podría revender o, tratándose de difusores que hubieran comprado en el mercado primario a los clubes, directamente emitir cada uno de los aportantes. La situación de fuerza de la que partía el adquiriente mayoritario, el que más y mejores derechos había adquirido de los clubes, le permitía imponer sus condiciones, incluidas las de precio de reventa aguas abajo, al resto de participantes en esa plataforma común, y esto contando con que estos otros adquirientes no hubieran ya accedido a vender sin más a ese adquiriente mayoritario los derechos por ellos adquiridos. Es decir que, en ese nivel intermedio, el titular de los derechos, después de haberlos adquirido del club, podía aportarlos al *pool* (*AVS*) contra la asignación de determinados partidos por ese *pool* o bien venderlos al adquiriente mayoritario (*Sogecable* o *Mediapro* o la misma *AVS*).

Frente a otros sistemas posibles, en España lo que llegó a darse fue la creación en diciembre de 1996 de un fondo o *pool* de derechos encarnado en *AVS* en la que volcaron sus derechos las tres empresas que habían adquirido todos los derechos audiovisuales y televisivos de los clubes de fútbol de Primera y Segunda División de la LNFP en cualquier modalidad para las temporadas 1996/1997 a 2002/2003. Eran estas empresas *Gestora de Medios Audiovisuales Fútbol* (*GMAF* de *Antena 3*), *Gestora de Derechos Audiovisuales y Deportivos* (*Gestsport* de *Sogecable*) y *TVC*.

A partir de aquí, quienes fueran en cada momento los socios o matrices de *AVS* y el resto de adquirientes de derechos a título originario se dedicaron, sucesivamente, a ir volcando sus derechos en la misma *AVS* de cara a la explotación aguas abajo de los distintos productos audiovisuales, partidos en directo o resúmenes, a través de distintos canales: televisión en su modalidad de abierto, pago o pago por visión, Internet, telefonía móvil, o soportes informáticos como DVD. A ello debía añadirse la posibilidad de que *AVS* hubiera adquirido

directamente los derechos de los clubes en el mercado primario, es decir, de que *AVS* fuera ya por sí misma titular de los derechos sin necesidad de aportaciones realizadas por terceros.

Así, y reiterando datos ya reflejados más arriba a propósito del mercado primario de la adquisición, en el trienio inmediatamente anterior al momento de concretarse la operación (2003/2006), los derechos sobre los partidos de Liga de Primera y Segunda División y de Copa habían sido aportados o centralizados en *AVS* a resultas de la negociación entre los titulares, que los habían adquiridos de los clubes en el mercado primario, a saber, los socios de *AVS* (*Sogecable* y *TVC*), *TVV*, *Phedra Sports* y *Santa Mónica* (estas dos últimas agencias eran simples intermediarios o *brokers* de derechos). Así, *AVS*, directamente o a través de sus matrices, llegó a detentar los derechos correspondientes a 39 de los 42 clubes, mientras que los derechos correspondientes a los otros tres clubes (*Valencia*, *Villareal* y *Levante*) se explotaban también a través de *AVS* en virtud de un acuerdo entre la propia *AVS* y *TVV*.

La situación que condujo al Acuerdo de 24 de julio de 2006, con la concentración propuesta, fue la de un escenario de renovación de derechos en el que irrumpió a mediados de 2006 un agente como *Mediapro*, dando lugar a que un operador en principio ajeno a la esfera de *AVS* se hiciese con los derechos de una serie de clubes, tres de ellos ya para la temporada 2006/2007, motivando que *AVS* dejara de tener garantizada la explotación íntegra de los derechos deportivos. Lo anterior, como fácilmente se comprende, había de tener también su incidencia en el mercado posterior de la reventa en el que la posición de *AVS* no le garantizaba ya la titularidad del ciento por ciento de los derechos como no fuera a través de acuerdos con *Mediapro*.

(2) Nivel de reventa

Tras la centralización de los derechos en la plataforma común *AVS* iba la asignación de contenidos que emitir a los difusores televisivos, en abierto o de pago. El producto explotable audiovisualmente no era por lo general el encuentro de fútbol individualmente considerado, sino que tendía a ser un conjunto o paquete de contenidos (encuentros en directo, en diferido, resúmenes) que el intermediario había conformado, para un período temporal que debía ser, como mínimo, de una temporada. Asimismo, se contemplaba la integridad del campeonato como el “producto” a explotar, favoreciendo así una explotación íntegra de la competición por parte de, al menos, un operador. Del mismo modo, se procedía a una compartimentación por la que se creaban distintos contenidos explotables a través de los distintos canales o ventanas (televisión en abierto, pago, pago por visión, telefonía móvil, internet, etc.).

Al tener lugar la agregación de derechos y conformación de los contenidos susceptibles de explotación audiovisual en el nivel aguas abajo y no en el propio nivel de la adquisición, existía la posibilidad de que la entidad que controlaba dicho proceso de puesta en común ostentase también el control total sobre el conjunto de derechos objeto de la puesta en común, para agregarlos, conformar los contenidos y venderlos como considerase.

En este mercado de la reventa, lo más destacable era que una de las partes de la operación de concentración, *Sogecable*, estaba activa como oferente, gracias a su participación en *AVS*. Además, *Sogecable* estaba presente como demandante en este mercado de la reventa, pues operaba en España en los mercados verticalmente relacionados de la televisión de pago y de la televisión en abierto a través de una plataforma de televisión digital por satélite, *Digital+*, y de un canal de televisión en abierto con tecnología analógica y digital terrestre, *Cuatro*.

A la hora de examinar la situación existente en este mercado de la reventa podían establecerse distinciones en función de cual fuera la **modalidad televisiva de explotación de los derechos**, y así:

1. **Televisión en abierto.** *Telemadrid* subrayó que, en el pasado, antes del acuerdo de 24 de julio de 2006, *AVS* había permitido a los operadores en abierto que pujaran por la totalidad de los partidos. Así se evitaba el efecto cierre del mercado porque operadores como las televisiones regionales, agrupadas en la *FORTA*, tenían la oportunidad de acceder a los derechos en competencia con otros.

El modelo de explotación ligado a los acuerdos entre *AVS* y la *FORTA* se vinculaba al artículo 5.1 de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, conforme al cual se consideraba de interés general un encuentro por cada jornada de Liga de Primera División, que debía ser retransmitido en directo, en abierto, y para todo el territorio del Estado, siempre que hubiera algún operador o programador interesado en hacerlo. También se imponía la obligación de que las finales de Copa, Liga de Campeones y Copa de la *UEFA* se retransmitieran en abierto. Así, en temporadas anteriores, la *FORTA* y *La 2*, esta última en zonas sin televisión autonómica, habían venido emitiendo un partido por jornada.

2. **Televisión de pago (ventana de pago).** En televisión de pago, ya desde temporadas anteriores a la 2006/2007 en que se planteó la concentración, *AVS* tenía cedido, en exclusiva, los derechos sobre un partido por jornada a *Sogecable*, que lo emitía a través de *Canal +*.
3. **Televisión de pago (ventana de pago por visión).** En servicios de pago por visión, igualmente desde temporadas anteriores a la 2006/2007 en que se planteó la concentración, *AVS* había venido produciendo la señal de ocho partidos por jornada, señal que cedía a los operadores de televisión de pago: *Sogecable (Digital +)*, *Telefónica (Imagenio)* y operadores de cable (*ONO* y diversos operadores agrupados en *AOC*). Es decir, que todos estos operadores emitían 8 partidos por jornada en la ventana de pago por visión.

Los cableoperadores más importantes [*Cableuropa, S.A.U.* y *Tenaria, S.A. (ONO)*] subrayaban que la presencia de *AVS*, como operador dominante en el mercado de reventa de derechos, y su integración vertical con *Sogecable*, operador dominante en el mercado aguas abajo de televisión de pago, había venido siendo la principal barrera de entrada para cualquier demandante de derechos para su explotación en televisión de pago.

Sogecable, por su parte - ya lo vimos - llamaba la atención sobre la condición del Acuerdo del Consejo de Ministros en el asunto *AVS II* que le obligaba a mantener el modelo de explotación existente y sobre los contratos celebrados por ella misma en 2000 a instancias de la Comisión Europea con los operadores de cable para la retransmisión de los partidos que *AVS* producía en pago por visión. Esto llevaba a que el único partido con el que *Sogecable* podía diferenciar su oferta de la de los operadores de cable y de ADSL fuera el partido por jornada que emitía en la ventana de pago de la TV de pago.

En efecto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 impuso a *Sogecable/AVS*, en su condición quinta, la obligación de mantener un sistema de explotación de los derechos de fútbol equivalente al existente antes de la concentración, mientras adquiriera derechos audiovisuales de clubes de fútbol de Liga o Copa en exclusiva. En concreto, dicha condición quinta establecía que: *“En el supuesto de que Sogecable controle o adquiriera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la Copa de S. M el Rey y los correspondientes resúmenes, deberá garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se deberá garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración”*.

Debido a ello, *AVS* había venido poniendo a disposición de los operadores de cable la señal de los partidos que emitía en pago por visión. Esta puesta a disposición no había estado, sin embargo, exenta de controversia desde el mencionado ACM de 2002. En particular, a propósito del sistema retributivo fijado como compensación a *Sogecable*, se habían registrado diversos conflictos en relación a los mínimos garantizados previstos en los contratos entre los operadores de cable y aquélla.

Este sistema se estableció en el seno del expediente *AVS II* de la Comisión Europea, como requisito impuesto por la autoridad comunitaria para levantar los cargos formulados por las autoridades comunitarias frente a *Sogecable* y *Telefónica* en el seno de dicho expediente. Dicho mínimo venía adaptado cada temporada en función de las ventas de cada operadora en formato pago por visión.

Los operadores de cable iniciaron varios procedimientos arbitrales ante la CMT sobre la base de que los mínimos garantizados, de acuerdo con las alegaciones de *ONO* y *AOC*, habrían superado en ocasiones hasta seis veces la cifra de consumos reales o “pinchazos” por parte de los clientes de esos operadores. La CMT declaró expresamente, en su laudo arbitral, el carácter no equitativo de tales mínimos garantizados, obligando a *Sogecable* a adaptar la cifra de mínimos en función de las ventas reales.

Posteriormente, *Sogecable*, alegando falta de sumisión voluntaria al procedimiento arbitral, planteó las correspondientes demandas de anulación al amparo de lo dispuesto en la Ley 60/2003, de arbitraje, las cuales fueron estimadas por la Audiencia Provincial de Madrid, declarando la nulidad de todos los laudos arbitrales dictados por la CMT, por inexistencia de convenio arbitral entre *Sogecable* y las operadoras demandantes.

En cualquier caso, era de destacar que las obligaciones impuestas a *Sogecable* mediante el ACM de 2002 cesaban el 29 de noviembre de 2007. Más allá de dicha fecha, en principio *Sogecable* no estaría obligada a ceder al resto de operadores los derechos de retransmisión de fútbol para el pago por visión, quedando sujeta únicamente a sus propias obligaciones contractuales con esos operadores, que tenían también señalada una fecha de vencimiento.

Los servicios del TDC incluyeron en su resolución el cuadro que sigue:



TRIBUNAL
DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA

CUOTAS DE LOS OPERADORES DE TELEVISIÓN EN LA RETRANSMISIÓN DE PARTIDOS DE FÚTBOL DE LIGA, COPA, CHAMPIONS Y UEFA EN LA TEMPORADA 2005/2006*													
	PARTIDOS TELEVISADOS	RETRANSMISIONES	SOGECALE ¹	TVA	TVE	ONO/ AUNA	ADG ²	IMAGENIO	LOCALIA	LA SEXTA	ANTENA 3	CUATRO	TELE5
LIGA 1ª	380	1.596	342	38		304	304	304					
LIGA 2ª	88	88	42	4					42				
COPA	38	150	28	7		28	28	28				2	1
LIGA Y COPA	506	1.834	412	49	0	332	332	332	42	0	0	2	1
LIGA Y COPA (% s/ partidos televisados)	100%		81%	10%	0%	66%	66%	66%	8%	0%	0%	0%	0%
LIGA Y COPA (% s/ retransmisiones de partidos)		100%	22%	3%	0%	18%	18%	18%	2%	0%	0%	0%	0%
CHAMPIONS	43	43	21	2	20								
UEFA	9	9		8	1								
CHAMPIONS+UEFA	52	52	21	10	21	0	0	0	0	0	0	0	0
CHAMPIONS+UEFA (% SOBRE PARTIDOS)	100%	100%	40%	19%	40%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
TOTAL PARTIDOS	558	1.886	433	59	21	332	332	332	332	42	0	0	2
TOTAL RETRANSMISIONES	1.886												
TOTAL (% s/partidos)	100%		77,60%	10,60%	3,80%	59,50%	59,50%	59,50%	59,50%	7,50%	0,00%	0,00%	0,40%
TOTAL (% s/retransmisiones)		100%	23,00%	3,10%	1,10%	17,60%	17,60%	17,60%	17,60%	2,20%	0,00%	0,00%	0,10%

Fuente: Informe del Servicio de Defensa de la Competencia

* Se incluye, a efectos comparativos, el número de partidos disputados en las competiciones de Liga de Campeones y Copa de la UEFA

¹ De los partidos emitidos por SOGECALE de Liga 1ª, 304 se corresponden a PPV y 38 a televisión de pago a través de Canal +.

² Incluye TELECALE DE ASTURIAS, R CABLE Y TELECOMUNICACIONES DE GALICIA y EUSKALTEL

Del examen del mismo podía inferirse la concreta **estructura del mercado español de la reventa de derechos deportivos sobre competiciones nacionales** (Liga y Copa):

- En la temporada 2005/2006, *Sogecable* ofreció el 81 % de los partidos televisados entre Liga y Copa. En segundo lugar por número de partidos se situaron los operadores de televisión de pago, *Telefónica* y cableoperadores, con un 66 % de los partidos, todos ellos en pago por visión, pues no disponían de los derechos sobre los partidos de Liga de Primera para la ventana de pago, ni tampoco de los partidos de Segunda para ninguna ventana. En tercer lugar, se situaban las televisiones autonómicas, con un porcentaje del 10 % sobre partidos televisados. En cuarto lugar, aparecía *Localia*, con un porcentaje del 8 % correspondiente, en su totalidad, a partidos de Segunda División. *La Sexta* no televisaba ningún partido de Liga ni de Copa (0 %).
- Por lo que respecta exclusivamente a la Copa del Rey, las televisiones autonómicas emitieron 7 partidos en abierto, *Cuatro* emitió 2 en abierto [esta posibilidad se la brindaba el Acuerdo del Consejo de ministros de 29 de noviembre de 2005, bajo determinados requisitos (*vid. supra*)] y *Telecinco* emitió uno, la final (*Telecinco* había adquirido a la Federación Española de Fútbol, a través de *Santa Mónica Sports*, los derechos sobre la final entre las temporadas 2005/2006 a 2007/2008). El resto (28) fue emitido en PPV por todos los operadores que prestaban estos servicios (*Telefónica* y cableoperadores). Esto suponía un total de 38 partidos, un 10 % del total de partidos de liga de Primera División. Ello se explicaba por el menor número de partidos que se disputaban en esta competición y por el menor interés, en términos generales, de estos

partidos, salvo las rondas finales. Con ello, se apreciaba que la Copa tenía una incidencia mucho menor, en términos cuantitativos, que el campeonato de Liga.

- En definitiva, *Sogecable*, merced a la combinación de fútbol en pago y en pago por visión, se configuraba como el operador que más fútbol emitía.

vi) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado secundario de la puesta en común y reventa de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso AVS III/concentración

(1) Derechos para emisiones en abierto

Para la autoridad de la competencia, el modelo de comercialización o reventa de derechos se había erigido en una fuente de restricciones al juego de la competencia como consecuencia de la ausencia de un marco normativo general y del agotamiento de las condiciones impuestas a raíz de las diversas operaciones de concentración, p.e., la obligación de *Sogecable* de ceder los contenidos a otros operadores que actuasen en pago por visión para la retransmisión de partidos. La obsolescencia de tales medidas respondía ya al transcurso de los plazos dispuestos por la autoridad de la competencia para su efectividad ya al hecho de haber surgido nuevos operadores, como *Mediapro*, no sujetos a dichas condiciones impuestas por las autoridades de la competencia para la aprobación de esas operaciones. Lo anterior llevaba a que pudieran reproducirse situaciones como las que, a través de dichas resoluciones, habían intentado evitarse.

Como consecuencia de la operación, *Sogecable* llegaría a tomar el control exclusivo de *AVS* y de los derechos deportivos controlados por ella y, en última instancia, a adquirir en exclusiva del negocio de explotación de la Liga y Copa de S.M. el Rey en televisión de pago y ppv durante los años venideros. Así, el análisis de la concentración debía centrarse en los efectos que, en su caso, pudieran derivarse del control exclusivo por *Sogecable*, a través de *AVS*, de los siguientes derechos: **(i)** los de retransmisión televisiva de los partidos en directo de Liga y Copa de S.M. el Rey en la modalidad de pago y pago por visión en España; **(ii)** los de retransmisión televisiva de los partidos de Copa en abierto (los de retransmisión televisiva en abierto de los partidos de Liga iban a quedar fuera de la órbita de *Sogecable* al ostentarlos *Mediapro*); y **(iii)** los de explotación de los derechos audiovisuales de los partidos de Liga y Copa por Internet y UMTS en España.

Aún cuando el mercado secundario, englobara, la reventa de derechos deportivos para todas las plataformas, a saber, TV en abierto y TV de pago y plataformas de IT y UMTS, a los solos efectos de sistematizar la evaluación post-concentración, cabría que distinguieramos entre ellas. Por otra parte, refiriéndonos a las ***alegaciones de los terceros más centradas en los derechos para emisión en abierto***, podría observarse lo siguiente:

- ***Alegaciones de Sogecable.*** Los efectos del acuerdo de 24 de julio de 2006 no podían ser examinados a la luz de la colusión, sino, y antes bien, de la concentración que implicaba la toma de control exclusivo por parte de la propia *Sogecable* sobre *AVS*. Por esta razón, los requisitos de las plenas funciones y el riesgo de coordinación entre *Sogecable* y *Mediapro* en el seno de *AVS* no debían ser tenidos en cuenta, al no tratarse de una toma de control conjunto. La adquisición por parte de *Mediapro* de los derechos

de cinco clubes había tenido lugar fuera de *AVS* y tal adquisición no le confería capacidad de influir en el seno de la misma *AVS*.

Otra cosa era que después hubiera cedido a *AVS*, aportándolos al *pool* de derechos, los derechos audiovisuales de Liga y Copa de esos cinco clubes de fútbol para posibilitar la explotación racional de los mismos, contra la cesión por *AVS* a *Mediapro* del derecho a comercializar determinados derechos de televisión en abierto, los resúmenes y los derechos internacionales. Tal aportación de derechos por parte de *Mediapro* a *AVS* se había realizado sin reservarse los derechos en abierto, lo cual demostraba que formó parte del *pool* de derechos, lo que también se desprendía del hecho de que el precio pagado por *Mediapro* por los derechos en abierto hubiera correspondido a *AVS* como titular y cedente de los mismos. Es decir, que la concentración era independiente de esas operaciones de cesión.

Estas cesiones no restringían la competencia, pues ya se había producido la competencia *ex ante* para la adquisición de los derechos de los clubes en el proceso de puja por los mismos. Tampoco la cesión posterior de *AVS* a *Mediapro* podía ser examinada a la luz de los Art. 101 TFUE o 1 LDC, ambos sobre colusión, pues implicaba que sólo *Mediapro* pudiera explotar los derechos. *Sogecable* consideraba, en fin, que los acuerdos de cesión y no competencia recogidos en el Acuerdo de julio no eran restrictivos de la competencia.

En una situación en la que *Sogecable* no disponía de los derechos de todos los clubes, la única vía para asegurar el mantenimiento del sistema de explotación del fútbol vigente era alcanzar un acuerdo con *Mediapro* para la puesta en común de dichos derechos. Así se posibilitaba una explotación racional, en las distintas modalidades, de los 380 partidos que se disputaban cada temporada en Primera División. La entrada de *Mediapro* en *AVS* a través de una participación minoritaria era la contraprestación al hecho de que la misma *Mediapro* pusiera a disposición de *AVS* sus derechos de retransmisión con el fin de posibilitar, al menos hasta determinada temporada, el mantenimiento del sistema de explotación entonces vigente.

La concentración notificada no suponía un riesgo de cierre del acceso a dichos derechos por parte de otros operadores de televisión en abierto. El mercado de la reventa de derechos sobre partidos de fútbol estaba fuertemente condicionado por la obligación de retransmitir el partido en abierto conforme a Ley 21/1997. Además, todos esos operadores tenían asegurado dicho acceso en la temporada en curso y en las dos siguientes, en virtud de las condiciones impuestas a *Sogecable* por los Acuerdos del Consejo de Ministros que le obligaban a mantener el modelo de explotación.

Para temporadas posteriores, *Sogecable* no había podido adquirir los derechos de ningún club. En ese momento, sólo contaba, a través de la aportación realizada por *Mediapro* a *AVS*, con los derechos de un número no desvelado de los veinte equipos de Primera División, y había noticias de que otros operadores iban a concluir acuerdos con los clubes para esas temporadas posteriores. Por tal razón, la concentración no llegaría a erigir a *Sogecable* en revendedor único, por no disponer de los derechos de todos los clubes para dichas temporadas. La operación ni determinaba la posición dominante de *Sogecable*, ni la facilitaba para un futuro más o menos próximo.

Sogecable estimaba, en fin, tal y como se dejó expuesto más arriba al tratar de sus alegaciones en relación con el mercado primario de la adquisición de derechos, que no era de recibo que algunos operadores optasen voluntariamente por no participar en la puja por los derechos audiovisuales ante los clubes y luego pretendieran imputar su falta de acceso a los mismos a un supuesto cierre del mercado de reventa, para finalmente reclamar una subasta de los derechos adquiridos por *AVS*.

- **Alegaciones de Telemadrid.** En el caso *AVS III/concentración*, *Telemadrid* puso de manifiesto que la operación de concentración implícita en el acuerdo de 24 de julio de 2006, *de facto*, era como si se hubiera venido ejecutando aún antes del pronunciamiento del TDC respecto a ella. A consecuencia de lo anterior, había llegado a producirse un cierre del mercado secundario de la reventa de derechos pues *AVS* había asignado 30 partidos en primera opción a *Sogecable* para su explotación exclusiva en TV de pago y 8 partidos a *Mediapro* para la explotación en abierto, en cumplimiento de un reparto acordado entre ellos, sin haber subasta ni intervenir terceros en esa asignación.

La concentración generaba un reforzamiento del poder de mercado de *AVS* frente a la demanda, hasta el punto de erigir a aquélla en monopolista en la reventa de derechos futbolísticos. Dada la inelasticidad de la demanda asociada al hecho de que no hubiera productos sustitutivos para la emisión de fútbol, esa contracción de la oferta llevaba a un incremento exponencial de los ingresos del monopolista. *AVS* asignaba a *Sogecable* los partidos de un mayor atractivo para su emisión a través de la ventana de pago, bloqueando así en *Sogecable* el tramo inelástico de la demanda conformado por los aficionados dispuestos a pagar por ver fútbol. El partido de emisión obligatoria en abierto lo tenía ya asignado a *Mediapro* (*La Sexta*) y el resto de partidos los comercializaba a precios elevados para la ventana de pago por visión de otros operadores.

Lo anterior, sumado a otras circunstancias, como sería la de que los paquetes de derechos ofertados fueran generalmente de un tamaño excesivo como para que los pudieran adquirir los pequeños operadores de televisión, generaba la exclusión del resto de operadores en abierto del mercado de compra. Así, *Telemadrid*, y en parecido sentido algún otro operador como *Antena 3*, terminaba interesando que la operación no fuera autorizada, así como la nueva subasta o relicitación de los derechos por *AVS*.

- **Alegaciones de Antena 3.** Para *Antena 3*, primero *AVS/Sogecable*, con *Digital +*, *Canal +* y *Localia*, y luego *Mediapro*, mediante la adjudicación a *La Sexta* del partido de Liga en abierto en agosto de 2006, con una total ausencia de transparencia por parte de la licenciante *Mediapro*, habían cerrado totalmente este mercado a cualquier operador televisivo con el único objeto de favorecer a los operadores de televisión que ellas controlaban. En cuanto a esta última asignación del partido a *La Sexta*, la misma habría llegado a producir un abuso de posición de dominio por parte de *Mediapro*, en opinión de *Antena 3*.
- **Alegaciones de Telecinco.** El Acuerdo de 24 de julio de 2006 aumentaba las restricciones de la competencia por el reparto de derechos entre *Sogecable* y *Mediapro*, consolidando la posición que ocupaban cada una de ellas.

El modelo de explotación decidido por los accionistas de *AVS* restringía unilateralmente el *output* en el mercado de reventa respecto de los derechos de emisión en abierto, ya que cerraba la posibilidad de que se estableciera un sistema que permitiera emitir más de un partido en abierto.

Las dinámicas de negociación en el nivel de reventa no habían sido transparentes ni equilibradas. Ello había llevado al cierre del acceso a los contenidos del fútbol de Liga y Copa por parte de los operadores competidores en el mercado de televisión en abierto, con el agravante de que el sistema de sublicencia había sido insuficiente para compensar el efecto de cierre. En este sentido, el Acuerdo de 24 de julio de 2006 reforzaba la integración vertical de *Sogecable* y *Mediapro* respecto del mercado de la televisión en abierto, a través respectivamente de *Cuatro* y *La Sexta*, dado que aquéllas podían utilizar el control que ejercían sobre la reventa de los derechos de retransmisión del fútbol en abierto para excluir de la adquisición a los operadores competidores de sus filiales en el mercado de televisión en abierto. Existiría así el incentivo para discriminar a los competidores en dicho acceso en beneficio de las filiales respectivas.

Pasando a los *principales aspectos de la evaluación post-concentración más centrada en los derechos para emisión en abierto*:

- **Incidencia de la obligación legal de emitir un partido en abierto.** La obligación del partido en abierto reducía el incentivo para los operadores en abierto, en particular los de ámbito nacional, de competir por la adquisición directa de los derechos en el mercado primario y los derivaba hacia el mercado secundario de la reventa. A su vez, en el mercado de la reventa, la existencia de la obligación legal de retransmitir un partido en abierto constituía una suerte de discriminación positiva a favor de los operadores de televisión en abierto, en relación al resto de modalidades de explotación televisiva, y restringía la capacidad del revendedor *AVS* para obtener la máxima rentabilidad por la reventa, habida cuenta que resultaba muy posible que las cadenas de pago hubieran estado dispuestas a abonar un precio superior por disfrutar en exclusiva de los derechos de ese partido que las propias cadenas en abierto.

Además, la emisión en abierto de un partido de Primera División de gran atractivo desincentivaba la contratación de servicios de pago por parte de los televidentes y la posibilidad de que, aguas arriba, pudiera *AVS* rentabilizar su inversión en contenidos.

En un estado ideal de cosas, de no imponer la Ley la retransmisión en abierto, debía corresponder al proceso de asignación del mercado de reventa determinar las condiciones óptimas de encuentro entre la oferta y demanda de estos contenidos, sin distinción entre la naturaleza de los operadores aguas abajo.

Sin embargo, los posibles vínculos verticales del revendedor hacia el negocio de televisión de pago podían introducir una serie de distorsiones en el proceso de transacción entre revendedor y operadores en abierto, pudiendo existir el incentivo de aquél a cerrar el acceso a dichos contenidos a la ventana del abierto, por ejemplo, mediante la decisión unilateral de destinar sólo un partido al abierto, pese a existir una mayor demanda potencial de esos contenidos en abierto, decisión que podría llegar a traducirse en mayores ingresos por su actividad de reventa. Dicho comportamiento podía beneficiar tanto al negocio de televisión de pago del revendedor, como al de

televisión en abierto, si lo tuviese y ya estuviese disfrutando de la emisión del partido obligatorio en abierto.

En el caso concreto del Acuerdo de 24 de julio de 2006, la integración vertical de *AVS* con el operador de TV de pago (*Digital Plus*) y con el de TV en abierto (*Cuatro*) la podía inducir a permitir la retransmisión del partido obligatorio a través de su sección en abierto, reservando todo el resto de la oferta para la TV de pago. Lo anterior podría darse para compensar esa desventaja económica, comentada más arriba, derivada de la obligatoria comercialización de un partido en abierto.

Teóricamente, de configurarse el acceso a los contenidos futbolísticos en abierto sin las distorsiones que podía introducir el interés del revendedor no independiente en privilegiar sus negocios audiovisuales, sería la puja por los contenidos en el nivel de la reventa la que debía llevar a confirmar esa posibilidad de rentabilidad en forma de adquisición de esos contenidos. Desde este punto de vista, la conjunción de un comportamiento independiente del revendedor con una eventual eliminación de la garantía legal de la emisión de un mínimo de encuentros en abierto determinaría un funcionamiento más competitivo del mercado, implicando un cambio en la dinámica negociadora y de acceso de los operadores de televisión en abierto al mercado en beneficio de éstos.

En todo caso, y sin perjuicio del efecto de la obligación normativa del partido en abierto por jornada, un comportamiento independiente del centralizador de los derechos a la hora de revender los contenidos, sin sujeciones a intereses de operadores con los que mantuviera vínculos verticales aguas abajo, podía contribuir a garantizar un acceso adecuado de los operadores de televisión en abierto a los contenidos, en condiciones de no discriminación entre operadores por razón de su ventana de emisión o su integración vertical.

En suma, la forma de alentar la competitividad y eliminar las anteriores distorsiones podía pasar por la eliminación de la obligación de retransmitir el partido en abierto y por garantizar un comportamiento independiente del revendedor, evitando que privilegiase a sus secciones descendentes en los negocios de la TV en abierto o de la TV de pago. Si bien fue ésta una cuestión que permaneció ajena al Informe del TDC en el caso *AVS III/concentración*, la misma no pasó inadvertida en el Informe posterior del Fútbol de la CNC.

- ***Incidencia de la prohibición de que Sogecable pudiera emitir en abierto partidos de la Liga española.*** Respecto a la televisión en abierto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005 concedió una autorización administrativa a *Sogecable* para el cambio de su título concesional para la gestión indirecta del servicio público de televisión, obtenido al amparo de lo previsto en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que le permitió empezar a emitir en abierto a través de *Cuatro* desde el 7 de noviembre de 2005. Dicho Acuerdo limitaba la capacidad de *Sogecable* para emitir en abierto los partidos de fútbol de Liga española hasta la temporada 2008/2009. Esto tenía su lógica traducción en el mercado de la reventa del lado de la compra toda vez que *Sogecable* veía limitada su facultad de pujar por los mismos desde el momento en que no iba a poder emitirlos en abierto en plenitud de condiciones.

- ***Falta de incidencia de la operación sobre la reventa de derechos deportivos para televisión en abierto.*** Por las razones que vimos ya al tratar del mercado de los telespectadores, consideró el TDC que la operación de concentración no llegaba a tener efectos restrictivos sobre el mercado de la TV en abierto, de donde cabría inferir también la ausencia de efectos restrictivos sobre las actividades de reventa de derechos deportivos para TV en abierto.

En relación a la temporada corriente, 2006/2007, la situación de mercado, una vez finalizada ésta, resultaría análoga a la presentada en la temporada 2005/2006, expuesta en la tabla del anterior epígrafe, a salvo las siguientes precisiones: **(i)** *La Sexta* pasaba a emitir un partido de Primera División por jornada en abierto en lugar de las televisiones autonómicas, y este partido por jornada también se emitía, con ciertas limitaciones, por TVC y TVV en sus respectivos ámbitos territoriales de las comunidades de Cataluña y Valencia; **(ii)** algunas televisiones autonómicas emitían un partido de Segunda División por jornada; **(iii)** en relación a los partidos de la Copa de S.M. el Rey, se apreciaba que se habían emitido un total de 48 partidos, de los que 23 se habían emitido en TV en abierto; de estos 23, 19 se habían emitido tanto en modalidad de pago por visión como de TV en abierto [*Canal Nou* (6), *TV3* (3), *Canal Sur* (2), *TVG* (4), *Aragón TV* (2) y *ETB-IB3* (2)] y los 4 restantes sólo en abierto [*Canal 6 Navarra* (2) y *Canal 4 Castilla y León* (2)]. Ello indicaba que los partidos de Copa, en general, poseían un interés marcadamente regional y eran este tipo de operadores los que pujaban por ellos y, además, que se había incrementado el número de partidos de Copa emitidos en abierto con respecto a la temporada anterior.

(2) Derechos para emisiones de pago

Recordando lo dicho al comienzo del anterior epígrafe, en virtud del Acuerdo de 24 de julio de 2006 los activos de que disponía y podía explotar *AVS*, eran los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey en la modalidad de pago y pago por visión en España; los de los partidos de Copa de S.M. el Rey (excepto la final) en abierto y los de explotación de imágenes de tales partidos a través de Internet y UMTS.

En vista de que la operación no iba a entrañar restricción de la competencia en cuanto a la asignación de derechos deportivos para TV en abierto, los riesgos a valorar en el mercado secundario de la reventa de derechos eran, principalmente, los derivados de la operación sobre la asignación de los derechos para TV de pago, en sus dos ventanas de pago y de pago por visión, y para la explotación a través de las plataformas de internet y telefonía celular UMTS, cuestión esta última que abordaremos en el epígrafe siguiente.

En este sentido, refiriéndonos a las ***alegaciones de los terceros más centradas en los derechos para emisión en modalidad de pago (ventanas de pago y de pago por visión)***:

- **Alegaciones de Sogecable.** Las consideraciones de *Sogecable* a este respecto coincidían en lo sustancial con las expuestas más arriba. La operación no iba a suponer un riesgo de exclusión del mercado de compra de los derechos deportivos para otros operadores de pago. Todos estos operadores tenían asegurado dicho acceso en la temporada en curso y en las dos siguientes como consecuencia de las condiciones impuestas a *Sogecable* por los Acuerdos del Consejo de Ministros de 2002 y de los contratos celebrados en 2000 a instancias de la Comisión Europea por *Sogecable* con

los operadores de cable para la retransmisión de los partidos que *AVS* producía en PPV. El único partido con el que *Sogecable* podía diferenciar su oferta de la de los operadores de cable y de ADSL era el partido por jornada que, en ventana de pago, emitía *Digital+*.

- **Alegaciones de Antena 3.** Consideraba que la operación notificada y el acuerdo de reparto de derechos vinculado a la misma reforzaban la posición de dominio que ya ostentaban *AVS/Sogecable* y la propia *Sogecable* en el mercado relativo a la comercialización de los derechos de pago y pago por visión y en el mercado de la televisión de pago. En consecuencia, la operación no podía autorizarse de acuerdo con *Antena 3*, en la medida en que reforzaba la posición dominante de *Sogecable* en esos mercados, restringía la competencia entre las partes, impidiendo que otros operadores en abierto o de cable llegaran a acceder a los derechos cedidos, y no beneficiaba a nadie salvo a esas mismas partes de la operación.
- **Alegaciones de ONO.** La operación atribuía a *Sogecable* el control exclusivo de *AVS* y de los derechos deportivos de los que la misma era titular ya mediante adquisición originaria de los clubes, ya como consecuencia de aportaciones de los partícipes, ya, en fin, a resultas de la compra a otros adquirientes a título originario.

La presencia de *AVS* como operador dominante en el mercado de reventa de derechos y su integración vertical con *Sogecable*, operador dominante en el mercado aguas abajo de la televisión de pago, eran la principal barrera de entrada para cualquier demandante de derechos para su explotación en televisión de pago. *AVS* contaba con todos los incentivos para excluir a estos nuevos entrantes o para abusar de su posición frente a ellos. *AVS* nunca había renunciado voluntariamente a la explotación en exclusiva de los derechos para pago por visión, sino que le había venido impuesta por las autoridades de la competencia y, aun así, la propia *Sogecable* había venido incumpliendo esas condiciones (ver lo dicho más arriba a propósito del análisis pre-concentración de este mercado). Por otra parte, la condición del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2002 que obligaba a *Sogecable* a sublicenciar contenidos que adquiriera en exclusiva para las modalidades de pago por visión estaba vigente sólo hasta el 29 de noviembre de 2007.

La suma de los derechos de *Mediapro*, *TVV* y *Santa Mónica* habría permitido configurar un paquete suficiente de derechos, para su explotación en los mercados de la televisión de pago y de la televisión en abierto, posibilitando una oferta alternativa a la procedente de *AVS/Sogecable*. Tras la operación, sin embargo, *AVS/Sogecable* pasaba a controlar el 100 % de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de los equipos de Primera y Segunda División.

Por todo ello, la operación notificada intensificaba sustancialmente las barreras de entrada en el mercado de la reventa de derechos del fútbol y tenía un solo objetivo: el reforzamiento de la posición de dominio de *Sogecable* en los mercados afectados mediante el control exclusivo del 100 % de los derechos del fútbol en España. Así, resultaba necesario condicionar la aprobación de la operación a la aceptación de determinadas condiciones que garantizaran la competencia efectiva en los mercados de reventa de derechos.

Pasando, tras el estudio de las alegaciones de los terceros, a los *principales aspectos de la evaluación post-concentración más centrada en los derechos para emisión en modalidad de pago*, destacar los siguientes:

- ***Restricciones de la competencia asociadas al modelo español de explotación de los derechos.*** El marco regulatorio de alguna manera inducía a la puesta en común en el seno del *pool* de los derechos adquiridos de los clubes por los diversos compradores en el mercado primario de la adquisición originaria y tal había venido sucediendo en el seno de *AVS*. Lo anterior podía llevar aparejadas eficiencias, pues se maximizaban las posibilidades de retransmitir el mayor número de partidos y se podían generar ventajas derivadas de la reducción de ciertos costes de transacción. Como contrapartida, el sistema, al alimentar la centralización de la totalidad de los derechos en un único operador, posibilitaba comportamientos abusivos derivados de la explotación conjunta de todos ellos en el mercado de reventa.

Esta puesta en común no sólo podía generar riesgos de cierre en los mercados aguas abajo que demandaban este tipo de contenidos, sino que podía condicionar el propio desarrollo de la competencia efectiva en el mercado aguas arriba, al que nos referimos más atrás. En efecto, en lo que respecta al mercado de adquisición de derechos, la entrada de nuevos demandantes, bien fueran intermediarios, bien operadores audiovisuales de los mercados descendentes, venía condicionada por el riesgo de entrar o no al *pool* una vez adquiridos los derechos. La posibilidad de contar con derechos, siempre que se pudieran posteriormente comercializar a través del *pool*, proporcionaba a los operadores aguas abajo una cierta garantía de obtener contenidos de fútbol que facilitasen el desarrollo de su negocio.

Sin embargo, no todos los derechos llevaban implícito el mismo riesgo de entrada en el *pool*. Quienes ostentasen derechos de equipos importantes o quienes disfrutasen una cierta masa crítica de derechos de clubes tendrían mayor capacidad negociadora frente al operador que concentraba la mayoría de los derechos, incumbente de derechos, para combatir sus posibles amenazas de exclusión. Por el contrario, aquellos que comprasen derechos de pocos clubes o de equipos de menor importancia, asumirían mucho mayor riesgo a la hora de rentabilizar su inversión. La amenaza de cierre por parte del operador que controlaba el *pool* en este segundo caso sería más creíble, puesto que el coste en que incurría con tal exclusión sería mucho menor, pues sólo quedarían sin retransmitir pocos partidos o los menos interesantes.

Así, las características del modelo español de adquisición y explotación de los derechos sobre contenidos deportivos podían llevar a que los potenciales adquirientes no estuvieran incentivados para adquirirlos en el mercado primario, donde corrían el riesgo de no poder explotar los derechos correspondientes a aquellos partidos para los que no llegaran a contar con los correspondientes a los dos equipos que lo disputaban, prefiriendo optar a los mismos en el mercado secundario en el nivel de reventa mediante su adquisición de la plataforma de puesta en común *AVS*, con lo que evitaban ese riesgo. Es decir, que el juego de la competencia se desplazaba aguas abajo sin llegar a hacerse sentir en los primeros niveles de la cadena de valor.

En consecuencia, la centralización de derechos a través de un *pool* podía impedir a otros competidores entrar en el mercado de adquisición de derechos, lo que comportaba la imposibilidad de que éstos, si también operaban aguas abajo, participasen en

acuerdos de explotación conjunta y redujeran así su dependencia del monopolista en el mercado de reventa. Estos efectos se podían ver magnificados si además el *pool* estaba dominado por una empresa que operase en los mercados descendentes.

- ***Estrechamientos de márgenes.*** Abundando sobre las alegaciones de *ONO* (ver más arriba y, asimismo, el epígrafe de análisis pre-concentración de la estructura del mercado), el TDC recalcó como en el seno de la operación *AVS II*, la Comisión Europea impuso, para levantar los cargos a *Telefónica* y a *Sogecable* facilitar a los cableoperadores el acceso en pago por visión bajo determinadas condiciones.

Los cableoperadores se habían quejado de un estrechamiento de márgenes que les impedía obtener beneficios en la comercialización de los partidos en pago por visión. La CMT había pronunciado un laudo arbitral alegando el carácter no equitativo de los mínimos, que había llegado a ser anulado por la AP Madrid dada la falta de sumisión a arbitraje ex ley 62/2003. Además, debía recordarse que, más allá de 29 de noviembre de 2007, fecha de terminación de las condiciones impuestas mediante ACM de 2002, *Sogecable* no estaría en principio obligada a facilitar el acceso a los derechos para pago por visión a los cableoperadores.

- ***Refuerzo de la posición dominante de Sogecable/AVS en el mercado de la reventa de contenidos deportivos para televisión de pago.*** En la valoración de los efectos anticompetitivos de la operación de concentración no desconoció el TDC los pactos cooperativos implícitos en el acuerdo de 24 de julio de 2006, aún cuando los mismos hubieran de ser objeto de pronunciamiento separado, al no ser meras restricciones accesorias de la operación.

La esencia de esta cooperación era la que sigue: **(i)** se acordaba la puesta en común en el seno de *AVS* de los derechos audiovisuales de los partidos de Liga y Copa de los que eran titulares los firmantes del acuerdo; **(ii)** la anterior puesta en común llevaba asociado un pacto de no competencia por el que la adquisición o la renovación ulterior de derechos no cedidos en virtud del acuerdo correspondería a *AVS*; **(iii)** se decidía un reparto de derechos entre *Mediapro*, que pasaba a explotar los derechos para la TV en abierto en España y todos los derechos en el extranjero, y *Sogecable*, que controlaría el resto de los derechos y, en particular, los que afectaban al mercado de la TV de pago y a la explotación de dichos derechos en Internet y otros medios; **(iv)** se acordaba el mantenimiento de un modo de explotación de dichos derechos en los respectivos mercados.

Antes de la operación, la presencia con derecho a veto de *TVC* en el capital social de *AVS*, en la medida en que no estaba presente en la televisión de pago, había permitido imponer una cierta disciplina procurando que la comercialización de los derechos audiovisuales fuese la más adecuada para los intereses de la empresa común. Tras la operación de concentración, *Sogecable* dispondría de plena autonomía para diseñar una estrategia que buscara maximizar el beneficio conjunto de sus intereses en el mercado de reventa de derechos concentrados en *AVS* y en los mercados aguas abajo de la televisión de pago, en sus dos ventanas, así como en la explotación a través de Internet y UMTS.

Una vez quedaran sin efecto las condiciones del ACM de 2002, *Sogecable* podría alterar las condiciones vigentes de explotación de los derechos en las dos ventanas de

la TV de pago, controlando conjuntamente los contenidos exclusivos de pago y los de PPV y este poder de mercado se reforzaba por la operación notificada. Estos cambios podrían alterar fundamentalmente la asignación de contenidos entre las dos ventanas de la TV de pago o las condiciones de acceso de los competidores de *Sogecable* a los contenidos que se emitían por PPV.

A la vista de las anteriores restricciones al juego de la competencia se hacía necesario imponer condiciones por la autoridad de la competencia. Por otra parte, algunas de esas restricciones podían requerir un cambio en las reglas del juego que podía resultar más apropiado tratar a través de una regulación explícita del funcionamiento del mercado para lo que se encargaba un informe, informe éste sobre los derechos del fútbol al que se ha venido haciendo referencia, en el que, sin embargo, no llegó a producirse esa regulación explícita al entender el CCNC, como ya vimos, que era una materia sometida a la potestad y voluntad de los agentes del mercado, y ello sin perjuicio de que en el mismo, como ya también sabemos, sí se dejaran apuntadas ciertas soluciones.

Los efectos adversos sobre el juego de la competencia asociados a la centralización de derechos a través de un *pool* de reventa habían sido ya examinados por la Comisión, tal y como refería el TDC, citando al SDC:

“La Comisión ha aceptado la puesta en común de los derechos de retransmisión en los distintos casos, dado que permite una explotación racional y eficiente de los mismos. Sin embargo, esto puede dar lugar a restricciones injustificadas a la competencia en mercados aguas abajo, especialmente vía cierre de mercados o restricciones del número de partidos. Por ello, la Comisión ha obligado, entre otras medidas, a:

- reducir la duración de los contratos exclusivos de cesión de derechos (normalmente a un máximo de tres años).*
- establecer distintos paquetes equilibrados de derechos,*
- devolver a los clubes de fútbol los derechos no comercializados tras un periodo razonable de tiempo,*
- a que el operador de televisión adquirente de derechos use los mismos, y en algunos casos (por ejemplo, el caso COMP/38.453 - FAPL+Sky),*
- a que no haya un único comprador de todos los paquetes de derechos, o a*
- limitar la exclusividad de una parte de los derechos (p.e., un cierto número de partidos por jornada son emitidos por varios operadores, normalmente en pago por visión).*

Asimismo, la Comisión ha llegado a introducir (ver Caso COMP/38.453 - FAPL+Sky) un gestor independiente del proceso de reventa de los derechos a operadores de televisión, a fin de asegurar que tenga un carácter equitativo, razonable y no discriminatorio”.

En esos precedentes la Comisión Europea trataba de limitar los acuerdos de exclusiva entre el vendedor que centralizaba los derechos y el operador de televisión, a los efectos de evitar el cierre del mercado de los derechos de fútbol en los niveles descendentes de la cadena. Entre las medidas propuestas, había algunas que afectaban a la oferta, tales como la limitación de los derechos que se podían sacar a la venta según distintos criterios (paquetes, duración, etc.), otras que afectaban a la demanda (que no hubiera un único comprador, que los compradores compartieran contenidos, etc.) e incluso otras medidas que afectaban al propio mecanismo de intercambio de los derechos (p.e., la interposición de un gestor independiente). Con esta batería de medidas, expuestas también en detalle en otros epígrafes, se estaban definiendo unas reglas de juego o un marco en el que se pudiera desarrollar la competencia efectiva en estos mercados.

En línea con los anteriores precedentes se situaron las **condiciones impuestas por las autoridades españolas de la competencia para preservar el juego de la competencia en el mercado de la reventa de derechos deportivos para televisión de pago**. Siendo las condiciones del Acuerdo del Consejo de Ministros, de fecha 23 de marzo de 2007, ampliación y desarrollo de las decididas por el TDC bastará con que nos remitamos a ellas:

“El CONSEJO DE MINISTROS, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda,

ACUERDA: Conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, subordinar la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de SOGECABLE, S.A. del control exclusivo sobre AUDIOVISUAL SPORT, S.L. al cumplimiento de las siguientes condiciones durante la vigencia del presente Acuerdo:

Primera.- SOGECABLE, S.A., directamente o a través de las empresas de su grupo, deberá, respetando la legislación vigente, garantizar en relación con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol que controle o gestione:

a) el acceso de terceros sin exclusiva y en los términos referidos en la condición segunda a los partidos de fútbol emitidos en la ventana de pago por visión, siempre que haya operadores interesados en ellos.

b) que, de aumentar el número de partidos emitidos en la ventana de televisión de pago, la explotación de tales partidos se haga en régimen de no exclusiva, siempre que haya operadores interesados en ellos, garantizando el acceso a los mismos en los términos establecidos en la condición segunda.

c) el acceso de terceros sin exclusiva y en los términos referidos en la condición segunda a las imágenes de los partidos de fútbol emitidos en Internet y telefonía móvil, siempre que haya operadores interesados en ellos.

Segunda.- La cesión, comercialización y/o sublicencia, directa o indirecta, por SOGECABLE, S.A. o las empresas de su grupo a terceros de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol en cualquier modalidad de emisión audiovisual deberá hacerse en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

Tercera.- SOGECABLE, S.A. y las empresas de su grupo deberán garantizar que las elecciones de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, así como sus horarios, que correspondan a la ventana de pago por visión, en el marco del sistema de elección de partidos que esté vigente, serán adoptadas mediante un mecanismo que acuerden SOGECABLE, S.A. y los terceros que emiten en la actualidad encuentros de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey en pago por visión. Si los operadores que en la actualidad emiten partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey en pago por visión no alcanzasen un acuerdo sobre el anterior mecanismo antes de que acabe el plazo para presentar el Plan de Actuaciones previsto en la condición octava, el Servicio de Defensa de la Competencia, a propuesta de SOGECABLE, S.A., nombrará un fideicomisario que se limitará a gestionar las elecciones, y sus horarios, de los partidos que correspondan a la ventana de pago por visión en el marco del mecanismo de elección de partidos que esté vigente.

Dicho fideicomisario deberá ser independiente de SOGECABLE, S.A., las empresas de su grupo y los terceros que emiten partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey en pago por visión.

Su mandato deberá tener como objetivo a la hora de hacer las elecciones y elegir los horarios maximizar los consumos previstos de los partidos que se emitan en la ventana de pago por visión.

El fideicomisario será remunerado por AUDIOVISUAL SPORT, S.L., sin que la estructura de la correspondiente remuneración pueda poner en riesgo su independencia y eficacia. En todo caso, las reglas del sistema de elección de partidos que esté vigente se harán públicas en el Plan de Actuaciones. Asimismo, las elecciones que se vayan realizando deberán hacerse públicas desde el momento en que se adopten.

Cuarta.- *La duración de los nuevos contratos de SOGECABLE, S.A. o de las empresas de su grupo, de comercialización mayorista en cualquier modalidad de emisión audiovisual, en exclusiva o no, de derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S.M. el Rey de fútbol no podrá exceder de tres temporadas, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto.*

(...)

Sexta.- *El presente Acuerdo estará vigente hasta, al menos, el final de la temporada 2008 / 2009 y será automáticamente prorrogado por periodos de tres temporadas si el Servicio de Defensa de la Competencia, previo informe no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones, determina que SOGECABLE, S.A. directa o indirectamente, sigue manteniendo:*

- el control y/o la gestión de la mayor parte de los derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S.M. el Rey de fútbol, en particular, para televisión de pago y pago por visión, y*
- una posición de dominio en el mercado de televisión de pago en España*

Séptima.- *En el caso de que las condiciones de mercado que han motivado la adopción del presente Acuerdo se modificasen de manera significativa, el Consejo de Ministros podrá acordar su levantamiento o modificación, previo informe no vinculante del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, previa solicitud motivada por parte de SOGECABLE, S.A.*

Octava.- *En el plazo de un mes desde la entrada en vigor del presente Acuerdo, SOGECABLE, S.A. deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un Plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas.*

El Plan de Actuaciones recogerá el mecanismo para gestionar las elecciones y los horarios de los partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey de la ventana de pago por visión que SOGECABLE, S.A. y terceros puedan acordar conforme a lo previsto en la condición tercera.

En su defecto, el Plan de Actuaciones incluirá una propuesta concreta de nombramiento y mandato del fideicomisario independiente previsto en dicha condición tercera.

(...)

El presente Acuerdo entrará en vigor una vez que se ejecute la operación de concentración notificada, y en ese momento dejará sin efecto el Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones relativas al mercado de derechos de retransmisión de acontecimientos futbolísticos la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. en Sogecable, S.A..

El presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de lo previsto en la normativa sectorial aplicable y en la normativa española o comunitaria de control de acuerdos entre empresas y prácticas restrictivas de la competencia”.

(3) Derechos para explotación a través de internet y UMTS

Por último, procedería hacer una valoración post-concentración del juego de la competencia en relación con la reventa de derechos deportivos para su explotación a través de las plataformas de internet y telefonía móvil UMTS. Como consecuencia de la operación, *Sogecable* llegaría a tomar el control exclusivo de *AVS* y de los derechos deportivos controlados por ella y, en última instancia, a adquirir en exclusiva el negocio de explotación de la Liga y Copa de S.M. el Rey para las plataformas de Internet y UMTS en España.

Sogecable había invocado que la concentración notificada no suponía un riesgo de cierre del acceso a dichos derechos por parte de otros operadores interesados en explotar esos derechos por Internet, telefonía móvil u otros soportes. Todos estos operadores tenían asegurado dicho acceso en la temporada en curso y en las dos siguientes, en virtud de las condiciones impuestas a *Sogecable* por los Acuerdos del Consejo de Ministros que le obligaban a mantener el modelo de explotación vigente.

No obstante, estas argumentaciones de *Sogecable* no fueron acogidas por la autoridad de la competencia. Si bien la Condición Cuarta del Acuerdo del Consejo de Ministros relativo a la fusión digital de 2002 impedía a *Sogecable* ejercer o adquirir, directamente o de manera indirecta a través de *AVS*, en régimen de exclusiva, derechos para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de S.M. el Rey mediante telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos, lo cierto era que tal condición tenía un alcance temporal limitado y que, más allá de éste, podía *AVS*, merced al Acuerdo de 24 de julio de 2006, seguir siendo el proveedor exclusivo de la totalidad de dichos derechos hasta, como mínimo, la temporada 2008/2009.

Tras la operación de concentración, *Sogecable* dispondría de plena autonomía para diseñar una estrategia que tratara de maximizar el beneficio conjunto de sus intereses en el mercado de la reventa de los derechos concentrados en *AVS* y en los mercados aguas abajo de la televisión de pago, en sus dos ventanas, así como en la explotación a través de Internet y UMTS. En este sentido, no era descartable que *AVS/Sogecable* pudiera reducir o eliminar el acceso a contenidos importantes para el desarrollo de estos mercados a operadores del mercado descendente de Internet, UMTS y otros soportes que compitiesen con empresas de su mismo grupo.

De ahí que la condición primera letra c del acuerdo del Consejo de Ministros estableciera que “*SOGECABLE, S.A., directamente o a través de las empresas de su grupo, deberá, respetando la legislación vigente, garantizar en relación con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol que controle o gestione (...)c) el acceso de terceros sin exclusiva y en los términos referidos en la condición segunda a las imágenes de los partidos de fútbol emitidos en Internet y telefonía móvil, siempre que haya operadores interesados en ellos*”. En lo demás, valdría remitirse a la íntegra transcripción del Acuerdo realizada en el epígrafe anterior.

g) El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso de la cooperación entre Audiovisual Sport y otros operadores audiovisuales y los clubes de fútbol (caso AVS III/colusión)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva de la competencia en el caso AVS III/colusión

En el caso *AVS III/colusión*, el expediente por prácticas restrictivas de la competencia iba dirigido contra diversos operadores audiovisuales presentes en los mercados de la adquisición y reventa de derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa (*Sogecable*, *AVS*, *Mediapro*, *TV Cataluña*, *TV Valenciana*, *Telemadrid* y *Caja Madrid*), así como contra los clubes de fútbol que participaron en 1ª y 2ª División de la Liga en la temporada 2006/2007 y que cedieron en exclusiva sus derechos audiovisuales a los citados operadores.

ii) Reseña general del caso AVS III/colusión

Como acabamos de ver, en el caso *AVS III/concentración*, la autoridad nacional de la competencia se centró sólo en los aspectos concentrativos del acuerdo de 24 de julio de 2006. En este sentido, en el propio Acuerdo del Consejo de Ministros de 2007 por el que se desarrollaban las condiciones impuestas por el TDC para la aprobación de los aspectos concentrativos de dicho acuerdo se afirmaba en relación con los pactos de naturaleza cooperativa existentes en el mismo que “*no constituyen restricciones a la competencia accesorias a la operación de concentración analizada, en el sentido del artículo 15.bis.5 de la Ley de Defensa de la Competencia*” y que “*en consecuencia, la posible aprobación de esta concentración no supone en modo alguno la aprobación de tales pactos*”.

En este mismo sentido, y antes de analizar la condiciones propuestas por el TDC para autorizar la concentración, en el ACM de 2007 se volvía a insistir en que “*la posible aprobación de esta concentración no supone en modo alguno la aprobación de los pactos cooperativos de 24 de julio de 2006 ni de ciertas actuaciones de sus signatarios con anterioridad o posterioridad a esa fecha. El presente Acuerdo tampoco supone una convalidación de los contratos en vigor de adquisición de derechos audiovisuales a los clubes de fútbol. Estos y otros elementos deberán, en su caso, ser objeto de análisis en el marco de la normativa de acuerdos entre empresas y prácticas restrictivas de la competencia*”.

Haciendo caso de lo anterior, en la resolución de la CNC de 22/04/2010 (Expte. S/0006/07, *AVS*, *Mediapro*, *Sogecable* y *Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*) se resolvió el expediente sancionador instruido por la Dirección de Investigación de la CNC referido a los siguientes extremos: (i) si los aspectos cooperativos del acuerdo *AVS III* eran constitutivos de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y (ii) si daban lugar a esa misma infracción los acuerdos por los que los clubes de fútbol habían cedido los derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) para las temporadas 2006/2007 y siguientes, derechos que eran, precisamente, los que aguas abajo se ponían en común en el seno de *AVS*.

Es decir, que la autoridad nacional de la competencia centró sus reflexiones en el mercado de la adquisición de derechos sobre eventos deportivos importantes para TV en abierto o de pago (mercado primario) y en el mercado de la reventa de esos mismos derechos (mercado secundario), mercados ambos que, por otra parte, había estudiado ya en la vertiente concentrativa de la operación en el caso *AVS III/concentración*. La CNC admitió que los acuerdos de compra de derechos a los clubes eran acuerdos verticales que podían tener efectos restrictivos sobre la competencia en los mercados finales de la televisión de pago y de la televisión en abierto, en la medida en que el fútbol era un contenido clave para diferenciarse y captar clientes en el mercado de televisión de pago y que también era importante en la televisión en abierto por su capacidad para elevar las audiencias medias de las cadenas de televisión en abierto que lo emitían. Sin embargo, centró sus consideraciones en los mercados ascendentes, al entender que el adecuado juego de la competencia en ellos lo garantizaría también en los mercados descendentes de la difusión y de la comunicación audiovisual.

Otros acuerdos diferentes de los anteriormente enumerados, también relacionados con la adquisición y explotación de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol, aún cuando fueron detectados en la instrucción no fueron objeto de resolución por el CCNC. Sobre este particular el propio CCNC avaló que entraba dentro de las facultades de la DI determinar el perímetro objetivo de los expedientes sancionadores, estableciendo qué hechos debían ser objeto de su análisis de competencia. No obstante, la autoridad de la competencia advirtió de que esos otros acuerdos podían dar lugar a nuevos expedientes sancionadores en el futuro en los que llegara a valorarse su compatibilidad con la normativa de la competencia. Por otra parte, consideró que el hecho de que los mismos no fueran objeto de resolución en el expediente no significaba que no hubiera de tenerse en cuenta su existencia a fin de calibrar el posible efecto anticoncurrencial de los que sí lo eran.

Entre los acuerdos que quedaban fuera del alcance objetivo de la resolución podían destacarse los siguientes:

- a) Los contratos por los que los titulares entonces de los derechos audiovisuales de fútbol Liga y Copa de S.M. el Rey, excepto la final (*AVS*, *Mediapro* y *La Sexta*), revendían los derechos de retransmisión en directo para la emisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) en televisión en abierto, televisión de pago, y en otros medios audiovisuales. Estos acuerdos se situaban en el nivel de reventa del mercado secundario, más que en el intermedio y, asimismo, tenían una directa incidencia sobre los mercados posteriores de la difusión televisiva en abierto o de pago. A pesar de que algunos de los terceros (*ONO*, *AOC*, *Telecinco*) interesaron que el expediente se extendiera a los mismos, la DI lo descartó.
- b) Los acuerdos cooperativos que pudieran existir entre clubes de fútbol, y entre estos y los adquirientes de sus derechos audiovisuales, para la implantación colectiva de un derecho de oposición o de veto, que era precisamente lo que definía el modelo híbrido español, como ya vimos.

La CNC se refirió al derecho de oposición del club visitante como acuerdo entre competidores. El mismo, como se expuso, no tenía apoyo normativo y se trataba de un acuerdo horizontal que podía producir efectos restrictivos en el mercado de la adquisición y en el descendente de la reventa: **(i)** en el mercado primario de la compra

de derechos a los clubes se reforzaba el efecto de cierre del mismo derivado de la existencia de una red paralela de contratos o pactos de veto con efectos restrictivos similares, los cuales dejamos ya tratados con el caso *AVS III/concentración*, que cubría el 100 % del mercado; **(ii)** en los mercados secundarios aguas abajo de la puesta en común y reventa de derechos también reforzaba los incentivos que tenían los adquirientes de los derechos audiovisuales de fútbol para agruparlos a fin de maximizar el valor de su inversión con vistas a la comercialización y explotación de los mismos.

El mecanismo del derecho de oposición podía, sin embargo, reequilibrar el poder de negociación frente a los operadores adquirientes de la mayoría de los clubes de fútbol, especialmente, frente al operador adquiriente dominante, incrementando así el valor de venta del producto. Este efecto lo valoró positivamente el CCNC, entendiéndolo que podía compensar aquellos otros efectos restrictivos, y por ello consideró que no era necesario, al menos no en el seno de ese expediente, poner en cuestión la legalidad ex artículos 1 LDC y 101 TFUE del derecho de oposición, siempre que se lograra garantizar una competencia suficiente en el mercado de adquisición, asegurando que los derechos salieran al mercado con una periodicidad mínima.

- c) Los acuerdos entre clubes de fútbol para implantar un sistema de venta conjunta para la comercialización de sus derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, por ejemplo, en el caso de los clubes más débiles que habían canalizado su oferta a través del llamado G-30 (ver más arriba).

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la adquisición de los derechos sobre eventos deportivos importantes para televisión (en abierto o de pago) en el caso AVS III/colusión

Los datos vertidos por la CNC en el caso *AVS III/colusión* a este respecto, de algún modo, completaban y actualizaban, pero también repetían, los ya facilitados por la autoridad de la competencia en el caso *AVS III/concentración* (ver más arriba).

La CNC insistía en la importancia de los derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey como fuente de ingresos para los clubes de fútbol de Primera y Segunda División, hasta el punto de que los mismos venían representando aproximadamente el 35 % del total de los obtenidos por esos mismos clubes. De ellos, el 79/90 % correspondieron a la retransmisión de partidos en directo. El montante total de los mismos había pasado de suponer 320 millones de euros en la temporada 2005/2006 a representar más de 540 millones de euros en la temporada 2007/2008.

Con independencia de su importancia, el reparto de los ingresos audiovisuales entre los clubes miembros de la Liga de fútbol en España era muy desigual. Así, los dos primeros equipos que más ingresos percibían por la venta de sus derechos audiovisuales, *Real Madrid* y *Barcelona*, suponían un 44 % del total; si se unía el tercer equipo (*Atlético de Madrid*), tal porcentaje superaba el 50 %; y los cinco primeros equipos percibían el 60 % de los mismos. Conforme a datos aportados por *AVS* la mayor parte de los pinchazos en PPV correspondieron a partidos en los que jugaban el *Real Madrid* (40/50 %), *Barcelona* (30/40 %) y *Atlético de Madrid* (10/20 %).

Este mercado se caracterizaba por el hecho de que los clubes cedían en exclusiva a un único operador todos los derechos audiovisuales de sus partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey, excepto la final, ya fueran como equipo local (en su estadio) o como visitante, para todas las modalidades de explotación audiovisual, para todos los ámbitos geográficos y por un periodo de tiempo determinado que se medía en temporadas. Cada temporada iba del 1 de julio del año inicial al 30 de junio del año siguiente. Esto implicaba que en este mercado la competencia entre los distintos adquirentes se producía episódicamente, cuando éstos licitaban por los contratos que otorgaban la exclusiva sobre todos los derechos del club para un periodo de tiempo determinado, quedando el resto del tiempo cerrado a la competencia.

La autoridad nacional de la competencia identificó bien en este caso la existencia de varios **ciclos u oleadas de renovaciones** hasta ese momento:

1. **Primer ciclo de renovaciones.** Los primeros contratos con clubes de fútbol se firmaron a partir de 1996 por cinco temporadas (1998/1999 a 2002/2003), siendo los adquirentes *Sogecable*, *Antena 3*, cuya posición fue asumida por *Telefónica* en julio de 1997, *TV Cataluña* y *AVS*.
2. **Segundo ciclo de renovaciones.** En el siguiente ciclo de renovaciones los contratos se firmaron a partir de terminada la temporada 2002/2003 por tres temporadas (2003/2004 a 2005/2006), siendo los adquirentes *Sogecable*, *AVS*, *TV Valenciana* y *TV Cataluña*. Esta situación era consecuencia de la entrada en vigor del ACM 2002, que limitaba la capacidad de *Sogecable* y *AVS* para adquirir derechos por más de tres temporadas. Había excepciones: (i) los derechos del *Real Madrid* habían sido adquiridos en 1999 por *Sogecable* para cinco temporadas (2002/2003 a 2007/2008); (ii) los derechos del *Barcelona* habían sido adquiridos en 1999 por *Telefónica* para cinco temporadas (2002/2003 a 2007/2008), aunque finalmente ejerció su derecho de retracto *TV Cataluña* en 2003. A pesar de imponer la referida limitación temporal de los 3 años, en ningún caso el ACM 2002 había cuestionado la validez de los contratos con el *Real Madrid* y con el *F.C. Barcelona* con esa duración de cinco temporadas.
3. **Tercer ciclo de renovaciones.** A lo largo de la temporada 2005/2006 se había puesto en marcha el siguiente ciclo de renovaciones. A él acudieron *Sogecable*, que cerró contratos por tres temporadas (2006/2007 a 2008/2009), pues seguía condicionada por el ACM 2002, *Mediapro* y *TV Valenciana*. En el caso de estos dos últimos operadores, las renovaciones, salvo contadas excepciones, habían venido siendo por cinco temporadas (2006/2007 a 2010/2011), con algunas excepciones, dado que esos dos operadores no estaban sujetos a la misma limitación temporal que *Sogecable*.
4. **Cuarto ciclo de renovaciones.** A lo largo de la temporada 2006/2007 y al inicio de la temporada 2007/2008, *Mediapro*, *Telemadrid* y *Caja Madrid* habían cerrado diversos contratos con clubes de fútbol que abarcaban, en la mayoría de los casos, desde la temporada 2009/2010 hasta la temporada 2013/2014, es decir, cinco temporadas. A estas renovaciones no había podido acudir *Sogecable* en condiciones simétricas, en la medida en que seguía limitada por el ACM 2002, que no expiraba hasta el 29 de noviembre de 2007 y que, como se viene diciendo, limitaba su facultad de adquirir derechos por más de tres temporadas.

En el pronunciamiento del CCNC se efectuó un análisis de los diversos contratos celebrados entre los clubes de fútbol y los diversos operadores activos en el mercado

primario de la adquisición resultado de esos diversos ciclos de renovación y que se encontraban en vigor en la temporada 2007/2008. Así, distinguiendo ***en función de los demandantes o compradores de derechos***, la situación era la que se pasa a describir:

- a. **Mediapro**. Este operador había irrumpido en el mercado en el tercer periodo de renovaciones que se puso en marcha a lo largo de la temporada 2005/2006 en el que, por lo general, adquirió derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de los clubes de fútbol de Primera y Segunda División con una duración mínima de cinco temporadas que terminaba, como pronto, al final de la temporada 2010/2011.

También intervino en el cuarto ciclo de renovaciones que se puso en marcha a lo largo de la temporada 2006/2007 y al inicio de la temporada 2007/2008. En ese cuarto ciclo de renovaciones *Mediapro* se había hecho con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de al menos 38 de los 42 equipos que militaban en Primera o Segunda División en la temporada 2008/2009 (*Athletic, Barcelona, Espanyol, Real Madrid, Sevilla, Deportivo de la Coruña, Racing Santander, Recreativo Huelva, Mallorca, Osasuna, Zaragoza, Valladolid, Almería, Real Murcia, Gimnàstic, Real Sociedad, Celta de Vigo, Salamanca, Málaga, Eibar, Las Palmas, Numancia, Albacete, Elche, Alavés, Xerez, Ejido, Sporting de Gijón, Granada 74, Castellón, Córdoba, Racing de Ferrol, Cádiz, Valencia, Villarreal, Hércules, Levante, Rayo Vallecano, Girona, Huesca y Alicante*). La vigencia de los contratos respecto a los derechos de 30 de los 38 equipos era hasta, por lo menos, la temporada 2013/2014, es decir, más de cinco temporadas.

Adicionalmente, el *Valencia* (26 de febrero de 2009) y el *Villarreal* (6 de marzo de 2009), al ceder a *Mediapro* en exclusiva sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2012/2013, volvieron a dejar fuera del mercado sus derechos por más de cuatro temporadas completas.

Además, algunos de esos contratos contenían prórrogas encubiertas y derechos de adquisición preferente una vez vencidos.

En particular, los contratos de *Mediapro* con diez clubes (*Athletic, Espanyol, Deportivo de la Coruña, Racing Santander, Gimnàstic, Osasuna, Celta de Vigo, Zaragoza, Real Murcia y Villarreal*) contenían prórrogas automáticas encubiertas, que podían prolongar la exclusión del mercado de los derechos audiovisuales para Liga de Primera División del equipo, al prever que en el caso de que el club descendiese a Segunda División, el contrato quedaría en suspenso y su vigencia quedaría extendida hasta que se cumpliesen cinco temporadas en Primera División, aunque en algún caso existían límites temporales absolutos para la vigencia del contrato.

Adicionalmente, los contratos de *Mediapro* con once clubes (*Athletic, Espanyol, Racing Santander, Gimnàstic, Osasuna, Celta de Vigo, Zaragoza, Real Murcia, Barcelona, Real Madrid y Real Sociedad*) contenían derechos de adquisición preferente, con diferentes configuraciones, ya fueran derechos de primera negociación, tanteo o retracto, que en el futuro permitirían a *Mediapro* impedir la entrada de un competidor en el mercado de adquisición de derechos.

- b. **Sogecable**. Sogecable había estado presente como demandante de derechos en los cuatro ciclos de renovación. En el tercer y cuarto ciclo de renovaciones *Sogecable* intervino limitada por el ACM 2002 que le impedía adquirir derechos por más de tres temporadas.

En el tercer ciclo de renovaciones activado en la temporada 2005/2006, los contratos de Sogecable con 27 clubes de Primera y Segunda División (*Real Madrid, Deportivo de la Coruña, Recreativo Huelva, Mallorca, Osasuna, Valladolid, Almería, Real Murcia, Gimnàstic, Real Sociedad, Celta de Vigo, Salamanca, Málaga, Eibar, Las Palmas, Numancia, Albacete, Elche, Alavés, Xerez, Ejido, Sporting de Gijón, Granada 74, Castellón, Córdoba, Racing de Ferrol y Cádiz*) no alcanzaban las cuatro temporadas completas y ninguno terminó más allá del fin de la temporada 2008/2009. La excepción eran los contratos con *Betis y Tenerife*, que iban más allá de la temporada 2009/2010 y que, por sí mismos, duraban cuatro o más temporadas completas.

En la temporada 2008/2009 *Sogecable/AVS* contaba con los derechos de 31 de los 42 equipos que militaban en Primera o Segunda División en la temporada 2007/2008.

- c. **TVC**. Como más arriba se indicó, en 2003 TVC ejerció su derecho de retracto sobre los derechos del *Barcelona* para las temporadas 2003/2004 a 2007/2008 (cinco temporadas completas). *TVC* también ostentaba los derechos del *Español* hasta la temporada 2007/2008. Los contratos de *TV Cataluña* con *Barcelona* y *Espanyol* tenían una vigencia que no superaba el fin de la temporada 2007/2008, aunque contenían derechos de adquisición preferente una vez vencidos. *TV Cataluña* no llegó a hacer uso de los derechos de adquisición preferente sobre los derechos audiovisuales del *Barcelona* y el *Espanyol*, en la medida que había renunciado expresa o tácitamente a los mismos en el marco de sus acuerdos con *Mediapro*.
- d. **TVV**. *TVV* irrumpió en el tercer ciclo de renovaciones verificado en la temporada 2005/2006 en el que se hizo con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de *Valencia* y *Villarreal* por cinco temporadas (2006/2007 a 2010/2011). Ambos clubes ejercieron su derecho de rescisión unilateral para las dos últimas temporadas (2009/2010 y 2010/2011) para cederlos, junto con los correspondientes a las dos siguientes temporadas (2011/2012 y 2012/2013), a *Mediapro*. Así, la duración inicialmente prevista de los contratos con *TVV* no llegó a exceder de tres temporadas.
- e. **Telemadrid y Cajamadrid**. Ambas, a través de una empresa conjunta, *Madrid Audiovisual, S.A.*, habían irrumpido en el cuarto ciclo de renovaciones puesto en funcionamiento en las temporadas 2006/2007 y comienzos de la 2007/2008 para hacerse con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de *Getafe* y *Atlético de Madrid* por cinco temporadas (2009/2010 a 2013/2014).

Desde la ***perspectiva de la oferta***, a resultas de los contratos celebrados con los anteriores demandantes o adquirentes, la situación era la siguiente:

- i. **Comienzos de la temporada 2007/2008**. Antes del inicio de las competiciones de Liga y Copa de S.M. el Rey en la temporada 2007/2008, 38 de los 42 clubes de Primera y Segunda División (*Betis, Athletic, Barcelona, Espanyol, Real Madrid, Atlético de Madrid, Sevilla, Deportivo de la Coruña, Racing Santander, Valencia, Villarreal,*

Recreativo Huelva, Mallorca, Osasuna, Zaragoza, Getafe, Valladolid, Almería, Real Murcia, Gimnàstic, Real Sociedad, Celta de Vigo, Salamanca, Málaga, Eibar, Las Palmas, Numancia, Albacete, Elche, Alavés, Xerez, Ejido, Sporting de Gijón, Granada 74, Castellón, Córdoba, Racing de Ferrol y Hércules) tenían contratos con uno o varios operadores para cederles en exclusiva sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, habiendo así quedado sus derechos fuera del mercado por cuatro o más temporadas completas.

- ii. **Comienzos de la temporada 2008/2009.** Antes del inicio de las competiciones de Liga y Copa de S.M. el Rey en la temporada 2008/2009, otros cinco clubes, que jugaban en Segunda División en la temporada 2008/2009 (*Levante, Rayo Vallecano, Girona, Huesca y Alicante*), tenían contratos con uno o varios operadores para cederles en exclusiva sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, habiendo así quedado sus derechos fuera del mercado por cuatro o más temporadas completas.
- iii. **Comienzos de la temporada 2009/2010.** Asimismo, el 16 de febrero de 2009, el *Tenerife*, al ceder a *Sogecable* en exclusiva sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2012/2013, los dejó fuera del mercado por cuatro temporadas completas.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la adquisición de los derechos sobre eventos deportivos importantes para televisión (en abierto o de pago) en el caso AVS III/colusión

(1) Contratos de adquisición de derechos de los clubes

Pasamos a continuación a referirnos a los principales aspectos de esta evaluación, a saber, los contratos de cesión de derechos audiovisuales de fútbol como acuerdos verticales, la aplicación de la regla de minimis, la aplicación del reglamento de exención por categorías, la incidencia del efecto cierre derivado del sistema híbrido español basado en el derecho de veto del club visitante, la cobertura del mercado primario por toda una red de acuerdos, la exclusión de los derechos del mercado primario durante largo tiempo y las conclusiones:

- ❖ **Los contratos de cesión de derechos audiovisuales de fútbol como acuerdos verticales.** En relación con los acuerdos entre clubes de fútbol y operadores para la adquisición en exclusiva de los derechos audiovisuales de fútbol del club cedente era evidente que se trataba de acuerdos verticales entre empresas/operadores que no competían en el mismo mercado de producto. Al ser acuerdos verticales de adquisición en régimen de exclusiva de derechos de contenido económico sobre un bien, los derechos cedidos por el club, que el adquiriente agrupaba conformando productos distintos (partido semanal en abierto, partidos en TV de pago, partidos en PPV, resúmenes, etc.) para su posterior reventa o explotación en todas las modalidades posibles, en todo el mundo y por un tiempo determinado, dado el contexto jurídico y económico en el que se celebraban, podían tener aptitud para producir el efecto de restringir la competencia en los mercados de adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey y, por extensión, en los descendentes de la puesta en común y reventa de esos derechos de que luego trataremos.

- ❖ **Aplicación de la regla de minimis.** La autoridad de la competencia consideró inaplicable la regla de minimis del Art. 1 del RDC, pues resultaba de forma clara del Art. 2.4.b) del mismo reglamento que la exención de la prohibición del Art. 1.1 LDC, atendiendo a la menor importancia del acuerdo, no era aplicable cuando más del 50 % del mercado relevante estuviera cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias fueran similares, habiendo quedado acreditado en el expediente que el 100 % del mercado de la adquisición de derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey estaba cubierto por redes paralelas de contratos de suministro en exclusiva de consecuencias similares.
- ❖ **Aplicación del reglamento de exención por categorías.** Bajo este apartado cabría agrupar los siguientes aspectos, a saber, *la configuración de los acuerdos de adquisición como meros acuerdos de licencia, el umbral de cuota de mercado, la existencia de cláusulas de no competencia y la aplicación de la exención por categorías a los diversos acuerdos.*
- **La configuración de los acuerdos de adquisición como meros acuerdos de licencia.** En el párrafo 32 de las Directrices sobre restricciones verticales, la Comisión manifestaba que el Reglamento 2790/99 no cubría “*las licencias de derechos de autor tales como los contratos de radiodifusión relativos al derecho a grabar y/o el derecho a retransmitir un acontecimiento*”.

Para el CCNC, no obstante lo anterior, los contratos entre clubes y operadores no eran simples acuerdos de licencia para grabar o retransmitir un encuentro de fútbol, sino que en su virtud el cesionario adquiriría, en régimen de exclusiva, la titularidad y facultad de comercializar y explotar sin limitación alguna, incluso mediante la cesión a terceros, los partidos de las competiciones durante las temporadas señaladas en el contrato por cualquier sistema audiovisual o televisivo. Por tanto, el club cedía en exclusiva al operador cesionario un conjunto de derechos de explotación que permitían a éste, o a un tercero autorizado por él, producir una amplia variedad de bienes o productos para su posterior comercialización en diversos mercados de las más variadas formas, como podrían ser: la emisión en directo o en diferido de un encuentro; la agrupación de derechos de varios clubes para su reventa en paquetes a operadores de televisión, de telecomunicaciones o de Internet; la fijación de copias de uno o varios encuentros, íntegros o fraccionados, en CDs, DVS o bases de datos para su reventa a través de cualquier canal de comercialización, etc.

Así pues, el objeto principal de los acuerdos controvertidos no era la concesión de una licencia de derechos de propiedad intelectual, sino establecer las condiciones en las que se adquiriría un bien, la serie de partidos de fútbol objeto del contrato, para su posterior explotación audiovisual o reventa, y a este objeto la adquisición de todos los derechos audiovisuales, asimilables a derechos de autor o de propiedad intelectual, que hacían factible al adquiriente la reventa del bien adquirido o de los bienes producidos sobre la base de aquél en los distintos mercados.

En definitiva, se trataba de acuerdos verticales que conforme a la primera frase del Art. 2.3 del Reglamento CE 2790/99 podían quedar cubiertos por la exención por categoría, a condición de que se cumplieran los demás requisitos, lo que, como veremos, no llegaba a suceder.

- **El umbral de cuota de mercado.** Con arreglo al Reglamento CE 2790/1999 sobre restricciones verticales no se consideraban acuerdos prohibidos por los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC los acuerdos verticales que contuvieran obligaciones de suministro o cesión en exclusiva, a condición de que la cuota del comprador no excediera del 30 % del mercado de referencia en que se adquiriesen los bienes o servicios.

Para el CCNC, que se atenía al Art. 9 del Reglamento 2790/99, la cuota de mercado se debía calcular por el lado de la demanda, esto era, del operador adquiriente, conforme al valor de los derechos audiovisuales adquiridos y no por el número de clubes adquiridos, como había llegado a sostener *Mediapro*, por cuanto el valor no era igual para todos los clubes, y tomando como referencia no el año, sino la temporada, por ser la competencia por el mercado y cederse los derechos por temporadas.

Con arreglo a ese Art. 9:

“1. La cuota de mercado del 30 % prevista en el apartado 1 del artículo 3 se calculará sobre la base del valor de mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales y otros bienes o servicios vendidos por el proveedor, que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto; si no se dispone de datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado, incluidos volúmenes de ventas en el mercado, para determinar la cuota de mercado de la empresa de que se trate. A efectos del apartado 2 del artículo 3, el valor de mercado de la compra, o las estimaciones sobre éste, se utilizará como base de cálculo de la cuota de mercado.

2. A efectos de la aplicación del límite de cuota de mercado previsto en el artículo 3, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) la cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente;*
- b) la cuota de mercado incluirá los bienes o servicios suministrados a los distribuidores integrados a los efectos de la venta;*
- c) cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori sin exceder del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 30 %;*
- d) cuando la cuota de mercado no supere inicialmente el 30 % pero se incremente a posteriori por encima del 35 %, la exención prevista en el artículo 2 seguirá aplicándose durante un año natural a contar a partir del año en que se sobrepase por primera vez el umbral del 35 %;*
- e) los beneficios de las letras c) y d) no podrán ser combinados de manera que excedan de un período de dos años naturales”.*

Tomando la fecha más tardía posible, en noviembre de 2006 *Mediapro* superó por primera vez la cuota del 35 % en el mercado de adquisición de derechos para las temporadas 2009/2010 y siguientes. Por ello, en aplicación de lo dispuesto por el Art. 9.2 letras c), d) y e) del Reglamento 2790/1999, a partir del 1 de enero de 2008 o, como muy tarde, a partir de 1 de enero de 2009, todos los contratos firmados por

Mediapro habrían dejado de estar amparados por la exención del Reglamento CE 2790/1999.

Por otra parte, cuando los operadores audiovisuales alcanzaran acuerdos expresos o tácitos para la puesta en común de sus derechos audiovisuales se debían sumar sus respectivas cuotas de mercado a los efectos de valorar si resultaba aplicable el Reglamento 2790/99. Así, desde el acuerdo de 24 de julio de 2006 con *Sogecable*, y por el tiempo en que fue efectiva la puesta en común que del mismo se derivó, los contratos de adquisición en exclusiva de derechos audiovisuales de fútbol firmados por *Mediapro* no resultaban, también por este motivo, cubiertos por el citado Reglamento de exención por categorías, al superar ampliamente ambos operadores la cuota del 30 % del mercado de compra considerado.

- ***La existencia de cláusulas de no competencia.*** Los contratos de cesión o suministro en exclusiva tenían un efecto equivalente a un pacto de no competencia, en la medida en que impedían al club ceder a un tercero competidor del comprador los derechos audiovisuales adquiridos.

De acuerdo con el Art. 5 del Reglamento de Exención por categorías:

“La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; no obstante, este límite temporal de cinco años no se aplicará cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador [...]”

Por ello, en virtud de lo dispuesto en el Art. 5.a) del Reglamento CE 2790/1999, en ningún caso estarían cubiertas por la exención por categorías las cesiones de derechos que afectasen a más de cinco temporadas, independientemente de quién fuera el comprador.

Las cláusulas de prórroga del contrato por descenso de Primera a Segunda División expuestas más arriba, en la medida en que suponían una ampliación tácita de la duración del contrato, pues dejaban en suspenso el contrato hasta que el club recuperara la categoría, tampoco estaban cubiertas por la exención del Reglamento CE 2790/1999 en lo que permitieran superar las cinco temporadas.

Y tampoco estaban cubiertas por esta exención por categorías los derechos de tanteo y retracto, también expuestos más arriba, y que figuraban en algunos contratos con clubes de fútbol, en la medida en que permitieran al operador adquiriente, sin necesidad de llegar a un nuevo acuerdo con el club, la ampliación de la duración de los contratos más allá de cinco temporadas en determinadas circunstancias.

➤ **Aplicación de la exención por categorías a los diversos acuerdos.** La situación era la siguiente:

- **Mediapro.** Era palmario que la exención por categorías no resultaba de aplicación a los acuerdos de compra celebrados por *Mediapro* ya fuera por exceder el umbral de cuota, ya por incorporar cláusulas de no competencia por cinco temporadas, o más si se consideraban los derechos de adquisición preferente o las cláusulas de prórroga automática por descenso.
- **Sogecable.** En principio, los acuerdos de compra por *Sogecable* a los clubes podrían llegar a beneficiarse de la exención por categorías por razones de cuota y de duración. Sin embargo, lo anterior resultaba irrelevante vistos los acuerdos de puesta en común celebrados por *Sogecable* con *TVC* (ver más abajo) y *Mediapro* (ver más arriba).
- **TVC.** Inicialmente, los contratos firmados por *TV Cataluña* con el *Barcelona* y el *Espanyol* podían estar amparados por la exención del Reglamento 2790/1999, en lo que no superasen las cinco temporadas, pues la cuota en el mercado de adquisición de ese operador no superaba el 30 %. Sin embargo, una vez que, en febrero de 2005, *TV de Cataluña* firmó con *Sogecable* y *AVS* un acuerdo de puesta en común de derechos, que abarcaba al 100 % de los equipos para la temporada 2005/2006, *TV Cataluña*, en conjunción con *Sogecable* y *AVS*, pasó a superar la cuota de mercado del 35 %, por lo que sus contratos dejaron también de estar amparados por la exención a partir de enero de 2007.
- **TVV.** Inicialmente, los contratos firmados por *TV Valenciana* con el *Valencia*, *Villarreal* y *Levante* podían estar amparados por la exención del Reglamento 2790/1999, en lo que no superasen las cinco temporadas, pues la cuota en el mercado de adquisición de ese operador no superaba el 30 %. Sin embargo, una vez que, en agosto de 2006, *TV Valenciana* firmó su acuerdo de puesta en común con *Mediapro*, la cuota de mercado que le era atribuible se correspondía con la de *Mediapro*. Por ello, como se apuntó para *Mediapro*, los contratos de *TV Valenciana* antes señalados dejaron de estar amparados por la exención a partir de enero de 2008 o enero de 2009. Pero, en todo caso, en la medida en que los contratos de *TV Valenciana* con *Valencia* y *Villarreal* habían sido rescindidos a partir de la temporada 2009/2010, sin que *TV Valenciana* hubiera hecho uso de sus derechos de adquisición preferente, no era necesario pronunciarse expresamente sobre esta cuestión, pues su duración no había llegado a superar las tres temporadas.
- **Telemadrid y Caja Madrid (a través de Madrid Deporte Audiovisual, S.A.).** Inicialmente, los contratos firmados por *Madrid Deporte Audiovisual, S.A.*, con *Atlético de Madrid* y *Getafe* podían estar amparados por la exención del Reglamento 2790/1999, en lo que no superasen las cinco temporadas, pues la cuota en el mercado de adquisición de ese operador no superaba el 30 %. No obstante, si bien no constaba en el expediente que hubieran alcanzado un acuerdo definitivo, estaba acreditado que habían alcanzado un principio de acuerdo para la puesta en común con *Mediapro*, con lo que sería de aplicación lo dicho para el caso de *TVV* en cuanto a la adición de su cuota a la de la propia *Mediapro* para

determinar la inaplicabilidad de la exención por categorías, teniendo en cuenta, además, que en este caso la duración alcanzaba de cualquier manera las cinco temporadas.

- **Situación general.** No obstante todo lo anterior, todos los operadores audiovisuales que habían adquirido individualmente derechos audiovisuales de fútbol de las competiciones españolas los habían puesto en común para su posterior reventa en los mercados de explotación aguas abajo. Así, había que concluir que todos y cada uno de los contratos, con independencia de la particular cuota de mercado del club o del adquiriente, contribuían de forma relevante a un efecto cumulativo de cierre que se derivaba de la existencia de una red paralela de contratos de suministro en exclusiva que cubría el 100 % del mercado de adquisición considerado. Así, ninguno de los operadores audiovisuales parte de esos contratos se podía acoger al Reglamento CE 2790/99 de restricciones verticales, por superar, individual o conjuntamente, el umbral del 30 % de cuota de mercado.

- ❖ **Incidencia del efecto cierre derivado del sistema híbrido español basado en el derecho de veto del club visitante.** Hubo ya oportunidad de referirse a este efecto de exclusión de la competencia potencial en el mercado primario de compra de derechos a los clubes al tratar del caso *AVS III/concentración*, sin embargo, no estaría de más ponerlo en el contexto del caso *AVS III/colusión*.

El derecho de oposición o veto del club visitante a la retransmisión del encuentro hacía en la práctica inviable la explotación independiente de los derechos audiovisuales y llevaba a que los adquirientes originarios hubieran de volcar los derechos adquiridos de los clubes en un *pool* o plataforma común de adquisición contra la asignación de un número concreto de partidos. Esto era así porque si un operador en el mercado de compra adquiría, por ejemplo, los derechos de uno de los veinte clubes de Primera División, pongamos el *Real Madrid*, ello no le daba derecho a retransmitir ninguno de los partidos disputados por ese club como no fuera que adquiriese también los derechos del club al que el *Real Madrid* se enfrentara, ya como local ya como visitante, en el concreto partido.

La anterior situación, como bien observó la autoridad de la competencia, alimentaba el monopsonio en el mercado primario, monopsonio que inicialmente había disfrutado *Sogecable* y que luego pasó a disfrutar *Mediapro*. La explicación de lo anterior podía hacerse sobre la base de diversos factores entre los que cabría destacar la generación de una suerte de ***efecto red*** y la existencia de ***posiciones de incumbencia relativa***:

- ***Efecto red.*** Cuanto mayor fuera el número de clubes cuyos derechos audiovisuales de Liga y Copa del Rey un operador controlara en exclusiva o más importantes fueran esos clubes, mayor sería su capacidad de explotar de forma eficiente estos derechos. Lo anterior determinaba que el adquirente con mayor/mejor cartera de derechos, al tiempo de salir al mercado los derechos de un club, contase con un mayor incentivo para pagar un precio más alto que el que pagaría un tercero competidor, porque el número total de partidos cuya explotación perdería de no adquirirlos resultaba mayor que el número de partidos cuya explotación podía obtener el tercer adquirente. A su vez, los clubes estarían incentivados para vender

al incumbente de derechos, en detrimento de los competidores potenciales de éste en el mercado de compra, por ser el que estaría dispuesto a abonar un mayor precio.

Simultáneamente, a medida que el incumbente fuera acumulando el mayor número de derechos o los de los clubes más importantes, el valor de los que pudieran adquirir sus competidores iría reduciéndose al ofrecer cada vez menos garantías de poder ser explotados sin contar con el propio incumbente o de traducirse en un número concreto de partidos. Siendo este el escenario, pudiera ser que la única opción viable de recuperar la inversión fuera la de revender al incumbente los derechos adquiridos o la de aportarlos al *pool*. Del mismo modo, resultaba imaginable que, ante el riesgo de no poder rentabilizar su inversión, el operador renunciara a pujar por los contenidos en el mercado primario y decidiera acudir como demandante al mercado aguas abajo de la reventa.

- ***Posiciones de incumbencia relativa.*** En la medida en que todos los clubes de fútbol vendían todos sus derechos audiovisuales de Liga y Copa (excepto la final) para todas las modalidades de explotación, en exclusiva a un único operador, por un determinado número de temporadas, cabía concluir que en el mercado español de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa la competencia entre operadores se producía episódicamente, cuando el club sacaba sus derechos audiovisuales de nuevo al mercado. El hecho de que los derechos de todos los clubes no salieran al mercado al mismo tiempo, sino de forma escalonada favorecía, igualmente, al adquiriente mayoritario o dominante, que intervenía en la puja con la posición de ventaja que le confería el ser ya titular de los mayores o más importantes derechos.
- ❖ **Cobertura del mercado primario por toda una red de acuerdos.** Dada también esa circunstancia de que todos los clubes de fútbol vendían todos sus derechos audiovisuales de Liga y Copa (excepto la final) para todas las modalidades de explotación, en exclusiva a un único operador, por un determinado número de temporadas, de ella resultaba que en el mercado español de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa existía una red en paralelo de contratos de suministro/cesión en exclusiva de derechos audiovisuales. Lo anterior alimentaba el efecto cierre del mercado primario derivado del sistema español de comercialización de derechos (párrafo 206 de la Comunicación de la Comisión Europea, de 13 de octubre de 2000, sobre directrices relativas a las restricciones verticales).
- ❖ **Exclusión de los derechos del mercado primario durante largo tiempo.** Para que los efectos restrictivos no superasen las eficiencias que generaban las cesiones en exclusiva de todos los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de un club, era necesario asegurar la apertura del mercado estableciendo limitaciones a la libertad de pacto de los clubes de fútbol y de los operadores adquirientes en exclusiva de derechos audiovisuales de fútbol de la Liga y Copa, especialmente en lo que se refería a su duración y a la inclusión de derechos de adquisición preferente o de prórroga. Los riesgos de exclusión de los competidores potenciales del mercado primario de compra de derechos se veían así acentuados a consecuencia del largo tiempo durante el cual quedaban los mismos excluidos del mercado primario.

A este respecto, eran cuestiones esenciales la ***fijación de las reglas para el cómputo de ese plazo***, la ***determinación del umbral temporal más allá del cual el acuerdo***

resultaba anticompetitivo, la aplicación del principio de proporcionalidad y la aplicación del principio de confianza legítima.

➤ ***Fijación de las reglas para el cómputo del plazo de exclusión.*** Para la determinación de cuál era el periodo de tiempo durante el cual se producía esa exclusión se hacía necesario ponderar diversos factores:

- **La duración en sí de los contratos de cesión.** Era esta la inicialmente pactada en el contrato entre el club y el operador y la misma podía ser objeto de adiciones por aplicación de las reglas siguientes.
- **La posibilidad de ampliar la duración del contrato vigente mediante mecanismos contractuales diversos (derechos de tanteo y retracto, opciones de compra u otros de adquisición preferente o de primera negociación, prórrogas automáticas y suspensiones del contrato, etc.).** Se trataba de mecanismos contractuales, formalmente de naturaleza diversa, pero que tenían de común el ser aptos para prolongar la exclusión de los derechos por más tiempo del inicialmente pactado y para amplificar el efecto de cierre del mercado respecto de potenciales adquirentes. Por estas razones debía tenerse en cuenta su incidencia a la hora de computar el tiempo durante el cual podían los derechos quedar excluidos del mercado primario.
- **El vencimiento escalonado en el tiempo de los distintos contratos que firmaba el club de fútbol.** La determinación de la duración de los contratos presentaba una cierta dificultad, derivada del hecho de que fuera práctica común de los clubes españoles sacar anticipadamente los derechos al mercado. Es decir, los clubes solían ofertar sus derechos en un momento temporal en el que al contrato vigente le restaban una o más temporadas completas para finalizar, lo que reforzaba el efecto de exclusión de la duración efectiva del contrato. Lo anterior suscitaba las siguientes cuestiones:
 - *Exclusión del cómputo de la temporada en curso.* Para la autoridad de la competencia sólo la temporada en curso en el momento de la firma del contrato debía excluirse del cómputo con vistas a la fijación del número de temporadas en que los derechos de un club quedaban fuera del mercado. La exclusión del cómputo de un plazo mayor que ese de la temporada en curso no estaba justificada, toda vez que las negociaciones con los clubes de fútbol para la adquisición de sus derechos audiovisuales no se hacían en condiciones transparentes ni predecibles y dada la posición de ventaja de la que partía el incumbente de derechos por lo que se dijo más arriba con vistas a la adquisición. Se exceptuaba además de lo anterior el caso de que, no teniendo el club cedido a un tercero los derechos de la temporada en curso en el momento de la firma del contrato, éste incluyera dentro de su duración dicha temporada en curso, caso en el cual dicha temporada en curso sí se incluiría en el cómputo.
 - *Cómputo conjunto de la vigencia de los diversos contratos.* Desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, la firma por cada club de contratos escalonados en el tiempo implicaba que cuando el club de fútbol firmaba el segundo contrato, el efecto de exclusión que se derivaba de la

cesión en exclusiva, incluso cuando la firma tuviera lugar con diferentes operadores, se extendía en el tiempo por el plazo de vigencia restante del primer contrato más el plazo de vigencia del segundo contrato. Por ello, como consecuencia del segundo contrato, el club y el segundo adquiriente estaban dejando fuera del mercado los derechos del club por un número de temporadas *de facto* superior a la estricta vigencia temporal de ese segundo contrato. Por este motivo, se computaba conjuntamente la vigencia de los distintos contratos escalonados en el tiempo, sin tener en cuenta, por norma general, la temporada efectivamente en curso en el momento de la firma del último contrato.

Este sistema de cómputo no significaba que el operador audiovisual del primer contrato, que por sí mismo no tenía una duración superior a las tres temporadas, fuera responsable de la infracción de las normas de competencia producida conforme a ese sistema de cómputo por un nuevo contrato. De este nuevo contrato dicho operador no era parte, al haber sido firmado por el club con un tercer operador para futuras temporadas cuando aún restaban pendientes de cumplimiento del primer contrato una o más temporadas completas. La infracción de los Arts. 101 TFUE y 1 LDC la causaba este segundo contrato, si situaba los derechos del club fuera del mercado por más de tres temporadas completas, y eran responsables de tal infracción administrativa el club y el operador audiovisual del segundo contrato. Se exceptuaba el caso de que ambos operadores audiovisuales, el saliente y el entrante, hubieran acordado de forma explícita o tácita la puesta en común de sus derechos audiovisuales en cuyo caso ambos operadores serían responsables de situar los derechos de ese club fuera del mercado por el tiempo que restase de vigencia al primer contrato más las temporadas cubiertas por el segundo.

- **Determinación del umbral temporal.** En relación con la duración de las exclusivas de suministro, el párrafo 205 de las Directrices sobre restricciones verticales de la Comisión Europea señalaba que:

“No sólo es de importancia la «posición de mercado del comprador» en los niveles superior e inferior del mercado, sino también en qué medida y por cuánto tiempo existe una obligación de suministro exclusivo. Cuanto mayor sea el porcentaje de suministro vinculado y la duración del suministro exclusivo, más importante será previsiblemente la exclusión. Los acuerdos de suministro exclusivo de duración inferior a cinco años suscritos por empresas no dominantes requieren por lo general sopesar los efectos favorables y los anticompetitivos; en cambio, los acuerdos de duración superior a cinco años no se consideran, en la mayoría de los tipos de inversiones, necesarios para obtener las supuestas eficiencias, o las eficiencias no son suficientes para compensar el efecto de exclusión de tales acuerdos de suministro exclusivo a largo plazo”.

Sin embargo el CCNC no consideraba justificada la aplicación del plazo de cinco años a la vista de una serie de factores a los que nos referimos más arriba y que contribuían a intensificar el efecto cierre, a saber, la tendencia al oligopsonio, la cobertura del 100 % mercado por una red de acuerdos de suministro exclusivo con efectos anticompetitivos similares, el efecto red, las posiciones de incumbencia relativa con vistas a la adquisición de nuevos derechos, etc.

A estos factores podían añadirse otros, a saber:

- **Ausencia de eficiencias ligadas a la necesidad de afrontar inversiones.** Los adquirentes de derechos audiovisuales no necesitaban hacer inversiones específicas significativas para poder explotar estos derechos, en la medida en que éstos ya disponían de los medios necesarios para retransmitir los partidos, o podían acudir a un elevado número de operadores, ya fueran televisiones o productores independientes, con capacidad y experiencia para retransmitir los partidos, por lo que no estaba justificado el recurso a los acuerdos de suministro exclusivo de larga duración para la amortización de inversiones
- **Precedentes en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia.** En cualquier caso, los antecedentes nacionales y comunitarios mostraban que un periodo máximo que no llegara a las cuatro temporadas era suficiente para obtener las eficiencias derivadas de este tipo de exclusivas, al tiempo que permitía asegurar que pudiera existir competencia por los derechos de audiovisuales de los clubes de fútbol con una periodicidad mínima.
- **Correspondencia con la duración de los contratos celebrados aguas abajo en el mercado de la reventa.** Los derechos audiovisuales de fútbol se revendían aguas abajo por periodos de tres temporadas, como era el caso de las reventas realizadas por *Mediapro* para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012. La limitación a tres temporadas de los acuerdos de compra en el mercado primario permitía establecer una correspondencia entre los contratos de adquisición y los de reventa aguas abajo en los mercados de televisión que resultaba deseable, en la medida en que evitaba distorsionar los incentivos que tenían los operadores audiovisuales a la hora de optar por una u otra vía de adquisición de los derechos audiovisuales de fútbol de las competiciones españolas, la vía de acudir al mercado primario y la vía de acudir a la reventa (a esta cuestión nos referiremos en detalle al tratar de la evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado secundario de la reventa).
- **Imposición del umbral temporal a todos los operadores.** La falta de simetría derivada de la imposición por el ACM 2002 únicamente a *Sogecable* de la obligación de limitar la vigencia de sus futuros contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol a un máximo de tres años, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto, a juicio del Consejo, y pese a que *Mediapro* lo negaba, había propiciado ya la entrada de *Mediapro* en el mercado de adquisición considerado, por lo que se podía entender que tal medida regulatoria había cumplido el objetivo de introducir competencia en el mercado.

Así lo había entendido también el TDC en el Informe de la concentración C-102/06 *Sogecable/AVS*, e igualmente el ACM 2007, en el que se desarrollaban las condiciones impuestas por el mismo TDC en ese mismo caso *AVS III/concentración* y en el que se señalaba que si bien esa condición impuesta a *Sogecable* como operador dominante pudo haber tenido justificación al tiempo del ACM 2002, no la tenía en 2007 tras la entrada de *Mediapro* en el mercado de adquisición. Por ello el ACM 2007 disponía que, una vez se hubiese ejecutado la

concentración autorizada, se dejaría sin efecto la referida medida regulatoria, y no porque se tuviera “*la creencia de que los contratos con clubes de fútbol puedan tener una duración indefinida*”. Alegaba *Mediapro* que había entrado en el mercado por haber pagado más que *Sogecable* por los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol, pero el Consejo consideró que de ser ello cierto fue posible porque ella pudo, y *Sogecable* no, ofrecer contratos por cinco temporadas y, por tanto, diseñar un modelo de negocio completamente distinto al que, respetando el ACM 2002, *Sogecable* podía ofrecer a los clubes.

Por todo ello, sin introducir rigideces innecesarias, con el objeto de ofrecer un trato simétrico a todo operador dentro de un contexto de limitación de la vigencia temporal de los contratos de adquisición, que facilitase la efectiva existencia de una competencia periódica por la cesión de los derechos audiovisuales de los clubes de fútbol, la limitación a un máximo de tres temporadas de los contratos de adquisición en exclusiva de todos los derechos audiovisuales del club para toda ventana de explotación, debía recaer tanto sobre todo adquiriente de estos derechos, como sobre los clubes de fútbol que los cedían.

En vista de lo anterior, el CCNC llegó a la conclusión de que en aplicación de los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC, en tanto subsistiera el sistema híbrido español de venta de derechos, no existía justificación para proceder a la adquisición en exclusiva de derechos por cuatro o más temporadas completas, ni tampoco para que los clubes excluyeran por cuatro o más temporadas completas sus derechos del mercado al firmar acuerdos escalonados con uno o varios operadores. O, puesto en otros términos, que los contratos de adquisición de derechos, para poder quedar cubiertos por las eficiencias, debían limitarse a tres temporadas, y que no debía introducirse en ellos ningún mecanismo que privilegiara la renovación porque, de lo contrario, tales acuerdos habrían de considerarse prohibidos con arreglo a los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE.

- ***Aplicación del principio de proporcionalidad.*** Los contratos de cesión en exclusiva referenciados en el expediente presentaban determinadas eficiencias para los consumidores, en la forma de ahorros de costes de transacción y facilitación de los derechos audiovisuales, que podían determinar su exención de la prohibición de acuerdos restrictivos, en la medida en que no presentasen restricciones que no fueran indispensables para alcanzar esas eficiencias, en particular, si la duración de la cesión en exclusiva no resultaba excesiva.

Por aplicación del principio de proporcionalidad, era necesario tener en cuenta el impacto que tendría para los consumidores y para los operadores, que sin ser parte de estos contratos hubieran adquirido en el mercado de reventa derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa para su comercialización en los mercados de explotación relacionados aguas abajo (televisión en abierto y televisión de pago esencialmente), declarar contrarios a la normativa de competencia todos los contratos de adquisición vigentes en ese momento, que tuvieran una duración de cuatro o más temporadas completas.

En particular, considerando que los derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa ya habían sido revendidos por *Mediapro* para los mercados de televisión en abierto y de pago para tres temporadas (2009/2010 a 2011/2012), hallándose esta reventa y

su adecuación o no al Derecho de la competencia en fase de análisis por la DI en el expte. S/153/09 (ver las referencias al caso *Gol Televisión*), el Consejo juzgó que los contratos analizados en el expediente, en lo que su vigencia no superase la temporada 2011/2012, contribuían a promover la comercialización de los derechos considerados, que eran en particular un *input* básico en la televisión de pago, en el sentido de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

El mantenimiento de la vigencia de los contratos analizados hasta la temporada 2011/2012, permitía, a su vez, no alterar los contratos formalizados por operadores audiovisuales con los consumidores finales e intermedios (bares), los cuales habían adquirido hasta final de la temporada 2011/2012 tales derechos, con lo que cabía considerar que también los consumidores se beneficiaban de las ventajas que se derivaban de aplicar la exención legal. La aplicación de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE exigía que los acuerdos no incorporasen restricciones innecesarias para conseguir el objetivo de eficiencia, que en este caso estaba ligado al mantenimiento de la seguridad jurídica en los mercados de explotación de los derechos audiovisuales ya comercializados hasta la temporada 2011/2012. Por ello, el Consejo consideraba que sólo cumplían este requisito negativo de exención los contratos analizados en el expediente en lo que su vigencia no superase la temporada 2011/2012.

De declararse contrarios a los artículos 1 LDC y 101 TFUE los contratos vigentes en lo que no superasen la temporada 2011/2012, aún cuando su duración fuera de cuatro o más temporadas completas, se podría generar un efecto perjudicial en el mercado de reventa de derechos de retransmisión de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol, y en los mercados aguas abajo donde se explotaban estos derechos audiovisuales, que repercutiría negativamente, en última instancia, en los consumidores, pues de pronto una parte de los equipos quedarían excluidos del sistema de explotación que había configurado *Mediapro*, al no disponer esta entidad ya de sus derechos.

En el caso concreto el CCNC, por aplicación del principio de proporcionalidad y de estas consideraciones, vino a entender que, por su incidencia sobre los consumidores, las consecuencias negativas de la declaración de prohibición de los contratos con una duración de cuatro o más temporadas podían ser mayores que sus beneficios. Por ello, atendiendo a la excepcionalidad del entramado contractual existente en ese momento, el Consejo resolvió que, por aplicación de la exención legal prevista en el Art. 1.3 de la LDC y en el Art. 101.3 del TFUE, los contratos vigentes se considerasen compatibles con el Derecho de la competencia en lo que su vigencia no superase la temporada 2011/2012 y prohibidos y nulos en lo que su vigencia comprendiese la temporada 2012/2013 y siguientes.

- ***Aplicación del principio de confianza legítima.*** En línea con lo anterior, decidió también el Consejo no sancionar económicamente a los agentes económicos por los contratos de cesión/adquisición de derechos audiovisuales entre clubes de fútbol y operadores, en cuanto tales contratos hubieran de entenderse prohibidos. Entendió que podían existir dudas razonables de que la medida regulatoria impuesta por el ACM de 2002, de limitar la duración de los nuevos contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol a tres años, pudiera ser interpretada por clubes y

operadores no dominantes como un indicio de que duraciones superiores podían resultar incompatibles con el Derecho de la Competencia.

Sin embargo, en la medida en que el *Informe del fútbol* de 11/06/2008 se pronunciaba claramente sobre la limitación de los contratos de adquisición en exclusiva de estos derechos a tres o cuatro años (que no temporadas) y sobre la prohibición de los derechos de tanteo y retracto, la alegación de confianza legítima en la actuación precedente de las autoridades de competencia (v. STS, Sala 3ª, de 3/02/2008, Fundamento de Derecho 1º, RJ\2009\589) resultaba notablemente debilitada, y claramente no podía prosperar desde la fecha en que la DI había notificado a las partes el primer PCH de 1 de septiembre de 2008.

Por tanto, el Consejo consideró que la apelación realizada por algunas de las partes (*Barcelona, Espanyol y Mediapro*) al principio de confianza legítima debía ser parcialmente aceptada, en el sentido de llevar a la CNC a no sancionar a las partes firmantes por los contratos de adquisición de derechos que, con una vigencia superior a tres temporadas, fueron firmados hasta el año 2002, por cuanto no fueron puestos en cuestión ni por la autoridad de competencia comunitaria (en el caso *AVS II*), ni por las nacionales en el marco de la concentración *Sogecable/ Vía Digital*. Por igual motivación no se imponían sanciones por los contratos de adquisición de derechos firmados por *Sogecable* y *Mediapro* a lo largo de la temporada 2005/2006 y hasta la fecha del primer PCH para más de tres temporadas completas, pues frente a la opinión de algunas partes (*ONO, AOC*) esos contratos se firmaron en una situación de competencia entre ambos operadores propiciada por el ACM de 2002.

El principio de confianza legítima no resultaba, sin embargo, aplicable para los contratos de adquisición de derechos posteriores a la fecha del primer PCH. No obstante, respecto de éstos, sólo procedía la imposición de sanción, en la medida en que excedieran de las tres temporadas completas y su duración fuera más allá de la temporada 2011/2012, pues, de no ser así, no se consideraban prohibidos por aplicación de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE.

- ❖ **Conclusiones.** Las conclusiones sobre los contratos de adquisición en exclusiva formalizados con los clubes fue, a la vista de lo expuesto, la de que no cabía considerar que los contratos de cesión en exclusiva de derechos audiovisuales de fútbol analizados que, teniendo una duración superior a tres temporadas, y en lo que su vigencia superase la temporada 2011/2012, generasen eficiencias que superasen sus efectos restrictivos en los mercados considerados, por lo que tales contratos eran acuerdos contrarios a las prohibiciones de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE. Por esta misma razón, las cláusulas contractuales que contenían derechos de adquisición preferente, prórrogas automáticas o cualquier otro instrumento contractual que permitiera prolongar la exclusión de los derechos cedidos más allá de la temporada 2011/2012 eran acuerdos restrictivos de la competencia contrarios a los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE.

Conforme a los Hechos Probados de la Resolución, en particular, tenían una vigencia superior en la temporada 2011/2012 los siguientes contratos de adquisición de derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa: (i) los contratos de *Sogecable* con *Betis* (HP 65, hasta 2013/2014) y *Tenerife* (HP 66, hasta 2012/2013); (ii) de *Mediapro* con *Barcelona* (HP 81, hasta 2012/2013), *Real Sociedad* (HP 83, hasta 2012/2013), *Real Madrid* (HP 85, hasta 2013/2014), *Espanyol* (HP 86, hasta 2013/2014), *Celta* (HP 87,

hasta 2013/2014), *Osasuna* (HP 88, hasta 2013/2014), *Coruña* (HP 89, hasta 2013/2014), *Gimnàstic* (HP 91, hasta 2013/2014); *Alavés*, *Almería*, *Albacete*, *Castellón*, *Granada*, *Córdoba*, *Eibar*, *Elche*, *Racing Ferrol*, *Sporting Gijón*, *Recreativo Huelva*, *Málaga*, *Las Palmas*, *Jerez*, *Mallorca*, *Numancia*, *Salamanca*, *Valladolid*, *Ejido*, *Cádiz*, *Hércules*, *Levante*, *Rayo Vallecano*, *Huesca* y *Alicante* (HP 92, hasta 2013/2014), *Valencia* (HP 93, hasta 2013/2014), *Villareal* (HP 94, hasta 2013/2014), *Girona* (HP 95, hasta 2012/2013); (iii) de *Telemadrid* y *Caja Madrid* (HP 97, hasta 2013/2014).

(2) Pactos de no competencia para la adquisición de derechos de los clubes

El acuerdo de 24 de julio de 2006 establecía en su cláusula quinta un pacto de no competencia en el mercado primario de la adquisición de derechos de los clubes entre *Sogecable*, *Mediapro*, *AVS* y *TVC*, al fijar por una duración indefinida que:

- “Corresponde a *AVS* la adquisición de derechos de los clubes de fútbol que participen en las competiciones de Liga de fútbol de Primera y Segunda División, distintos de los enunciados en los expositivos 1 y 2 [que no hubieran sido aportados por *Mediapro* y *AVS*], para las temporadas 2006/2007 y sucesivas”.

- “Corresponde a *AVS* la renovación de los derechos de todos los clubes de fútbol que participen en las competiciones de Liga de fútbol de Primera y Segunda División, al vencimiento de los contratos actualmente vigentes y de los contratos que se suscriban en cumplimiento del párrafo anterior. Como única excepción a lo anterior, en los términos que se recogen en el Anexo I, *AVS* y *Mediapro* encomiendan a *Sogecable* la renovación de los derechos del *Real Madrid* para las temporadas 2009/2010 y sucesivas, con el fin de adaptar el contrato con este equipo a las condiciones generales que se infieren del presente acuerdo”.

El Consejo consideró que el texto transcrito contenía un pacto de no competencia entre *Sogecable*, *AVS*, *TVC Cataluña* y *Mediapro* en el mercado de adquisición de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey. Como tal acuerdo horizontal entre competidores en dicho mercado de adquisición, la conducta tenía por objeto restringir la competencia, eliminándola entre las partes, en ese mercado, y podía producir el efecto de también restringir la competencia en el mercado de la reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, conforme a los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE, en la medida en que impedía por un tiempo indefinido a *Sogecable* (con la excepción del *Real Madrid*), *TVC Cataluña* y *Mediapro* acudir por su cuenta al mercado de adquisición de derechos retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey y, por lo tanto, perseguía eliminar la competencia futura entre esos operadores en la adquisición y reventa de tales derechos. El Consejo consideró que no era posible la aplicación de la exención de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en la medida en que era un acuerdo restrictivo de la competencia por el objeto.

Es decir, se eliminaba entre las partes, los principales operadores del mercado, para las tres temporadas iniciales, la competencia respecto de los clubes que ninguna de las partes aportaba al *pool*, y respecto de todos los clubes de 1ª y 2ª división de cara a las temporadas subsiguientes, con el evidente objeto de perpetuar en el tiempo, más allá de tres temporadas, un modelo de adquisición y explotación que no era el único compatible con las normas de competencia y, por tanto, sin que existiera un derecho de *Sogecable* a mantener

indefinidamente vigente un modelo que favorecía sus intereses a costa de introducir restricciones no indispensables en los mercados de adquisición y de reventa. No obstante, la virtualidad de ese pacto de no competencia se había visto muy mermada a la luz de toda una serie de circunstancias posteriores al propio acuerdo *AVS III*. Así, *Mediapro* había firmado contratos con clubes de fútbol tras el 24 de julio de 2006, en aparente contradicción con la cláusula de no competencia y so pretexto de ser ésta ilícita. Por otra parte, el acuerdo establecía que, en caso de incumplimiento grave, la parte incumplidora cedería los derechos audiovisuales de los que fuera titular a la cumplidora. En el anterior contexto jurídico y económico, el Consejo consideró que la configuración de los contratos de adquisición en exclusiva de derechos audiovisuales de los clubes de fútbol, que *Mediapro* había formalizado incumpliendo lo pactado, llevaban a que la misma *Mediapro* se asegurase un control casi indefinido del mercado apoyándose en los efectos red existentes, en la larga duración de los contratos, en el vencimiento escalonado en el tiempo de éstos y en los derechos de adquisición preferente, prórrogas automáticas y otros mecanismos contractuales de efectos equivalentes que contenían algunos de ellos.

Si además se tenía en cuenta que *Mediapro* estaba verticalmente integrada con las actividades de televisión en abierto y de pago, los efectos restrictivos de la competencia de esta situación se agravaban. Aunque la integración vertical de *Mediapro* presentaba diferencias respecto de la del anterior monopolista (*Sogecable*), para el Consejo resultaba indudable que *Mediapro* tenía intereses en la TV en abierto, en la medida en que, a través del grupo *Imagina* del que formaba parte, disponía del control conjunto de *La Sexta* junto con *Televisa*, y que también tenía intereses en la TV de pago, pues controlaba el 100 % del capital social de *Gol Televisión SL*, que gestionaba un canal de TDT de pago (*Gol TV*), al que *Mediapro* había cedido los derechos de emisión de distintos partidos de fútbol en la modalidad de televisión de pago (acuerdos que eran objeto de análisis en el expediente S/0153/09; v. caso *Gol TV*). Pero, al margen de cuál hubiera llegado a ser la posición de *Mediapro* en el mercado, lo cierto es que la CNC resolvió sancionar a *Sogecable*, *AVS*, *Mediapro* y *TV Cataluña* por haber alcanzado un pacto de no competencia en el mercado de la adquisición de los derechos audiovisuales en el marco del acuerdo de la concentración *Sogecable/AVS* de 24 de julio de 2006. Las multas impuestas eran simbólicas si se atendía a la gravedad de la infracción y a la magnitud del mercado y del volumen de negocio de las empresas implicadas, pero lo cierto era que ese pacto de no competencia no había sido respetado por *Mediapro*. En concreto, la CNC impuso tanto a *Sogecable*, como a *Mediapro* una multa de 150.000 € a cada una; de 100.000 a *Audiovisual Sport (AVS)*; y de 25.000 € a *TV Cataluña*.

iv) Análisis estático de la estructura del mercado de la reventa de los derechos sobre eventos deportivos importantes para televisión (en abierto o de pago) en el caso AVS III/colusión

Este mercado, al igual que el anterior de la adquisición, había surgido en 1996 cuando los clubes comenzaron a vender directamente sus derechos para las temporadas 1998/1999 y siguientes. En dicho mercado, realmente y como sabemos, podrían englobarse dos niveles, a saber, el intermedio, en el que los diversos adquirientes originarios vuelcan sus derechos en la plataforma común o *pool* de derechos, y el posterior, en el que, como contraprestación a esa aportación, reciben los derechos sobre partidos concretos que podrán bien explotar directamente, fundamentalmente a través de plataformas de TV de pago o de TV en abierto, o bien revender a otros operadores audiovisuales; pudiendo configurarse como variante la de

que sea la propia plataforma común la que revenda los derechos a terceros. Lo definitorio era, pues, que los adquirientes originarios que volcaban sus derechos en la plataforma común eran también quienes obtenían como contrapartida por esa cesión el derecho a la retransmisión de concretos y determinados partidos. Es decir, que se cedían los derechos adquiridos de determinados clubes, que por sí solos no garantizaban el derecho a la retransmisión de los partidos, salvo que se acumulasen los derechos correspondientes a los dos equipos que se enfrentaban, y se obtenía como contraprestación el derecho a la retransmisión de partidos en concreto. En cuanto a las razones de que existieran unos elevados incentivos a poner los derechos en común en el marco de la plataforma de adquisición, las mismas fueron expuestas en detalle al tratar del caso *AVS III/concentración* y a él valdrá con remitirse.

Esta mecánica de puesta en común y asignación de partidos fue la que se articuló a través de los acuerdos *AVS I* y *AVS II*, que fueron examinados por las autoridades españolas y comunitarias de competencia, y también del acuerdo *AVS III*, de 24 de julio de 2006, cuyos aspectos concentrativos fueron ya estudiados en el caso anterior y cuyos aspectos concertativos son ahora objeto de estudio: (i) en *AVS I* quienes pasaban a emitir partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey eran *Sogecable* (a través de *Canal +* y *Canal Satélite Digital*), *Antena 3* y *FORTA* (de la cual era miembro *TV Cataluña*); (ii) en *AVS II* quienes inicialmente pasaban a emitir partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey eran *Sogecable*, *Telefónica* (a través de *Vía Digital*) y *FORTA*, y sólo tras la intervención de la Comisión Europea, *AVS* permitió a los distintos operadores de televisión de pago emitir los mismos partidos en PPV que se emitían en *Canal Satélite Digital* y *Vía Digital*; (iii) en *AVS III*, posteriormente, con la entrada de *Mediapro* como adquiriente, y tras el acuerdo de 24 de julio de 2006, *FORTA* fue sustituida en la temporada 2006/2007, en lo que se refería al partido en abierto, por *La Sexta*, *TV Valenciana* y *TV Cataluña* (estas dos últimas habían obtenido los derechos para emitir en abierto fuera del marco de la *FORTA* gracias a que habían firmado acuerdos con *Mediapro* para poner en común sus derechos).

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la reventa de los derechos sobre eventos deportivos importantes para televisión (en abierto o de pago) en el caso AVS III/colusión

(1) El acuerdo de puesta en común y de explotación entre Sogecable, AVS y TV Cataluña de 7 de febrero de 2005

En el expediente se llegó a considerar acreditada la existencia de este Acuerdo de 7 de febrero de 2005 entre *Sogecable*, *AVS* y *TV Cataluña*. En él podían diferenciarse dos niveles, a saber, uno de *puesta en común* y otro de *explotación*:

- ❖ *Nivel de puesta en común*. En este contrato, *TV Cataluña* cedía en exclusiva a *AVS* los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 del *Barcelona* (siempre que se cumpliera la condición de que *AVS* llegara a disponer de los derechos de un número mínimo de 8 clubes de Primera División, incluidos *Real Madrid*, *Barcelona* y *Espanyol*) y también del *Espanyol* (siempre que *TV Cataluña* los llegase a adquirir).

En la medida en que este acuerdo sólo cedía en exclusiva los derechos del *Barcelona* y del *Espanyol* por dos temporadas, dado que era un acuerdo de las matrices (*Sogecable* y *TV Cataluña*) con su empresa en participación (*AVS*) a través de la que se ponían en común y explotaban sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) y teniendo en cuenta que la actuación de *AVS* en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey estaba sometida a las condiciones impuestas por el ACM 2002 hasta el 29 de noviembre de 2007, la autoridad de la competencia no consideró necesario valorar este acuerdo en el marco del expediente, sin perjuicio de que se tuviera en cuenta a la hora de analizar el funcionamiento de los mercados de adquisición y reventa.

❖ **Nivel de explotación.** Dentro de este nivel cabía, a su vez, diferenciar entre la **explotación por AVS** y la **explotación por TVC**:

- **Explotación por AVS.** Tras la cesión de *TVC*, y teniendo en cuenta los derechos de los que ya era titular *AVS*, los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de *Barcelona* y *Espanyol* para las temporadas 2003/2004 a 2007/2008, pasaban a ser explotados por *AVS*.
- **Explotación por TVC.** Por otra parte, en el contrato de 7 de febrero de 2005 *AVS* cedía a *TV Cataluña* los derechos de retransmisión en televisión en abierto en Cataluña de: (i) partidos en diferido de *Barcelona* y *Espanyol* de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) para las temporadas 2003/2004 a 2007/2008; (ii) partidos en directo de *Barcelona* y *Espanyol* de determinadas rondas de Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2005/2006 a 2007/2008; (iii) en el caso de que no se renovase el contrato entre *AVS* y la *FORTA* para las temporadas 2006/2007 y siguientes, partidos en directo de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) para las temporadas 2006/2007 a 2007/2008, al menos 10 del *Barcelona* y 10 del *Espanyol* por temporada.

(2) El acuerdo de puesta en común y de explotación entre Sogecable, AVS, Mediapro y TV Cataluña de 24 de julio de 2006 (acuerdo AVS III)

(a) Contenido del acuerdo AVS III

En este acuerdo podía diferenciarse la **definición de la puesta en común** en *AVS* de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de clubes de fútbol de los que *AVS* y *Mediapro* eran titulares (cláusulas primera y segunda) y la **definición del modelo de explotación de los derechos** por una duración indefinida (cláusulas primera, tercera y quinta del acuerdo):

- ❖ **Definición de la puesta en común.** Podían aquí resaltarse los siguientes aspectos referidos a *AVS* y a *Mediapro*:
 - **AVS.** *AVS* era titular de la exclusiva de los derechos audiovisuales de los siguientes clubes: (i) *Barcelona* y *Espanyol* (hasta 2007/2008); (ii) *Real Madrid* (hasta 2007/2008, con opción de compra sobre 2008/2009); y (iii) *Atlético de Madrid*, *Deportivo de la Coruña*, *Betis*, *Recreativo Huelva*, *Mallorca*, *Osasuna*, *Getafe*,

Celta de Vigo, Gimnàstic y clubes que participaban en la Segunda División en la temporada 2006/2007 (hasta la temporada 2008/2009).

- **Mediapro.** *Mediapro* aportaba a *AVS* la exclusiva de los derechos audiovisuales relativos a *Barcelona* y *Real Sociedad* por cinco temporadas (2008/2009 a 2012/2013) y a *Zaragoza, Racing* y *Athletic* también por cinco temporadas (desde 2006/2007 a 2010/2011).

Tras la anterior cesión, de los 20 clubes de Liga de Primera División en la temporada 2006/2007, *AVS* no se reconocía explícitamente titular o cesionaria de los derechos del *Levante, Villarreal* y *Valencia*, que correspondían a *TV Valenciana*, y *Sevilla*, que todavía no los había cedido a ningún operador.

- ❖ **Definición del modelo de explotación.** Aquí los aspectos a destacar eran los referidos a las ***cesiones a Mediapro*** y a la ***continuidad del modelo de explotación vigente***:

- ***Cesiones a Mediapro.*** *AVS* cedía a *Mediapro* en exclusiva, a partir de la temporada 2006/2007 y por una duración indefinida, los derechos audiovisuales relativos a los clubes de cuyos derechos era titular o cesionario *AVS* o pudiera serlo en el futuro, sobre un partido en abierto por jornada de Liga en Primera División, sobre cuatro partidos en abierto por jornada de Liga en Segunda División, sobre resúmenes, diferidos, etc., para que *Mediapro* los cediera, en exclusiva o no, a operadores de TV en abierto. *AVS* también cedía a *Mediapro* todos los derechos audiovisuales de clubes de fútbol de *AVS* para su explotación en el extranjero.
- ***Continuidad del modelo de explotación vigente.*** Se mantenían las líneas generales del modelo de explotación televisiva entonces vigente. En particular, los derechos de un partido de Liga de Primera División por jornada en televisión de pago corresponderían a *Sogecable*, y el fútbol en pago por visión (PPV) se vendería a los operadores que prestasen servicios en PPV. La explotación por *AVS* de los derechos de Internet y telefonía móvil requeriría autorización previa de *Mediapro*.

Tras el acuerdo *AVS III* la situación de la asignación de los derechos correspondientes a las **diversas competiciones** era la que pasa a describirse:

- ❖ **Copa de S.M. el Rey.** Respecto a los partidos de la Copa de S.M. el Rey, dejando a un lado la final (cuyos derechos correspondían a la RFEF y fueron cedidos a *Telecinco* en las temporadas 2005/2006 a 2007/2008), la regla general en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 era la explotación por PPV, aunque algunos partidos no se emitían y otros eran cedidos a operadores de televisión en abierto. Esto había dependido de distintas variables, tales como quién fuera el titular de los derechos de los equipos participantes (por ejemplo, cuando uno de los participantes era un equipo de Segunda División B o tercera, en cuyo caso eran adquiridos *ad-hoc*), las rondas de competición que cada equipo alcanzara y los operadores interesados en la retransmisión.
- ❖ **Primera División de la Liga.** Podía distinguirse en función de la ***temporada*** y así:
 - ***Temporada 2006/2007.*** Durante la temporada 2006/2007, los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol se explotaban en relación con los partidos de Primera División conforme a un sistema o modelo diseñado por los

operadores presentes en el *pool*, que fue objeto de revisión por las autoridades de competencia en los acuerdos *AVS I, II y III*, y que era el siguiente: **(i)** cesión de un partido de Liga de Primera División por jornada en abierto y directo por *AVS* a *Mediapro*, quien a su vez lo había cedido a *La Sexta, TV Cataluña y Televisión Valenciana*; **(ii)** cesión de un partido de Liga de Primera División por jornada en exclusiva para televisión de pago y directo por *AVS* a *Sogecable*, quien lo emitía a través de *Canal +* en ventana de pago; **(iii)** cesión de ocho partidos de Liga de Primera División por jornada en PPV y directo por *AVS* a *Sogecable, Telefónica* y los principales operadores de cable (*ONO* y *AOC*); **(iv)** asimismo, se establecía un sistema de opciones para que las distintas ventanas (abierto, pago y PPV) eligieran los partidos que emitir cada jornada a lo largo de la temporada.

- ***Temporada 2007/2008.*** Durante algunas de las jornadas de la temporada 2007/2008, el modelo de explotación televisiva de los partidos de Primera División de fútbol no había seguido el esquema de temporadas anteriores, en la medida en que se había producido un conflicto entre *Sogecable* y *Mediapro* sobre la interpretación de la vigencia y de los efectos del acuerdo de 24 de julio de 2006.

Tal y como en otros lugares se dijo, como consecuencia de dicho conflicto, en algunas jornadas de Liga de Primera División de la temporada 2007/2008 se había emitido más de un partido en televisión en abierto (en algunos casos *La Sexta* había emitido más de un partido por jornada) y en otras *La Sexta* no había emitido ningún partido en televisión en abierto. Asimismo, en algunas jornadas algún partido no había sido emitido por ninguna ventana de televisión. Adicionalmente, como consecuencia de cesiones firmadas por *Mediapro* o *La Sexta*, en la temporada 2007/2008 también habían emitido partidos de Primera División en abierto las televisiones autonómicas de Galicia, Aragón, Murcia, Canarias y Baleares. Por otra parte, *AVS* había cedido a *Telecinco* derechos para emitir determinados partidos puntuales.

- ❖ **Segunda División de la Liga.** En lo que respecta a la Segunda División de Liga, en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 se emitieron hasta ocho partidos por jornada en abierto y directo. Uno era emitido por *Sogecable (Canal +)*, otro por *Localia* y los otros seis partidos eran, en principio, emitidos por la *FORTA*. Asimismo, se establecía un sistema de elecciones para que las distintas televisiones eligieran los partidos que emitían cada jornada a lo largo de la temporada.
- ❖ **Cuestiones comunes para la Primera y la Segunda División de la Liga.** Adicionalmente, *Mediapro* había cedido derechos de resúmenes *Premium* de partidos de Liga de Primera y Segunda División en las temporadas 2006/2007 a 2008/2009 a *La Sexta, FORTA* y *Televisión Española*. Por otra parte, *AVS* había cedido en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 el derecho a emitir en las páginas web de determinados medios de comunicación los vídeos de las mejores jugadas de la jornada de Liga. Se trataba, en particular, de un medio dependiente del grupo *Prisa*, matriz de *Sogecable* (www.elpais.com), y de otro dependiente de *Unidad Editorial, S.A.* (www.elmundo.es y www.marca.com).

(b) Valoración del acuerdo AVS III desde la óptica del Derecho de la competencia

Bajo este epígrafe cabría diferenciar los siguientes aspectos: la **naturaleza del acuerdo AVS III**, la **fijación de sus efectos anticompetitivos**, la **aplicación de la exención legal** y **conclusiones**. Así:

- ❖ **Naturaleza del acuerdo AVS III**. Como acaba de verse, en el acuerdo *AVS III* las partes pactaban poner en común en *AVS* los derechos audiovisuales de la Liga y Copa de los clubes de fútbol de los que eran titulares al tiempo de la firma y, además, configuraban (v. cláusulas primera, tercera y quinta) un modelo de explotación de esos derechos en los mercados verticalmente relacionados aguas abajo (TV en abierto, TV de pago y pago por visión, internet y telefonía móvil) por tiempo indefinido.

Y todo ello se acordaba con la finalidad (v. expositivo cuarto del acuerdo) de “*garantizar la continuidad del modelo de explotación, con las adaptaciones inherentes a la nueva configuración del mercado de derechos y sus legítimos titulares*” y “*establecer las condiciones para procurar la optimización*” de los derechos de Liga y copa de fútbol, respetando las condiciones del ACM de 29 de noviembre de 2002, que vencían el 29 de noviembre de 2007, por lo que en su expositivo quinto se señalaba que “*de ahí que determinadas previsiones solamente sean de aplicación en caso de inaplicación de las condiciones aludidas*”. Por otra parte, había que tener presente que la operación de concentración *Sogecable/AVS* no había llegado a ser ejecutada en los términos en que fue autorizada por el ACM 2007, y que por ello sus condiciones nunca habían entrado en vigor ni habían sido cumplidas por *Sogecable*, por lo que difícilmente se podían utilizar para intentar justificar la validez de los pactos recogidos en el acuerdo de 24 de julio de 2006.

Las empresas signatarias de este acuerdo de 24 de julio de 2006 eran operadores activos en el mercado de adquisición de derechos de retransmisión en directo de partidos de Liga y Copa de fútbol, y potenciales revendedores de esos derechos en los mercados de explotación verticalmente relacionados aguas abajo. Además: (i) *Sogecable* era el operador preeminente en el mercado de televisión de pago a través de *Digital +*, mercado en el que también estaba presente *Mediapro* a través de *Gol TV*; (ii) *Sogecable* (con *Cuatro*), *Mediapro* (a través de *La Sexta*) y *TV Cataluña* estaban presentes en el mercado de Televisión en abierto.

Por tanto, el contrato de 24 de julio de 2006 era un acuerdo horizontal entre operadores competidores en los mercados de adquisición y de reventa de los derechos concernidos; ya vimos que en el expediente no se abordaban los efectos sobre los mercados descendentes de la difusión televisiva, sin perjuicio de tener en cuenta la presencia de las partes en esos mercados a la hora de calibrar los efectos de la operación sobre los mercados ascendentes (las condiciones de competencia en los mercados verticalmente relacionados aguas abajo de la difusión eran objeto de análisis por la DI en el marco del expediente S/0153/09; v. caso *Gol TV*).

- ❖ **Fijación de los efectos anticompetitivos del Acuerdo AVS III**. Tras el examen en el Informe del fútbol de los diversos modelos de explotación posibles en el ámbito comparado desde la óptica del Derecho de la Competencia, de lo que se trataba era de determinar si el modelo elegido a través del acuerdo *AVS III*, aun no siendo el mejor de

los posibles, podía al menos llegar a ser compatible con la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia, en la medida en que garantizaba que hubiera competencia en los mercados relevantes con la periodicidad mínima necesaria como para que las ventajas de esa competencia alcanzasen también a los consumidores.

Partiendo de que el acuerdo de puesta en común y de configuración de un modelo de explotación limitaba la autonomía de las partes concertadas para explotar por su cuenta los derechos concernidos, bajo este apartado podían referirse los siguientes aspectos: ***efectos anticompetitivos del acuerdo de puesta en común y efectos anticompetitivos de la definición del modelo de explotación:***

- ***Efectos anticompetitivos del acuerdo de puesta en común.*** Además de una limitación formal de la libertad de competencia de las partes, el acuerdo de puesta en común era apto para restringir sensiblemente la competencia en los mercados concernidos, por cuanto: (i) afectaba a la totalidad de la oferta del mercado de reventa considerado; (ii) reforzaba considerablemente el poder de las partes concertadas como demandantes en el mercado de adquisición de esos derechos; (iii) se trataba de operadores verticalmente integrados en los mercados de televisión en abierto y de pago, por lo que podía afectar negativamente a la competencia en esos mercados.

Estos efectos restrictivos ya habían sido puestos de relieve por el TDC en su informe sobre la concentración *Sogecable/AVS* (Expte. C-102/06, punto 10.1): “*el sistema supone la centralización de la totalidad de los derechos en un único operador y, por tanto, posibilita comportamientos abusivos derivados de la explotación conjunta de todos ellos en el mercado de reventa. Esta puesta en común no sólo puede generar riesgos de cierre en los mercados aguas abajo que demandan este tipo de contenidos, sino que puede condicionar el propio desarrollo de la competencia efectiva en el mercado aguas arriba*”.

La naturaleza restrictiva del acuerdo de puesta en común se puso de manifiesto con la exclusión del *Sevilla* durante las primeras jornadas de la temporada 2006/2007. Ello se debió a la negativa de *Sogecable* y *AVS* para poner en común sus derechos audiovisuales con *Sevilla* y *Santa Mónica*.

Al comienzo, el 27 de agosto de 2006, de la competición de Liga de Primera División de fútbol en la temporada 2006/2007, el *Sevilla* todavía no había llegado a un acuerdo con ningún operador para ceder sus derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) para la temporada 2006/2007. Así, ninguno de los partidos de Liga de Primera División en los que jugó el *Sevilla* durante las primeras ocho jornadas de la temporada 2006/2007 fue retransmitido por televisión. Todo ello se produjo a pesar de que *Santa Mónica Advances, S.L.*, que adquirió los derechos del *Sevilla* a partir del 30 de septiembre de 2006, y *Sevilla* solicitaron a *AVS* llegar a un acuerdo transitorio para poder retransmitir algunos de estos partidos del *Sevilla*. Únicamente cuando *Sevilla* y *Mediapro* anunciaron el 30 de octubre de 2006 un acuerdo para retransmitir los partidos del *Sevilla* de Liga de Primera División de fútbol a partir de la novena jornada, comenzaron a retransmitirse dichos partidos, llegando a cerrarse el acuerdo definitivo el 14 de noviembre de 2006.

- **Efectos anticompetitivos de la definición del modelo de explotación.** Por su parte, el acuerdo de configuración de un modelo de explotación era apto también para restringir la competencia, por cuanto implicaba un reparto entre las partes, por un lado, del mercado de reventa y, por otro, de las fuentes de aprovisionamiento de los mercados de televisión en abierto, de televisión de pago y de otras ventanas de explotación. En particular, *Sogecable* se reservaba de forma indefinida y en exclusiva un partido en TV de pago, y *Mediapro* también de forma indefinida y en exclusiva un partido en TV en abierto, en un contexto en el que ambos estaban integrados verticalmente en esos dos mercados (v. cláusula quinta del acuerdo).

Estos efectos restrictivos ya habían sido también puestos de relieve por el TDC en su informe sobre la concentración *Sogecable/AVS* (Expte. C-102/06, punto 10.1): *“la centralización de derechos a través de un pool puede impedir a otros competidores entrar en el mercado de adquisición de derechos, lo que comporta la imposibilidad de que éstos, si también operan aguas abajo, participen en acuerdos de explotación conjunta y reduzcan así su dependencia del monopolista en el mercado de reventa. Estos efectos se pueden ver amplificados si además el pool está dominado por una empresa que opera en los mercados descendentes”*.

El carácter asimismo restrictivo de la definición del modelo de explotación se puso de relieve tras las dificultades experimentadas por *ONO* para adquirir los derechos de los equipos valencianos, y con las declaraciones de las Televisiones Valenciana y Catalana en el sentido de que estaban abocadas a pactar con el tenedor o tenedores de la mayoría de los derechos audiovisuales de Liga de fútbol, pues sólo de esta forma podían asegurarse una explotación eficiente de los derechos adquiridos.

En cuanto a la negativa de la TV Valenciana para ceder los derechos audiovisuales del *Levante*, *Villarreal* y *Valencia* a *ONO*, decir lo siguiente. Con carácter previo a la firma del contrato de 25 de agosto de 2006 al que más abajo se hará referencia, *TVV* negoció la venta de los derechos audiovisuales de *Levante*, *Villarreal* y *Valencia* a *ONO*. No obstante, según *ONO*, a pesar de que con fecha 28 de julio de 2006, una vez firmado el acuerdo de 24 de julio de 2006 entre *Sogecable*, *Mediapro*, *AVS* y *TV Cataluña*, *ONO* hizo una oferta firme a *TVV* en la que se mejoraba el precio que un tercero pudiera pagarle por estos derechos del *Levante*, *Villarreal* y *Valencia*, *TVV* optó por aceptar la oferta de *Mediapro*, que era de un precio inferior, porque, a la luz del acuerdo de 24 de julio de 2006, era el único operador que le podía asegurar la obtención de derechos de retransmisión en directo en televisión de abierto de partidos de Liga de Primera División en las temporada 2006/2007 y siguientes.

- ❖ **Aplicación de la exención legal.** Partiendo de que el Acuerdo de 24 de julio de 2006 podía revestir efectos restrictivos para el juego de la competencia, la autoridad de la competencia se planteó hasta qué punto podía ser de aplicación la exención legal de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE a los acuerdos de puesta en común y configuración de un modelo de explotación de los derechos audiovisuales de fútbol. En este sentido, lo procedente era plantearse los siguientes tres aspectos, a saber, *existencia de ventajas económicas*, el *carácter indispensable de las restricciones* y la *no eliminación del juego de la competencia en los mercados considerados*:

- ***Existencia de ventajas económicas.*** El acuerdo de puesta en común por los operadores adquirientes de derechos audiovisuales de fútbol podía servir para maximizar el valor de explotación de los derechos adquiridos permitiendo la emisión del mayor número de partidos, al no quedar partidos sin difundir como consecuencia de la falta de titularidad de los derechos de alguno de los dos clubes enfrentados, y conformando como producto único el del conjunto de derechos sobre los partidos de la Liga Española. Además, podía permitir una explotación más racional del producto/partido de fútbol aguas abajo en los mercados de la difusión televisiva: (i) cada difusor podría emitir el mismo número de partidos todas y cada una de las jornadas, lo que resultaría impensable sin esa puesta en común, pues partiendo de que un difusor contara con los derechos de un cierto número de equipos, no podía garantizarse que el número de esos equipos que jugaran como visitantes y el de los que jugaran como local fuera el mismo, o lo que era igual, no podía asegurarse que en cada jornada el número de vetos ejercitables por los clubes cuyos derechos no se tuvieran en cartera fuera el mismo; (ii) podrían llegar a coordinarse los días y horarios de los partidos para que aquéllos con mayor poder de atracción, normalmente los que disputaban el *Real Madrid* y el *Barcelona*, no coincidieran en el mismo momento. Indudablemente, de todas estas eficiencias podían llegar a beneficiarse los consumidores, toda vez que se ampliaba el abanico de los partidos a los que podían tener acceso o se daba estabilidad durante la temporada a cómo, cuándo y quién emitía los distintos partidos.
- ***Carácter indispensable de las restricciones.*** Se hacía además necesario que las restricciones fueran las indispensables para la consecución de las eficiencias. La autoridad de la competencia consideró que la puesta en común de derechos por más de tres temporadas implícita en *AVS III* no era indispensable para la consecución de las eficiencias (recuérdese que, a pesar de los incumplimientos de *Mediapro*, la posición de *AVS/Sogecable* era la de que la puesta en común en el acuerdo de 24 de julio de 2006 debía alcanzar hasta la temporada 2011/2012).

Las características propias del sistema híbrido español, estudiadas más arriba a propósito del mercado de la adquisición (efecto red, cobertura del mercado de la adquisición por una red de acuerdos, posiciones de incumbencia relativa con vistas a la adquisición de los nuevos derechos que fueran saliendo al mercado, etc.) llevaba ya de por sí a que fuera necesario que los diversos adquirientes de derechos de los clubes los pusieran en común con el adquiriente mayoritario.

La autoridad de la competencia, como vimos, había entendido como razonable la limitación temporal de tres años para los acuerdos de adquisición de derechos formalizados entre los clubes y los adquirientes originarios. Las mismas razones aconsejaban aplicar el límite temporal de tres años a los acuerdos de puesta en común.

Del propio modo, y situándonos en el mercado de la reventa de derechos, tres temporadas, hasta la temporada 2008/2009, había sido el plazo de vigencia de las condiciones a las que el ACM 2007 condicionó la concentración *Sogecable/AVS*. Entre esas condiciones, prorrogables en la medida en que *Sogecable* mantuviese su posición de dominio o preeminencia en los mercados de adquisición y reventa considerados, estaba la de que los contratos de comercialización mayorista aguas

abajo que podía realizar *Sogecable* de ejecutarse la concentración no podían tampoco tener una duración superior a tres temporadas.

Los diversos contratos de reventa de derechos aguas abajo habían expirado en su mayoría en la temporada 2008/2009, por lo que un acuerdo de puesta en común más allá de esta fecha no estaba justificado con vistas a posibilitar una explotación racional aguas abajo de los derechos. Latía, en fin, la idea de que la restricción temporal implícita en el acuerdo de puesta en común debía superponerse y coincidir con la que pudiera estarlo en el acuerdo de reventa.

Los derechos audiovisuales de fútbol se revendían aguas abajo por periodos de tres temporadas, como era el caso de las reventas realizadas por *Mediapro* para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012, y la limitación a tres temporadas permitía establecer una correspondencia entre los contratos de adquisición y de reventa aguas abajo en los mercados de televisión que resultaba deseable, en la medida en que evitaba distorsionar los incentivos que tenían los operadores audiovisuales a la hora de optar por una u otra vía de adquisición de los derechos audiovisuales de fútbol de las competiciones españolas (adquisición de los clubes o adquisición en el mercado de la reventa; ver más abajo).

En resumidas cuentas, que tres temporadas parecía un tiempo razonable para poder rentabilizar las inversiones de los adquirientes, y permitía concluir que las restricciones al juego de la competencia que generaba el acuerdo *AVS III* entre competidores que aglutinaban toda la oferta del mercado de reventa no superaban las ventajas o eficiencias que de él se derivaban. Por ello, concluyó el CCNC que el acuerdo de puesta en común y configuración de un modelo de explotación que resultaba de las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta del acuerdo de 24 de julio de 2006, en la medida en que su vigencia se podría haber extendido más allá de la temporada 2008/2009, imponía a las empresas interesadas unas restricciones que no eran indispensables para alcanzar su objetivo.

- ***No eliminación de la competencia en los mercados considerados.*** A pesar de que la conclusión de que las restricciones incluidas en el acuerdo *AVS III* no cumplirían con el requisito de la indispensabilidad lo haría innecesario, cabría plantearse con la autoridad de la competencia hasta qué punto las mismas podrían llegar, además, a suponer la eliminación de la competencia en los mercados relevantes considerados.

A diferencia de los modelos de venta centralizada, el modelo español de venta por el club con derecho de oposición ofrecía a los operadores audiovisuales interesados en retransmitir partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) dos vías alternativas, cada una con sus propias ventajas o inconvenientes, a saber, la de **comprar los derechos de los clubes directamente en el mercado primario** o la de **acudir al mercado reventa**:

- **Compra en el mercado primario.** La vía primera era la de acudir como demandantes al mercado de adquisición de los clubes para, posteriormente, explotar los derechos individualmente o ponerlos en común con otros posibles adquirientes a fin de poder reservarse determinados derechos de retransmisión de partidos concretos. El riesgo de esta vía era el de que el operador no pudiera explotar eficientemente todos los derechos audiovisuales adquiridos.

En ese mercado la puesta en común de los derechos correspondientes a casi todos los equipos de Primera y Segunda División otorgaba a los beneficiarios de la puesta en común un gran poder de negociación frente a los equipos que todavía no habían transmitido sus derechos, o frente a los operadores audiovisuales que los adquirieran, en la medida en que dichos beneficiarios podían excluir a estos terceros de la puesta en común, lo que *de facto* prácticamente les impediría la explotación de sus derechos en condiciones eficientes y, por tanto, eliminaría la competencia efectiva en los mercados de adquisición (tal sucedió en el caso comentado del *Sevilla*).

Como consecuencia de lo anterior, en el mercado ascendente de la adquisición de derechos de los clubes, en el que la competencia llegaba a plantearse de modo episódico, resultaba indispensable garantizar la comercialización de los derechos en condiciones de acceso objetivas, transparentes y no discriminatorias y con una periodicidad que no desincentivara la entrada de competidores potenciales. Considerando que este mercado tenía una tendencia al monopolio y a la concentración de derechos en la plataforma mayoritaria de adquisición, resultaba imprescindible asegurar que el *pool* de derechos fuera accesible a terceros y limitado en el tiempo.

Por ello, en la medida en que el adquiriente en el mercado primario acumulase los derechos en exclusiva de un número elevado de equipos ya fuera de forma individual, ya como resultado de la puesta en común con otros adquirentes, tendría limitada su autonomía de voluntad en cuanto a cómo vender los derechos de retransmisión en el mercado de reventa por la obligación de poner a disposición de terceros operadores audiovisuales una parte importante de los derechos de retransmisión en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias.

- **Compra en el mercado de reventa.** La segunda vía era la de acudir directamente al mercado de reventa de derechos de retransmisión como demandante. Esta vía se encontraba en estrecha relación con la anterior desde el momento en que los demandantes en el mercado de adquisición de derechos eran oferentes en el mercado de reventa de derechos de retransmisión. Los riesgos de esta segunda vía se situaban ya en el mercado aguas abajo de la reventa en el que pudiera ser que el operador no llegara a hacerse con los derechos que desearía para poder competir de modo eficiente en los mercados de la comunicación audiovisual ya por reservarse el incumbente los derechos para su directa explotación, ya por no poder superar las ofertas económicas de los terceros.

Además esta segunda vía de adquisición de derechos presentaba en el modelo español notables diferencias respecto de los modelos de venta centralizada declarados compatibles con el Derecho de la Competencia, en los que el gestor de la venta centralizada era un sujeto, la entidad organizadora de la competición o un agente independiente, sin intereses en los mercados audiovisuales verticalmente relacionados aguas abajo donde se explotaban esos derechos. Lo anterior, históricamente, no había llegado a darse en el sistema español de venta individual con derecho de oposición, en el que desde sus orígenes (1996) tanto los adquirentes en el mercado primario (*Sogecable, Antena 3, Telefónica, La*

FORTA, TV Cataluña, TV Valenciana, TV de Madrid, Mediapro), como el agrupador de los derechos de todos los clubes en el mercado de reventa (primero *AVS* y luego *Mediapro*) eran operadores presentes o con intereses en los distintos mercados audiovisuales (*Sogecable: Cuatro y Digital+*; *Mediapro: La Sexta y Gol TV*).

Es decir, que la exclusión de la competencia no sólo podía llegar a producirse en el mercado ascendente de la adquisición de derechos de los clubes, sino además en los mercados descendentes. En particular, limitar la vigencia del *pool* era esencial para preservar la competencia en el mercado de televisión de pago, en el que la diferenciación de los contenidos era vital para captar y mantener abonados, mercado en el que gracias al modelo de explotación pactado con *Mediapro*, *Sogecable* obtenía, de manera indefinida, la exclusiva sobre el partido en televisión de pago, convirtiéndose en el único operador de televisión de pago que podía garantizar la emisión de todos los partidos de Liga de Primera División (los más atractivos para los consumidores), lo que le favorecía para captar a los clientes con mayor propensión de gasto.

Limitar la vigencia del *pool* también era importante para la competencia en el mercado de televisión en abierto, pues si bien los contenidos futbolísticos podían no ser tan trascendentes para competir como en el mercado de televisión de pago, los mismos servían para diferenciar contenidos en un entorno en el que, con la introducción de la TDT y la proliferación de canales en abierto, cada vez iba a ser más importante la diferenciación para los operadores.

El hecho de que los firmantes del acuerdo de 24 de julio de 2006 no fijasen un sistema de reventa en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias podría permitir una eliminación de la competencia en esos mercados de la difusión televisiva, dado que *Sogecable* y *Mediapro*, por sus intereses en los mismos, no era previsible que se comportaran como revendedores independientes.

La existencia de competencia con una periodicidad mínima en el mercado de adquisición era fundamental para que ambas vías de acceso a contenidos audiovisuales de fútbol, compra en el mercado primario o compra en el mercado de reventa, funcionasen como alternativas para hacerse con un input básico o crítico para competir aguas abajo. La existencia de competencia en el mercado de adquisición para hacerse con derechos directamente del club, introducía incentivos a que la oferta del mercado de reventa se comportase más competitivamente, en la medida en que la demanda tenía otra vía alternativa para hacerse con un input esencial para operar en los mercados descendentes de la TV en abierto, TV de pago, Internet, telefonía móvil. Y, por ello, no bastaba con garantizar que el monopolista o el agrupador de derechos integrado verticalmente o con intereses en los mercados verticalmente relacionados aguas abajo no distorsionase la competencia en estos mercados, sino que además era preciso preservar su carácter abierto a través de un mercado de adquisición de derechos de los clubes en el que fuera factible la competencia con cierta periodicidad mínima. A la vista de estas reflexiones, el acuerdo de puesta en común por plazo superior a tres años podía llevar a un efecto cierre tanto del mercado ascendente de la adquisición como de los posteriores de la reventa o de la difusión.

- ❖ **Conclusiones.** En la resolución se consideraron anticompetitivos los acuerdos de puesta en común de tales derechos para su posterior reventa en los mercados de televisión, internet y móvil si su vigencia era superior a tres temporadas.

Los acuerdos entre competidores consistentes en la puesta en común, y configuración de un modelo de explotación recogidos en el contrato de 24 de julio de 2006, que se consideraban prohibidos en lo que su vigencia excediera de tres temporadas, es decir más allá de la temporada 2008/2009, sin embargo, sólo llegaron a aplicarse en la práctica en la temporada 2006/2007, y ello como consecuencia de los distintos conflictos surgidos entre las partes contratantes, de forma particular entre *Sogecable* y *Mediapro*.

Por ello, tales acuerdos se limitaron a mantener en lo fundamental el sistema de explotación que había sido configurado en el marco del ACM 2002. Y si bien era cierto que durante las primeras jornadas de esa temporada 2006/2007, el *Sevilla* se había visto excluido de ese sistema de explotación, se trataba de una exclusión temporal y finalmente había sido remunerado por los derechos audiovisuales correspondientes a los partidos que no se emitieron.

Mientras que *Sogecable* había defendido en sus alegaciones la vigencia de este acuerdo de 24 de julio de 2006, *Mediapro* y *TV Cataluña* habían sostenido lo contrario. En su momento esta controversia motivó la presentación por *Sogecable* de una demanda por incumplimiento de contrato ante la jurisdicción ordinaria, pleito que había sido resuelto en primera instancia por la Sentencia del Juzgado de Primer Instancia Nº 36 de Madrid.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia declaró que el acuerdo de puesta en común en *AVS* de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol y de configuración de un modelo de explotación de dichos derechos, recogido en las cláusulas primera, segunda, tercera y quinta del contrato de 24 de julio de 2006, firmado por *Sogecable*, *AVS*, *Mediapro* y *TVC Cataluña*, en lo que afectase a las temporadas 2009/2010 y siguientes, era un acuerdo entre empresas contrario a los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Por el contrario, el resto de los términos que configuraban el acuerdo de puesta en común y el modelo de explotación del acuerdo de 24 de julio de 2006 cumplían los requisitos de exención de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en la medida en que tenían por objeto dar continuidad al modelo de explotación que, con alguna variante, venía funcionando en el mercado español desde 1996, y que fue confirmado por la autoridad de competencia comunitaria y española, de forma particular en el ACM 2002 y en el ACM 2007.

(3) Los acuerdos entre Mediapro y TV Cataluña de 28 de junio, 30 de junio y 21 de agosto de 2006

Agrupamos bajo este epígrafe los acuerdos entre *Mediapro* y *TV Cataluña*:

- ❖ **Acuerdo entre Mediapro y TV Cataluña de 28 de junio de 2006.** El 5 de mayo de 2006 *Mediapro* había firmado contrato con el *Barcelona* para adquirir en exclusiva los derechos audiovisuales de Liga de Primera División y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol de este club para las temporadas 2008/2009 a 2012/2013 (cinco temporadas).

El 8 de junio de 2006 el *FC Barcelona* comunicó a *TV Cataluña*, en cumplimiento del contrato de cesión de derechos audiovisuales de fecha 12 de junio de 1999 que tenía firmado con ella, que había recibido una oferta en firme de *Mediapro* para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008, que eran dos de las temporadas cubiertas por aquel contrato de 1999, que mejoraba el precio pactado en este último, por lo que conminaba a *TVC* a en el plazo de 45 días pagar la diferencia o renunciar a los derechos correspondientes a las citadas dos temporadas. Esa oferta de *Mediapro* no llegó finalmente a materializarse.

Veinte días después de recibir esa notificación, esto es, el 28 de junio de 2006, *Mediapro* y *TV Cataluña* firmaron un contrato por el que *Mediapro* otorgaba a *TV Cataluña* un derecho de opción de cesión de determinados derechos audiovisuales de ciertos clubes de fútbol de Primera División para las temporadas 2006/2007 y 2007/2008.

- ❖ **Acuerdo entre Mediapro y TV Cataluña de 30 de junio de 2006.** Dos días después, el 30 de junio de 2006, *Mediapro* y *TV Cataluña* firmaron un nuevo contrato, referido a las temporadas 2008/2009 a 2012/2013 (cinco temporadas), en el que a cambio del no ejercicio del derecho de tanteo y retracto que *TV Cataluña* ostentaba sobre los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol del *Barcelona*, *Mediapro* le cedía a *TV Cataluña* derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2006/2007 a 2013/2014 (seis temporadas), y le concedía un derecho de adquisición preferente para ulteriores temporadas en las que *Mediapro* dispusiera de derechos de retransmisión en directo en televisión en abiertos de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey.

- ❖ **Acuerdo entre Mediapro y TV Cataluña de 21 de agosto de 2006.** El 24 de julio de 2006 *Sogecable*, *AVS*, *Mediapro* y *TV Cataluña* firmaron el acuerdo que dio lugar a la concentración *Sogecable/AVS* y a los pactos cooperativos ya comentados. El 21 de agosto de 2006 *Mediapro* y *TV Cataluña* firmaron un nuevo contrato que dejaba sin efecto los de 28 y 30 de junio de 2006 anteriormente referidos en los párrafos precedentes. Asimismo, dicho contrato preveía que *Mediapro* cediera a *TV Cataluña*, para las temporadas 2006/2007 a 2012/2013 (siete temporadas), los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de un partido por jornada en Primera División (excepto dos jornadas), de un partido por jornada en Segunda División y de los resúmenes de la jornada (éstos últimos sólo retransmisibles en Cataluña). Adicionalmente, *Mediapro* concedía a *TV Cataluña* un derecho de adquisición preferente de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de la

Primera División en las temporadas 2013/2014 y sucesivas, en el caso de que *Mediapro* llegara a disponer de dichos derechos.

En cuanto a la valoración de los referidos acuerdos desde la óptica del derecho de la competencia, fue la siguiente. Para la autoridad de la competencia, tenían razón *Mediapro* y *TV Cataluña* al afirmar que este último contrato de 21 de agosto de 2006 no prohibía a *TV Cataluña* la adquisición de derechos audiovisuales de fútbol. Sin embargo, en la medida en que tanto *Mediapro* como *TV Cataluña* habían operado en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, los contratos entre ambos operadores antes referenciados eran acuerdos horizontales entre competidores. Atendiendo a la secuencia de las fechas y a su contenido, el Consejo concluyó que eran acuerdos que tenían un efecto equivalente a un pacto de no competencia entre competidores en los mercados de adquisición y reventa, por cuanto desincentivaban que *TV Cataluña* participase en estos mercados, en los que había estado presente desde 1996, cuando adquirieron su configuración actual, puesto que *Mediapro* le aseguraba a *TV de Cataluña* de manera indefinida disponer de derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey. El carácter indefinido de este pacto de no competencia implícito resultaba con claridad de la cláusula 13 del contrato de 21 de agosto de 2006, en la que, como se dijo, *Mediapro* concedía a *TV Cataluña* un derecho de adquisición preferente sobre los derechos que pudiera ostentar para las temporadas 2013/2014 y siguientes.

En definitiva, pues, la cesión por *Mediapro* a *TV Cataluña* de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2006/2007 a 2013/2014, así como la concesión de un derecho de adquisición preferente sobre estos derechos para ulteriores temporadas, recogidas en el contrato de 21 de agosto de 2006 entre *Mediapro* y *TV Cataluña*, tenían un efecto equivalente a un pacto de no competencia indefinido, y no estaban amparadas por las exenciones de los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE, en la medida en que su duración era de más de tres temporadas completas (en lo que superase la temporada 2008/2009), que como se había justificado anteriormente en la propia resolución del Consejo, era el periodo temporal adecuado para garantizar una competencia periódica suficiente en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey.

(4) El acuerdo entre Mediapro y TV Valenciana de 25 de agosto de 2006

En este acuerdo podían diferenciarse un **nivel de puesta en común de derechos** y otro **nivel de explotación de derechos**:

- **Nivel de puesta en común de derechos.** Para la puesta en común de derechos, *TVV* le cedía a *Mediapro* los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol de *Valencia*, *Villarreal* y *Levante*, para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011 (cinco temporadas), aunque, en el caso concreto del *Levante*, para las temporadas 2009/2010 y 2010/2011, *TV Valenciana* sólo se había comprometido a hacer los mejores esfuerzos para adquirir los derechos audiovisuales del *Levante* y transmitirlos a *Mediapro*.
- **Nivel de explotación de derechos.** Asimismo, en dicho contrato de 25 de agosto de 2006, *Mediapro* acordaba ceder a *Televisión Valenciana* los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto en la Comunidad Valenciana de 35 de los 38

partidos de Primera División que emitiera *La Sexta* durante las temporadas 2006/2007 a 2010/2011 (cinco temporadas), así como los derechos de retransmisión de dos partidos de Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de dichas temporadas. Adicionalmente, en dicho contrato *Mediapro* le garantizaba a *TV Valenciana* sin coste adicional alguno los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de un partido por jornada de Segunda División y de los resúmenes de la jornada (con independencia de que fueran adquiridos o no por la *FORTA*) para esas mismas cinco temporadas que iban de la 2006/2007 a la 2010/2011.

En cuanto a la valoración de este acuerdo desde la óptica del derecho de la competencia, con carácter previo a la firma de este contrato, como se vio más arriba, *TV Valenciana* había negociado la venta de los derechos audiovisuales de *Levante*, *Villarreal* y *Valencia* a *ONO*. No obstante, según *ONO*, a pesar de que con fecha 28 de julio de 2006, una vez ya firmado el acuerdo de 24 de julio de 2006 entre *Sogecable*, *Mediapro*, *AVS* y *TV Cataluña*, *ONO* hizo una oferta firme a *TV Valenciana* en la que se mejoraba el precio que un tercero pudiera pagarle por estos derechos del *Levante*, *Villarreal* y *Valencia*, *TV Valenciana* optó por aceptar la oferta de *Mediapro*, que era de un precio inferior, porque, a la luz del acuerdo de 24 de julio de 2006, era el único operador que le podía asegurar la obtención de derechos de retransmisión en directo en televisión abierto de partidos de Liga de Primera División en las temporada 2006/2007 y siguientes.

Esto es, *Mediapro* se valió de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol Liga y Copa de S.M. el Rey adquiridos en virtud del acuerdo de 24 de julio de 2006, para adquirir los derechos audiovisuales del *Valencia*, *Villarreal* y *Levante* a *TV Valenciana*, en la medida en que era el único operador que podía asegurar a *TV Valenciana* poder retransmitir en directo en televisión en abierto los partidos de Liga de Primera División, y pese a que la oferta económica de *Mediapro* era menos atractiva monetariamente que la presentada por *ONO*. No obstante, esta conducta de *TV Valenciana*, considerada individualmente y de manera autónoma, no se podía reputar contraria a las normas de defensa de la competencia, por cuanto cedió los derechos de los que era cesionaria al operador que le presentó la oferta objetiva y globalmente más beneficiosa.

De esta manera se configuraba, por una parte, una puesta en común en *Mediapro* de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de fútbol del *Valencia*, *Villarreal* y *Levante*, de los que era titular *TV Valenciana*, que reforzaba los efectos restrictivos del acuerdo de 24 de julio de 2006 firmado por *Sogecable*, *AVS*, *Mediapro* y *TVC Cataluña*, en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey; y por otra ese acuerdo entre *Mediapro* y *TV Valenciana* reducía significativamente la competencia entre ambos en el mercado de adquisición, constituyendo una suerte de pacto indirecto de no competencia entre los dos, por cuanto, en la medida en que *TV Valencia* tenía garantizados derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011, sus incentivos para acudir al mercado primario de adquisición se reducían de forma importante.

La puesta en común en *Mediapro* de los derechos que ostentaba *TV Valenciana* a cambio de la cesión por *Mediapro* a *TV Valenciana* de los derechos de retransmisión en directo en televisión en abierto de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey para las temporadas 2006/2007 a 2010/2011, producía el efecto de restringir la competencia de forma excesiva en lo que su vigencia excediera de la temporada 2008/2009; es decir, en lo que su vigencia

excediera de tres temporadas completas, que como se había justificado era el periodo temporal adecuado para garantizar una competencia periódica suficiente en los mercados de adquisición y reventa de derechos de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey. En conclusión, en atención a lo expuesto, el Consejo consideró que el contrato de *Mediapro* con *TV Valenciana*, en lo que afectase a las temporadas 2009/2010 y siguientes, era apto para producir una restricción a la competencia excesiva en los mercados de adquisición y reventa de los derechos considerados, por lo que se debía considerar incurso en la prohibición de los artículo 1.1 LDC y 101.1 TFUE.

h) El mercado de la reventa de derechos deportivos para televisión (en abierto o de pago) en el caso del abuso de posición dominante de Mediapro (caso Gol TV)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Gol TV (remisión)

Esta identificación se hizo ya al tratar de este mismo asunto al referirnos a su incidencia sobre los mercados de la TV en abierto y de la TV de pago. Valdría, pues, con remitirse a lo dicho allí.

Recordaremos, no obstante, que las partes implicadas eran, principalmente: **(i)** la operadora de derechos audiovisuales *Mediapro*, que operaba en los mercados descendentes de la TV en abierto y de la TV de pago a través de *La Sexta* y de *Gol TV*, respectivamente; **(ii)** *Distribuidora de Televisión (DTS)*, que operaba la plataforma de TV de pago por satélite de *Sogecable*, *Digital +*; **(iii)** otros operadores de TV de pago como *Telefónica*, *ONO* y otros cableoperadores; **(iv)** operadores de TV en abierto, principalmente, *Telecinco*, y, en menor grado, otros como *Antena 3* y cadenas autonómicas (*TVCatalana*, *TVValenciana*, *Telemadrid* y otras); **(v)** otros operadores de comunicaciones electrónicas (*Jazztel*, *Orange*, etc.) y titulares de páginas web (*Unedisa*, *BBVA*, etc.).

ii) Reseña general del caso Gol TV (remisión)

Recordando lo dicho al ocuparnos de los mercados de la TV en abierto y de la TV de pago en este asunto, en *Gol TV* (expediente sancionador S/0153/09) se trataba de que *Mediapro*, en la primera mitad de 2009, se había dirigido a varios operadores de TV en abierto y de pago (*Sogecable*, cableoperadores, *Telefónica*, etc.) invitándoles a formular ofertas para obtener licencias de emisión televisiva de partidos y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012.

Las condiciones de la comercialización de tales derechos podía hacer pensar en la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, fundamentalmente de un abuso de posición dominante protagonizado por la misma *Mediaproducción, SL*, y su filial al ciento por ciento *Gol TV, SL*, en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol con efectos de exclusión en los mercados descendentes de televisión, particularmente, de pago. Tampoco resultaba descartable de antemano que tales prácticas restrictivas pudieran examinarse a la luz del Art. 1 LDC y 101 TFUE y de la existencia de colusión vertical por esos acuerdos de reventa de *Mediapro* a otros operadores audiovisuales de esos derechos deportivos.

A la denuncia de lo anterior se sumó luego la de *DTS/CSD*, que consideraba que *Mediapro* había abusado de su posición de dominio en el mercado de reventa de derechos audiovisuales de Liga y Copa de fútbol por su “negativa constructiva” a cederle los derechos de emisión de partidos en pago por visión, ligando esta cesión a que *DTS* comercializase el servicio “*Gol Bar*”, producido por *Mediapro*, en locales comerciales; si bien *Mediapro* renunció a su postura ante la petición de *DTS/CSD* de que llegaran a adoptarse medidas cautelares.

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de la reventa de derechos deportivos en el caso Gol TV

(1) Situación con anterioridad a la oferta de derechos por Mediapro en 2009

Recordemos que lo sometido a examen eran los acuerdos de reventa de derechos deportivos de Liga y Copa del Rey para las temporadas 2009/2010 y siguientes. No obstante, brevemente cabría referirse a los siguientes aspectos de la situación anterior a 2009: *ciclos de renovaciones de derechos*, *características del mercado de la reventa* y *modelo de explotación de derechos*. Ello permitirá explicar la posición dominante adquirida por la propia *Mediapro*, aun cuando suponga reiterar contenidos ya reflejados a propósito de los dos casos anteriores (*AVS III/concentración* y *AVS III/colusión*). Así:

❖ *Ciclos de renovaciones*. Convendrá recordar los ciclos de renovaciones de derechos:

- ***Primer ciclo de renovaciones***. Los titulares originarios de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de cada equipo eran los propios clubes de fútbol, con una única excepción: los derechos audiovisuales de la final de la Copa del Rey, que correspondían a la Real Federación Española de Fútbol (RFEF).

Los primeros contratos con clubes de fútbol se firmaron a partir de 1996 por cinco temporadas (1998/1999 a 2002/2003), siendo los adquirentes *Sogecable*, *Antena 3* (cuya posición fue asumida por *Telefónica* en julio de 1997), *TV Cataluña* y *AVS*.

En el marco de la operación de concentración por la que *Vía Digital* se integró en *Sogecable*, el TDC consideró en su informe C-74/02 que dicha operación de concentración afectaba de manera negativa a las condiciones de competencia en el mercado de adquisición y reventa de derechos televisivos de acontecimientos futbolísticos en España, creando un riesgo de cierre de mercado a nuevos entrantes, debido a: **(i)** la acumulación en manos de *Sogecable* de derechos de tanteo, retracto y opciones de compra de más de la mitad de los clubes de Primera División; y **(ii)** la duración excesiva del período de exclusividad en la adquisición de estos derechos.

Fue por ello que el Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 relacionado con los mercados futbolísticos (ACM de 2002) estableció una serie de obligaciones que condicionaban la capacidad de *Sogecable* para negociar en el mercado de la adquisición de derechos y, consecuentemente, en su reventa.

En particular:

“Segunda: Sogecable no podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra o de prórroga que posee o controla, tanto directamente como indirectamente, a través de Audiovisual Sport o de cualquier otra forma, en la negociación para la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de SM el Rey.

Tercera: La duración de los contratos por los que adquiriera estos derechos no podrá exceder de tres años, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto.

Cuarta: Sogecable no podrá ejercer o adquirir en régimen de exclusiva derechos para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de SM el Rey mediante telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos.

Quinta: En el supuesto de que Sogecable controle o adquiriera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la Copa de S.M el Rey y los correspondientes resúmenes, deberá garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se deberá garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración.

(...)

Décima: La duración de las condiciones establecidas en el presente Acuerdo será de cinco años desde la fecha de notificación a Sogecable del presente Acuerdo”.

- **Segundo ciclo de renovaciones.** El siguiente ciclo de renovaciones se produjo una vez finalizada la temporada 2002/2003 y los adquirientes fueron *Sogecable*, *AVS*, *TV Valenciana* y *TV Cataluña*.
- **Tercer ciclo de renovaciones.** A lo largo de la temporada 2005/2006 se puso en marcha el siguiente ciclo de renovaciones. A él acudieron *Sogecable*, que cerró contratos por tres temporadas, para el período 2006/2007 a 2008/2009, pues seguía condicionado por el ACM de 2002, *Mediapro* y *TV Valenciana*. En estos dos últimos casos, las renovaciones se solían producir por cinco temporadas a partir de la temporada 2006/2007, con algunas excepciones.
- **Cuarto ciclo de renovaciones.** A lo largo de la temporada 2006/2007 y al inicio de la temporada 2007/2008, *Mediapro*, *Telemadrid* y *Caja Madrid* cerraron diversos contratos con clubes de fútbol que cubrían en la mayoría de los casos de la temporada 2009/2010 a la temporada 2013/2014 (cinco temporadas). A estas renovaciones no pudo acudir *Sogecable* en condiciones simétricas, en la medida en que seguía limitado por el ACM de 2002, que no expiró hasta el 29 de noviembre de 2007.

❖ **Características del mercado de la reventa.** Podían señalarse como características esenciales del mercado de la reventa de derechos la de la ***puesta en común de derechos*** y la de la ***presencia en el mercado de la reventa de los adquirientes de derechos en el mercado primario***:

- ***Puesta en común de derechos.*** Lo característico del mercado de la reventa era que los operadores audiovisuales adquirientes de derechos de Liga y Copa de SM el Rey (excepto la final) de fútbol habían puesto en común en el seno de una plataforma conjunta (*AVS*), de forma explícita o tácita, sus derechos audiovisuales para su posterior reventa y explotación en distintos medios audiovisuales, fundamentalmente en televisión en abierto y televisión de pago. Esta puesta en común dio lugar a los acuerdos *AVS I* y *AVS II*, que fueron examinados por las autoridades españolas y comunitarias de competencia. También había dado lugar al acuerdo de 24 de julio de 2006 (*AVS III*), sobre la base del cual se planteaba precisamente el caso *Gol TV*.
- ***Presencia en el mercado de la reventa de los adquirientes de derechos en el mercado primario.*** Otra particularidad de este mercado de reventa era que la presencia como demandante en el mismo solía estar ligada a haber adquirido, de forma directa o indirecta, derechos audiovisuales de clubes de fútbol. Lo anterior se había traducido en la siguiente situación:
 - ***AVS I.*** En *AVS I* quienes pasaban a emitir partidos de Liga y Copa de SM el Rey eran *Sogecable* (a través de *Canal+* y *Canal Satélite Digital*), *Antena 3* y *FORTA* (de la cual era miembro *TV Cataluña*).
 - ***AVS II.*** En *AVS II* quienes inicialmente pasaban a emitir partidos de Liga y Copa de SM el Rey eran *Sogecable*, *Telefónica* (a través de *Vía Digital*) y *FORTA*. Sólo tras la intervención de la Comisión Europea, *AVS* permitió a los distintos operadores de televisión de pago emitir los mismos partidos en PPV que se emitían en *Canal Satélite Digital* y *Vía Digital*.
 - ***AVS III.*** En *AVS III*, con la entrada de *Mediapro* como adquiriente y tras el acuerdo de 24 de julio de 2006, *FORTA* había sido sustituida en la temporada 2006/2007 en lo que se refería al partido en abierto por *La Sexta*, *TV Valenciana* y *TV Cataluña* (estas dos últimas obtenían los derechos para emitir en abierto fuera del marco de la *FORTA*, gracias a que habían firmado acuerdos con *Mediapro* para poner en común sus derechos).

❖ **Modelo de explotación de derechos.** Fue la siguiente para las diversas competiciones:

- ***Primera División de Liga.*** Durante la temporada 2006/2007, los derechos audiovisuales de los distintos clubes de fútbol se explotaban en relación con los partidos de Primera División conforme a un sistema o modelo diseñado por los operadores presentes en el *pool*: (i) cesión de un partido de Liga de Primera División por jornada en abierto y directo por *AVS* a *Mediapro*, quien a su vez lo había cedido a *La Sexta*, *TV Cataluña* y *Televisión Valenciana*; (ii) cesión de un partido de Liga de Primera División por jornada en exclusiva para televisión de pago y directo por *AVS* a *Sogecable*, quien lo emitía a través de *Canal+*; (iii)

cesión de ocho partidos de Liga de Primera División por jornada en PPV y directo por *AVS* a *Sogecable*, *Telefónica* y los principales operadores de cable (*ONO* y *AOC*). Asimismo, se establecía un sistema de elecciones para que las distintas ventanas (abierto, pago y PPV) eligieran los partidos que emitían cada jornada a lo largo de la temporada.

Recordemos que, durante algunas de las jornadas de la temporada 2007/2008, el modelo de explotación televisiva de los partidos de Primera División de fútbol no había seguido el esquema de temporadas anteriores, en la medida en que se había producido un conflicto entre *Sogecable* y *Mediapro* sobre la interpretación de la vigencia y de los efectos del acuerdo de 24 de julio de 2006. Como consecuencia de dicho conflicto, en algunas jornadas de Liga de Primera División de la temporada 2007/2008 se había emitido más de un partido en televisión en abierto (en algunos casos *La Sexta* había emitido más de un partido por jornada) y en otra *La Sexta* no había emitido ningún partido en televisión en abierto. Asimismo, en algunas jornadas algún partido no había sido emitido por televisión. Adicionalmente, como consecuencia de cesiones firmadas por *Mediapro* o *La Sexta*, en la temporada 2007/2008 también habían emitido partidos de Primera División en abierto las televisiones autonómicas de Galicia, Aragón, Murcia, Canarias y Baleares. Por otra parte, *AVS* había cedido a *Telecinco* derechos para emitir determinados partidos puntuales.

- ***Segunda División de Liga.*** En lo que respecta a la Segunda División de Liga, en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 se emitían hasta ocho partidos por jornada en abierto y directo. Uno era emitido por *Sogecable* (*Canal+*), otro por *Localia* y los otros seis partidos eran en principio emitidos por la *FORTA*. Asimismo, se establecía un sistema de elecciones para que las distintas televisiones eligieran los partidos que emitían cada jornada a lo largo de la temporada.

Adicionalmente, *Mediapro* había cedido derechos de resúmenes *Premium* de partidos de Liga de Primera y Segunda División en las temporadas 2006/2007 a 2008/2009 a *La Sexta*, *FORTA* y *Televisión Española*.

Por otra parte, *AVS* había cedido en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 el derecho a emitir en las páginas web de determinados medios de comunicación los vídeos de las mejores jugadas de la jornada de Liga. En particular, uno dependiente del grupo *Prisa*, matriz de *Sogecable*, y otros dependientes de *Unidad Editorial, SA*.

- ***Copa de S. M. el Rey.*** Respecto a los partidos de la Copa de SM el Rey, dejando a un lado la final (cuyos derechos correspondían a la RFEF y habían sido cedidos a *Telecinco* en las temporadas 2005/2006 a 2007/2008), la regla general en las temporadas 2006/2007 y 2007/2008 era la explotación por PPV, aunque algunos partidos no se emitieran y otros fueran cedidos a operadores de televisión en abierto. Esto había dependido de distintas variables, tales como quién fuera el titular de los derechos de los equipos participantes (por ejemplo, cuando uno de los participantes era un equipo de Segunda División B o tercera, en cuyo caso eran adquiridos *ad hoc*), las rondas de competición que cada equipo alcanzase y los operadores interesados en la retransmisión.

En definitiva, los derechos solían ser mayoritariamente adquiridos por operadores audiovisuales que procuraban su explotación en sus propios medios de comunicación:

- **TV de pago.** En el pasado, mientras *Sogecable* había sido el adquiriente de buena parte de los derechos audiovisuales de clubes de fútbol, la explotación en ventana de pago se había producido en exclusiva, con la excepción del pago por visión que las autoridades de competencia obligaron a abrir a terceros.
- **TV en abierto.** En abierto se había producido la cesión de derechos a terceros para su explotación, en exclusiva o no. Con carácter adicional a ello, la normativa obligaba a la emisión en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado de un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de Primera División, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de Fútbol siempre que hubiera algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo (Disposición Transitoria Sexta de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y antes de ello artículo 3.1 de la Ley 21/1997, de 3 de junio, reguladora de retransmisiones y emisiones de acontecimientos deportivos).

(2) Situación al tiempo de la oferta de derechos por Mediapro en 2009

Para las temporadas 2009/2010 y siguientes, que eran las relevantes, *Mediapro* actuaba desde una posición de dominio en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey. En mayo de 2009, cuando lanzó su oferta y comenzó a negociar los acuerdos de reventa con diferentes operadores, *Mediapro* disponía de los derechos audiovisuales de 17 de los 20 clubes de Primera División, entre ellos el *Real Madrid* y el *Barcelona*, los clubes con mayor atractivo para los telespectadores.

No tenía los derechos del *Atlético de Madrid* y el *Getafe*, que estaban en manos de *Telemadrid* y *Caja Madrid*, ni los del *Tenerife* y el *Betis* (este último en Segunda División), en manos de *Sogecable*. Sin embargo, en línea con los razonamientos recogidos en la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, los tenedores de los derechos de los cuatro equipos de 1ª y 2ª división no controlados por *Mediapro*, concretamente *Sogecable* y *Telemadrid* y *Caja Madrid*, se vieron abocados a pactar con *Mediapro* la puesta en común de los derechos audiovisuales de que disponían para explotar los mismos de una forma eficiente.

La Dirección de Investigación había argumentado que para *Mediapro* era una opción viable configurar un modelo de explotación audiovisual de la Liga y Copa de SM el Rey sin contar con los derechos de 3 de los 20 equipos de Primera División. Además de otras razones, a través de los derechos de fijación de horarios recogidos en todos los contratos de *Mediapro* con clubes de fútbol, esta entidad disponía de una autonomía muy significativa para configurar los horarios de cada jornada, a fin de ajustarlos a sus necesidades y, en su caso, penalizar la explotación audiovisual de los partidos de los que no disponía.

Desde la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *United Brands v Commission* la posición de dominio se definía como “la posición de fortaleza económica que disfruta un operador y que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al proporcionarle el poder de

comportarse de forma apreciable con independencia de sus competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores”.

Esta definición no exigía una independencia de comportamiento absoluta, sino que requería que el comportamiento independiente lo fuera en grado suficiente como para afectar al desarrollo de la competencia efectiva. No en vano la definición de dominancia no era un fin en sí mismo, sino un ejercicio instrumental supeditado al objetivo inmediato de determinar si un operador estaba en posición de cometer un abuso. Por ello, se consideraba dominantes a la empresa o empresas que ostentasen un poder de mercado considerable sobre clientes y/o proveedores de manera estable durante un período de tiempo.

No se ponía en duda que *Mediapro* hubiera tenido que competir por hacerse con los derechos audiovisuales de partidos de fútbol de la Liga y Copa del Rey y para ello invertir una considerable suma de dinero. Pero, una vez había conseguido hacerse con la inmensa mayoría de los mismos y, finalmente, gestionar de facto todos, no iba ya a verse obligada a enfrentar ninguna competencia durante varias temporadas en la reventa de este tipo de derechos. Tales derechos constituían un mercado relevante definido en el que *Mediapro* gozaba de un poder negociador tal que le permitía tener una influencia decisiva sobre las condiciones de oferta de estos derechos. De no gozar de tal posición de dominio en la reventa difícilmente hubiera podido diseñar unilateralmente el sistema de explotación o los paquetes de derechos como de hecho hizo.

En definitiva, entre mayo de 2009 y el momento de dictarse la resolución, *Mediapro* había actuado, *de iure* o *de facto*, como titular de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey de cara a su explotación audiovisual, disfrutando de una posición en el mercado de reventa de derechos de retransmisión audiovisual de partidos de fútbol de la Liga y Copa de SM el Rey que debía ser calificada como de dominio.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de la reventa de derechos deportivos en el caso Gol TV (remisión)

Hasta aquí el análisis estático de la estructura del mercado de la reventa en el caso *Gol TV*. En lo que concierne a la evaluación dinámica del juego de la competencia, recordemos que aunque la posición dominante de *Mediapro* se daba en el mercado ascendente de la reventa, los efectos de exclusión se daban en los mercados aguas abajo de la difusión televisiva en abierto y de pago y, en general, de la comunicación audiovisual. En el de la TV en abierto estaba presente *Mediapro* a través de *La Sexta* y en el de la TV de pago a través de *Gol TV*.

Por estas razones valdría con remitirse para todo lo concerniente a esa evaluación dinámica a lo dicho al tratar de los mercados de la TV en abierto y de la TV de pago. En ellos se detalló la configuración unilateral de paquetes de derechos realizada por *Mediapro* y el entramado de los contratos de reventa posteriormente celebrados por la propia *Mediapro* con los diversos operadores audiovisuales, así como los acuerdos de puesta en común de *Mediapro* con *Telemadrid* y *Sogecable* (estos últimos recordemos que habían visto limitada su duración a los tres años por efecto de la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, caso *AVS III*, por lo que no habían llegado a ser anticompetitivos).

También se dejaron reflejadas las consideraciones de la autoridad de la competencia sobre la compatibilidad del modelo de explotación de derechos audiovisuales con el Derecho de la Competencia. En definitiva, se afirmaba que *Mediapro* tenía derecho a rentabilizar su inversión en contenidos, pero que, una vez había optado por poner los derechos en el mercado, debía hacerlo en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias para no dar lugar a exclusiones en los mercados aguas abajo de la televisión. Y si bien se reconocía que la configuración de la oferta de *Mediapro* suponía un incremento de los derechos puestos en el mercado, se negaba que hubieran llegado a darse esas condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación.

El análisis en clave de colusión no era relevante ya fuera porque *Mediapro* revendiera derechos a sus participadas *La Sexta* o *Gol TV*, con lo que no se daba la necesaria multilateralidad, ya porque los acuerdos de reventa a otros operadores diferentes no fueran más allá de los tres años, ya porque en ellos la exclusividad estuviera fuertemente restringida atendiendo a aspectos como la tecnología de difusión, las franjas horarias o la zona geográfica, por lo que los mismos podían beneficiarse de la exención prevista en los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE, ya, en fin, porque se tratara de la reventa a favor de su principal competidor en TV de pago, *Sogecable*, con lo que, igualmente, podría entenderse aplicable dicha exención individual.

Distinta era la valoración en clave de abuso. Ya vimos al tratar de los mercados de la difusión que la autoridad de la competencia consideró la existencia de abuso de exclusión: (i) por la configuración de los paquetes de derechos sin ajustarse a principios de objetividad, transparencia y no discriminación (se excluía a operadores diferentes de *Sogecable* y *Mediapro* de los paquetes más atractivos, se excluía a *Sogecable* de la ventana de TDT, se excluían partidos, no se concretaban criterios para la selección de ofertas, ni se individualizaban precios, se daba un plazo cortísimo para la formulación de ofertas, etc.); (ii) por la modificación unilateral del modelo de explotación televisiva de derechos configurado antes y durante la temporada 2009/2010 (incrementando de 2 a 3 los partidos emitidos por *Gol Televisión* en agosto de 2009 en detrimento del canal temático de fútbol *Canal+Liga* de *Sogecable*; y de 3 a 4 en febrero de 2010, etc.); y (iii) por las discriminación de *Sogecable* en los contratos celebrados (vetándole el acceso a la ventana de TDT para su *Canal + Liga*, negándole la señal de partidos para PPV a clientes residenciales ante la falta de acuerdo sobre la comercialización del canal *Gol Bar* en locales comerciales, imponiéndole peores condiciones que a otros operadores para la retransmisión de resúmenes, imponiéndole la firma de contratos escritos, etc.).

Por todo ello, la autoridad de la competencia concluyó que *Mediapro* estaba aplicando una estrategia abusiva, recurriendo a condiciones no objetivas, no transparentes y discriminatorias en la comercialización de los derechos, para excluir a *Sogecable* del mercado de la TV de pago y por haber denegado el suministro de partidos a *Telecinco*.

Por ello se sancionó a *Mediapro/Gol TV* por abuso de posición dominante con multa de medio millón de euros atendiendo a ciertos criterios de atenuación, a saber: *Mediapro* no llegaba al 7 % de cuota de mercado en TV de pago por número de abonados (cifra aún menor por número de ingresos); *Gol Televisión* resultaba ser un producto novedoso y atractivo para los consumidores; a pesar de que los derechos no se habían comercializado en condiciones transparentes objetivas y no discriminatorias, se habían puesto en el mercado más derechos que en el pasado; el efecto exclusionario se había verificado en un periodo muy concreto (primeros meses de la temporada 2009-2010); etc.

i) Los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales deportivos para televisión (en abierto o de pago) en el caso Cuatro

i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión)

Para toda esta materia valdría con remitirse al epígrafe correspondiente dentro del mercado de la TV en abierto y de la publicidad televisada.

Se trataba de la adquisición por *Telecinco* del control exclusivo de *Cuatro* (Expediente C/0230/10) y dicha operación se planteaba en paralelo con otra de concentración económica consistente en la adquisición por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)* (expediente C/0231/10).

Por la conexión entre ambos expedientes de concentración, se acordó su acumulación, si bien tras la presentación de compromisos por las partes se dejó sin efecto tal acumulación a fin de que pudiera ser autorizada la primera operación, pero no la segunda. No obstante, para la autorización bajo compromisos de la primera operación, la DI tuvo en cuenta los efectos que podían derivarse de la operación de toma de control conjunto de *Digital +*, de la cual, por cierto, finalmente desistieron las partes notificantes.

En el contexto de ambas operaciones las partes notificantes alcanzaron diversos pactos a los que la autoridad de la competencia, salvo alguna excepción, negó el carácter de restricciones accesorias por lo que debían someterse al régimen de los acuerdos entre empresas. Todas fueron enunciadas al tratar del mercado de la TV en abierto, sin embargo, reiteraremos las que pudieran guardar una más estrecha relación con el mercado de la producción y comercialización de contenidos audiovisuales deportivos. Así, se pactaba la obligación de *Prisa*, durante un período de tres años a partir de la fecha de cierre de la operación, de no competir en la televisión en abierto, incluso como productor, adquiriente o distribuidor de contenidos, entre los que había que entender incluidos los deportivos.

Por último, las partes de la operación de concentración eran *Gestevisión Telecinco S.A.* (cuyas principales áreas de actividad incluían televisión en abierto, publicidad, explotación de contenidos audiovisuales, producción y distribución de productos audiovisuales, agencia de noticias y actividades de televenta) y *Sociedad General de Televisión Cuatro, S.L.* (agrupaba el negocio de televisión en abierto de *Prisa*, siendo titular de la licencia de un múltiple de TDT nacional, y la mayor parte de su negocio de publicidad en televisión). En lo demás relativo a la identificación de las partes, valdría con remitirse a lo dicho al tratar de los mercados de la TV en abierto y de la publicidad televisada.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura de los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales deportivos en el caso Cuatro

Recordemos que al tratar de la definición del mercado de producto pertinente hablamos de que la DI había identificado los niveles de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales, por un lado, y que, por otro, los niveles, aguas abajo de los anteriores, de la edición, comercialización y distribución de canales ya editados los abordaremos al tratar del mercado de la edición y comercialización de canales.

En el nivel de la producción, la DI no entendió necesario segmentar mercados diferentes en función de la naturaleza del contenido. Ello no obstante, centrados en los contenidos deportivos, el nivel de producción podía cifrarse en la generación de los derechos necesarios para retransmitir la unidad/partido de fútbol. Lo anterior llevaba a que el nivel de la producción se confundiera con el de la comercialización, dado que el operador que llegaba a disponer de los derechos sobre el partido, por haber reunido los de los dos equipos en liza en el mercado aguas arriba de la adquisición en el que los clubes eran los vendedores, era el mismo que los comercializaba a terceros en el mercado de la comercialización o reventa.

En el nivel de la comercialización, ya sí, vimos que la DI diferenció el mercado de la comercialización de los derechos sobre contenidos deportivos del mercado de la comercialización de otros contenidos audiovisuales diferentes. Partiendo de lo anterior, y sobre la base de razonamientos expuestos más arriba, recordaremos que se consideraron relevantes el mercado de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol y el mercado de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos.

Pasaremos a ocuparnos de la **estructura de la oferta** y de la **demandas**:

- ❖ **Estructura de la oferta**. En lo referente a la estructura de la oferta, en el caso de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, la oferta de los mismos en el mercado de reventa estaba en ese momento en manos de *Mediapro*, que había adquirido en exclusiva los derechos audiovisuales de casi todos los equipos de Primera y Segunda División y había puesto en común con *Sogecable* y *Telemadrid* los derechos de los equipos de los que inicialmente no disponía.

En todo caso, conforme a la resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2010 en el marco del expediente S/0006/07, a partir de la temporada 2012/2013, los derechos de los distintos equipos deberían salir de nuevo al mercado, al haber visto limitada su duración hasta el final de la temporada 2011/2012 la mayoría de los contratos firmados por los equipos de fútbol.

En lo que respecta a los derechos audiovisuales de otros acontecimientos deportivos, existía una pluralidad de oferentes, que normalmente se correspondían con los organizadores del acontecimiento deportivo en cuestión.

❖ **Estructura de la demanda.** En estos mercados la fuente de la demanda podía agruparse en dos:

- ***Editores de canales temáticos.*** Se trataba de los editores de canales temáticos (p.e., *Gol Televisión*) que los compraban para conformar su canal temático deportivo que luego emitían por sí mismos o vendían otros operadores audiovisuales para su emisión.
- ***Otros operadores audiovisuales.*** Se trataba de los operadores audiovisuales que adquirían los derechos sobre los acontecimientos deportivos para pasar a su emisión. Los contenidos audiovisuales eran de vital importancia en los mercados de televisión, en la medida en que eran una de las principales fuentes de costes, a la vez que una de las principales vías de diferenciación y captación de audiencia y abonados. Para hacer atractivos sus contenidos, las televisiones recurrían habitualmente a la exclusividad como fórmula de adquisición de los derechos de retransmisión de contenidos audiovisuales, instrumento que garantizaba a los emisores que sus competidores no pudieran disponer de los mismos.

En el marco de su respuesta a los requerimientos de información, *Eurosport* destacaba que la fuerte competencia que había existido en los últimos años por los contenidos deportivos, no sólo los futbolísticos, había llevado a fuertes subidas en los precios pagados por los mismos.

Aquí, a grandes rasgos, podía diferenciarse entre operadores de pago y operadores en abierto:

- **Operadores de pago.** Tradicionalmente los contenidos más atractivos eran acaparados por las plataformas de televisión de pago, especialmente *Digital+*, para su emisión en PPV/VoD o en canales de televisión *Premium* editados por la propia plataforma.

En el pago por visión (PPV) el contenido se contrataba individualmente por el espectador para verlo en un momento y lapso de tiempo prefijados. En el video bajo demanda (VoD) y similares, el contenido se contrataba individualmente por el espectador para verlo cuando lo deseara a lo largo de un determinado periodo de tiempo.

En el caso de los contenidos audiovisuales deportivos, en el que el principal valor *Premium* venía de la emisión en directo, dentro de las emisiones de pago, la comercialización de los derechos para video bajo demanda no era relevante, aunque sí lo fuera la ventana de pago por visión.

En el caso de los derechos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, salvo el partido por jornada reservado en la Ley 7/2010, General de Comunicación audiovisual, a la televisión en abierto, todos los partidos eran explotados en televisión de pago ya fuera dentro de canales de televisión lineales, ya en PPV.

Atendiendo al gasto realizado en los dos años anteriores a la resolución en la adquisición de contenidos audiovisuales por parte de los distintos operadores

del mercado de televisión de pago, se observaba que las estrategias de cada uno de esos distintos operadores a la hora de competir en sus respectivos mercados de televisión tenía su reflejo en el tipo de inversión que realizaban en los mercados de contenidos.

Así, la estrategia de *Digital+* de atraer a abonados dispuestos a pagar cuotas mucho mayores que las de sus competidores a cambio de contenidos exclusivos se reflejaba en el elevado gasto realizado en la adquisición de contenidos en 2009, frente al más reducido de *Telefónica* u *ONO*. Así:

- *Digital+*. Con respecto al mercado de derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol, había que destacar que *Digital+* tenía en exclusiva los derechos de retransmisión de un partido cada jornada de Liga de Primera División y Copa del Rey, que emitía a través de *Canal+*.

Digital+ también emitía a través de *Canal+Liga*, en régimen no exclusivo (compartido con *Gol TV*), otros 3 partidos de Liga de Primera División siendo siempre uno del *Real Madrid* o del *FC Barcelona*. El resto de partidos por jornada de Liga y Copa del Rey eran emitidos por los distintos operadores de televisión de pago en PPV, excepto uno por jornada de ambas competiciones que se emitía en televisión en abierto por *La Sexta* y algunas televisiones autonómicas.

En lo que se refiere a los derechos de retransmisión de otros eventos deportivos, *Digital+* contaba con derechos exclusivos de partidos de la Liga Europea para la temporada 2011-2012, de la mayoría de las ligas extranjeras y de la *NBA*, así como de la mayor parte de derechos también exclusivos para tenis, toros, rugby y golf. En total, *Digital+* sumaba 77 contratos vigentes, que incluían los derechos referidos a la Liga y la Copa del Rey en España.

- *Telefónica y otros operadores*. En cuanto a *Telefónica*, ofrecía partidos de Liga y Copa de fútbol a través del canal de televisión no exclusivo de *Mediapro*, *Gol TV*, así como en PPV, al igual que el resto de las plataformas de televisión de pago competidoras de *Digital+*.
- **Operadores en abierto.** Con el desarrollo de la TDT y la fragmentación de la audiencia, las televisiones en abierto tenían mayores incentivos a competir mano a mano con las televisiones de pago por adquirir en exclusiva contenidos audiovisuales atractivos, entre los que se incluían los deportivos (fútbol, Fórmula 1, motociclismo, etc.), a pesar de que precisamente la fragmentación de las audiencias dificultaba su rentabilización.

También en el caso de la TV en abierto, atendiendo al gasto realizado en los dos años anteriores a la resolución en la adquisición de contenidos audiovisuales por parte de los distintos operadores del mercado de televisión en abierto, se observaba que las estrategias de los distintos operadores a la hora de competir en sus respectivos mercados de televisión tenía su reflejo en el tipo de inversión que realizaban en los mercados de contenidos. Así, se

observaba como las televisiones en abierto se encontraban en niveles de inversión muy alejados del operador de pago *Digital+*. No obstante, se observaba un esfuerzo inversor por parte de *La Sexta* y *Telecinco* en deportes, incluido el fútbol. Así:

- *Telecinco*. *Telecinco* había adquirido de *Sogecable* los derechos de emisión exclusiva para televisión en abierto de hasta ocho partidos del Mundial de Fútbol de 2010, incluidos todos los de la selección española. *Telecinco* también había comprado a *Sogecable* derechos de emisión en exclusiva de partidos de Copa de la UEFA.
- *Cuatro*. *Cuatro* contaba, por ejemplo, con la exclusiva para televisión en abierto de partidos del campeonato de Wimbledon y el US Open de tenis.
- *La Sexta*. *La Sexta* había adquirido en exclusiva los derechos de emisión de Fórmula 1 y GP2 hasta una fecha confidencial, así como el mundial y el europeo de baloncesto para los años 2010 y 2011 respectivamente.

Por lo expuesto más arriba, tuvo la DI en cuenta la posición de todas las partes implicadas en las dos operaciones conexas, a saber, *Cuatro* y *Telecinco*, por una parte, y *Prisa*, *Telefónica*, otra vez *Telecinco* y *Digital +*, por otra parte. Así, se resaltaba que las empresas implicadas en ambas operaciones de concentración jugaban un importante papel como demandantes de contenidos deportivos, más que como oferentes, con lo que los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes. Además, los acuerdos cooperativos expuestos más arriba contribuirían a reforzar el incentivo y la capacidad para la coordinación de estrategias competitivas de esas entidades en los dos mercados de contenidos deportivos identificados, sobre todo, de llegar a ejecutarse ambas operaciones de concentración.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales deportivos en el caso Cuatro (remisión)

En cuanto a la evaluación post-concentración del juego de la competencia, la misma la hizo la DI común para todos los mercados incluidos en los niveles citados de la producción y comercialización de contenidos audiovisuales, por lo que haremos una exposición común al tratar del último de estos mercados. No obstante, cabría destacar como aspectos más estrechamente relacionados con los contenidos deportivos los siguientes.

En primer lugar, podía señalarse que había un ejemplo de actuación coordinada en relación con el Mundial de Fútbol 2010, cuya explotación había sido repartida por *Sogecable* entre *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+*, correspondiendo a cada una distintas ventanas de explotación y/o partidos. *Telecinco*, *Cuatro* y los canales *Premium* de *Digital+* producidos por *Prisa* habían emitido los partidos según un reparto pactado entre ellos, de acuerdo con sus intereses y gracias a la adquisición por parte de *Sogecable* del total de partidos, luego compartidos con *Telecinco*. Este modelo también había sido seguido por *Digital+* en relación a otros eventos, por ejemplo, *Wimbledon 2008*, en el que la final entre Nadal y Federer se emitió íntegramente en *Cuatro*, mientras que el resto de partidos se ofrecieron en los canales de

televisión de *Digital+*. Además, esta coordinación podría reproducirse de llegar a autorizarse la operación y también podría emplearse más adelante en relación a otros derechos deportivos de interés para el público general.

La operación sólo fue autorizada después de que *Telecinco* asumiera compromisos para limitar su capacidad de compra de los contenidos audiovisuales más atractivos, entre los que se incluían los deportivos, y para hacer frente a los efectos que generaría la coordinación de comportamientos competitivos en la adquisición de contenidos audiovisuales fruto de los vínculos estructurales de *Telecinco* con *Prisa* y *Telefónica* en *Digital+*, en síntesis: **(i)** la limitación a tres años de los contratos de adquisición de contenidos en exclusiva de *Telecinco*; **(ii)** el compromiso de *Telecinco*, mientras fuera accionista de control de *Digital+*, de limitar la explotación exclusiva de derechos audiovisuales de acontecimientos deportivos para su emisión en televisión en abierto según las siguientes condiciones: **(a)** “*Telecinco se comprometía a no explotar en televisión en abierto en un mismo año derechos de emisión de partidos de la Liga de Primera División y los derechos de emisión de partidos de fútbol de más de una de las restantes competiciones oficiales nacionales o internacionales*”; **(b)** “*Telecinco se comprometía a no explotar en televisión en abierto en un mismo año derechos de emisión de más de dos de los siguientes bloques de eventos deportivos: Campeonato del mundo de Fórmula 1; Campeonato del mundo de motociclismo; Competiciones oficiales nacionales o internacionales en las que participen clubes de baloncesto de Primera División o la selección nacional; Tour de Francia y/o vuelta ciclista a España*”.

g) Barreras a la entrada en el mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes

En estos mercados de la adquisición de derechos para TV sobre acontecimientos deportivos importantes es dable que nos remitamos a lo que se dirá sobre barreras de entrada al tratar del mercado afín de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago. Aparte de la anterior remisión, señalar el papel destacado de las barreras económicas ligadas al disfrute de estos derechos, dada la envergadura de los desembolsos necesarios.

No obstante lo anterior, en los dos casos europeos que estudiamos, las protagonistas eran las barreras de tipo normativo asociadas a eventuales restricciones de la competencia derivadas de ciertas normas de carácter corporativo. Así, en el caso de los estatutos de la *UER*, dichas barreras eran las constituidas por los preceptos estatutarios de dicha organización que vetaban a los terceros el acceso a la condición de miembro y, en consecuencia, a los derechos de emisión sobre acontecimientos deportivos. Refundiendo lo expuesto en detalle en apartados anteriores, podrían hacerse las siguientes reflexiones.

Los intentos protagonizados por la Comisión para paliar los efectos sobre la competencia de estas cláusulas de estatutos mediante la imposición de un régimen de sublicencias, primero en 1993, respecto de los acontecimientos deportivos no explotados por los miembros de la *UER* y, después, en 1999, también respecto de los que sí eran objeto de dicha explotación, no fueron bastantes a convencer al Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. Para dicho órgano jurisdiccional, el alto grado de integración vertical existente entre la *UER* y sus miembros y la existencia de cláusulas de reserva establecidas a favor de estos últimos en el régimen de sublicencias imposibilitaban, prácticamente, que los terceros pudieran retransmitir acontecimientos deportivos en directo. De otra parte, el mismo Tribunal

subrayó que la retransmisión en diferido no revestía un excesivo interés para las demandantes que eran cadenas de TV de libre acceso cuyos ingresos dependían de la publicidad y del patrocinio y con unos niveles de audiencia que, en un alto grado, se encontraban a expensas de la incertidumbre inherente al resultado.

Por otra parte, en el asunto del Reglamento de retransmisiones de la *UEFA*, los terceros argumentaron que la prohibición de emitir acontecimientos futbolísticos en determinadas horas conformaba una barrera de entrada – hay que entender que normativa – en el mercado de la adquisición de derechos sobre acontecimientos deportivos para su emisión por TV.

Finalmente, en los casos de *AVS III/concentración* y colusión, *Gol TV* y *Cuatro*, se situaban, principalmente, todas las barreras de entrada de tipo económico y normativo derivadas del sistema español de comercialización de los derechos, basado en el derecho de arena combinado con el derecho de veto del club visitante. Lo anterior se traducía en una progresiva concentración de derechos en manos de la plataforma que fuera ya titular de la mayor cantidad de ellos y la elevación de unas barreras de entrada cada vez mayores para los terceros adquirientes. Esta situación se veía agravada por la inserción de cláusulas de exclusividad y de adquisición preferente en los contratos de cesión y por la larga duración de los mismos. Finalmente, cabría destacar cómo la adquisición del control exclusivo de *AVS* por parte de *Sogecable* supondría la consolidación de las barreras de entrada de naturaleza económica.

h) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes (remisión)

La similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados de contenidos para TV, llevará a que agrupemos todas esas conclusiones tras ocuparnos del último de ellos (producción de programas para TV).

3) EL MERCADO DE LOS CONTENIDOS *PREMIUM* DEPORTIVOS PARA TELEVISIÓN DE PAGO

a) Definición del mercado de producto pertinente de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago

Un repaso de asuntos permitiría concluir:

- 1.º **Caso Vía Digital**. En el asunto de la fusión digital en España, el TDC consideró como mercados afectados y ascendentes con respecto al mercado relevante de la TV de pago los de los contenidos *Premium*. Estos actuaban como gancho de la TV de pago determinando al usuario a contratar sus servicios y se desdoblaban en cine de estreno y deporte.

Los contenidos deportivos, ciñéndonos al mercado español - veremos que el geográfico de referencia es el nacional -, se reducían al fútbol por motivos como eran que no existiera otra actividad deportiva que pudiera actuar como su sustitutivo, que sus cotas de audiencia se situaran muy por encima de las de otros deportes o que las cadenas de TV se avinieran a satisfacer elevadísimas sumas de dinero por el disfrute de los derechos correspondientes. Así pues, dentro del mercado de los contenidos *Premium*, resultaba posible discernir como mercado autónomo el de los derechos del fútbol pues éste no era, obvio resulta, sustituible por el cine ni tampoco, ya se ha dicho, por otras prácticas deportivas.

Con ser cierta la afirmación anterior, resultaba indispensable, sin embargo, completarla con otras que no lo eran menos y así: (i) los acontecimientos con periodicidad superior a la anual (Eurocopa y Mundial de selecciones) difícilmente podían jugar como enganche de abonados por lo que quedaban fuera de este mercado; (ii) se situarían asimismo al margen de dicho mercado las retransmisiones en diferido, al ser el fútbol un producto altamente perecedero que tan sólo conservaba un elevado interés para el telespectador en la medida en que el resultado final fuera incierto; (iii) el mercado del fútbol contenido *Premium* podía escindirse en dos según se estuviera en presencia de competiciones regulares (Vg. la Liga) o irregulares (p.e. la Copa del Rey), pues las unas no eran sustituibles por las otras a ojos del consumidor español y tal había sido también la conclusión de la Comisión europea en su decisión de 19 de abril de 2001 referida al Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA; sin embargo, este último criterio no fue tomado en cuenta para la definición del mercado pertinente (ver a continuación).

En conclusión y en palabras del TDC: “*sería mercado de producto afectado por la operación el de la adquisición de derechos de retransmisión en directo de acontecimientos futbolísticos celebrados durante el año y todos los años como son los partidos de la Liga española, la Copa de S. M. El Rey y de la Liga de Campeones y la Copa de la UEFA en los que participen equipos españoles*”.

- 2.º **Caso BiB**. En el asunto *BiB*, la DG4 consideró como mercado relevante el del suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV de pago. En el Reino Unido, en 1995, 44 de los 50 programas más importantes de televisión de pago eran, en

términos de audiencia, películas o deportes. Entre estos 50 programas de mayor audiencia figuraban 27 programas deportivos, 17 películas y 6 programas diversos. 22 de esos 50 programas eran de fútbol, de los cuales 14 se situaban entre los 20 de cabeza del referido listado de 50 (Fuente: *Cable and Satellite Express*, 25 de enero de 1996). Las consideraciones de la Comisión fueron coincidentes con las del TDC español en el caso de la fusión digital, con la única matización de que, en el caso concreto sometido a su conocimiento, la DG 4 no consideró necesario valorar si cine y deportes debían dar lugar o no a mercados diferenciados.

- 3.º **Caso Cablevisión**. Análogamente, en *Cablevisión* el TDC examinó posibles restricciones al juego de la competencia en un mercado que definió como de los “derechos sobre programas audiovisuales”.
- 4.º **Caso Telepiù**. Por su parte, la autoridad italiana de la competencia (caso *Stream/Telepiù*) consideró incluidos dentro de este mercado de los contenidos Premium deportivos no sólo los campeonatos de fútbol, sino también los de Fórmula 1 y aún otras prácticas deportivas (tenis, esquí o ciclismo) cuando participaran equipos o deportistas italianos.

En la decisión posterior de la Comisión (Asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*) la autoridad europea de la competencia identificó como mercados de la TV de pago: **(i)** partidos de fútbol celebrados regularmente (cada año) y en los que participasen los equipos nacionales (Asunto 37.576 - *UEFA*, COMP/M.2483 - *Canal+/RTL/GJCD/JV*, COMP/M.2845 - *Sogecable/Canalsatélite/Vía Digital*); **(ii)** partidos de fútbol que no tuvieran lugar regularmente y en los que participasen los equipos nacionales; y **(iii)** otros deportes. De los anteriores, la Comisión entendió que resultaban afectados por la operación los de los apartados **(i)** (principalmente, Liga Nacional, Copa, Copa de la UEFA y Liga de Campeones) y **(iii)** (derechos exclusivos de otros acontecimientos deportivos).

En cuanto al mercado del apartado **(i)**, observó la Comisión que las cadenas en abierto entraban en la puja sólo respecto de la Liga de Campeones y de la Copa de la UEFA, pero no respecto de los partidos de la Liga y Copa nacionales. Lo anterior encontraba su explicación en la capacidad de difundir al mismo tiempo varios partidos y en el hecho de que la mayor parte de los clubes, especialmente los pequeños y medios, no estuvieran interesados en la venta de sus derechos a televisiones gratuitas, fácilmente accesibles para todos los telespectadores, al mismo precio que a las televisiones de pago, puesto que tal política reduciría el número de asistentes a los estadios.

Y respecto del mercado del apartado **(iii)**, derechos exclusivos de otros acontecimientos deportivos, la Comisión fue de la opinión de que conformaban un contenido muy importante para los operadores de TV de pago porque afectaban a acontecimientos con potencial para atraer el interés de muchos consumidores finales, por ejemplo, torneos importantes de tenis, combates de boxeo, ciclismo, golf y carreras de motos. Las características de este tipo de contenido y los precios indicaban que la compra de sus derechos de transmisión exclusivos podía considerarse como un mercado de producto separado y distinguible de otros mercados de compra de contenido. Sin embargo, no entendió necesario, a efectos de ese caso concreto, decidir si ese mercado genérico debía ser dividido en distintos mercados para deportes particulares en lo concerniente a la compra de derechos de transmisión por las televisiones, puesto que la concentración

crearía o consolidaría una posición dominante independientemente de las definiciones alternativas de mercado de producto.

Para la Comisión, para gran parte de los derechos integrados en el mercado (i) (Liga y Copa nacionales) sólo pujaban los difusores de pago, en la práctica *Newscorp* dentro del mercado italiano, y en los del apartado (iii), p.e., tenis, golf o Fórmula 1, alguna de las partes de la concentración disfrutaba ya de una posición dominante. De ahí que la operación sólo llegara a ser aprobada bajo ciertas condiciones y compromisos sustancialmente idénticos a los referidos para el de los derechos sobre películas de estreno (*vid infra*), con la sola diferencia de limitarse a 2 años, y no 3, los pactos de exclusividad referidos a los nuevos contratos que la nueva plataforma pudiera llegar a suscribir con los clubes.

En todos los anteriores casos, el mercado de los contenidos deportivos se relacionaba principalmente con el mercado de la TV de pago, más que con el de la TV en abierto. Sin embargo, debemos recordar que lo anterior no se daba en los casos estudiados en el anterior apartado 2. En este sentido, también en la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993 (Expediente núm. 319/1992) fue identificado como mercado de producto el de *“los derechos de retransmisión por televisión de fútbol en España”*, sin distinguir entre TV de pago y TV en abierto. En este caso, la autoridad de la competencia, ante la imposibilidad de organizar una Liga Nacional o Supranacional alternativas, sentó: *“De todo lo expuesto cabe concluir, sin ningún género de duda, que la «LNFP» goza de posición de dominio, puesto que puede modificar las condiciones de contratación de los derechos que gestiona olvidándose del comportamiento de sus competidores y sin que esa actuación independiente la perjudique. Véanse a este respecto las SSTJCE 14-2-1978 As 27/1976 (United Brands; Chiquita Bananas), 9-11-1983 As 322/1981 (Michelin) y la reiterada doctrina de este Tribunal”*.

Una vez concluido que existía una posición dominante terminó el mismo Tribunal por sentar que se había producido un abuso de la misma (al margen de la existencia también de otras prácticas colusorias): *“La «LNFP», en julio 1989, había decidido cerrar el plazo de presentación de ofertas para la cesión de derechos de imagen de fútbol escasamente un mes antes de que el Consejo de Ministros resolviera la adjudicación de concesiones de tres cadenas de televisión privadas. La decisión en ese momento no era en absoluto necesaria para la «LNFP», puesto que ya había prorrogado su contrato vigente con las televisiones públicas para la temporada 1989-1990 y, con su decisión de resolver el concurso en esa fecha, en principio haría disminuir la puja por la obtención de los derechos de emisión de fútbol dada la incertidumbre de los solicitantes de la concesión de cadenas de televisión respecto a su éxito [...] No cabe la menor duda de que, al acceder a la llamada «novación» del contrato suscrito con PROMOCION DEL DEPORTE y en el que se subrogaron totalmente las «TELEVISIONES AUTONOMICAS» (excepto Canal Sur) el 1-8-1989, así como proceder a suscribir el contrato de 6-7-1990 con «CANAL PLUS», la «LNFP» afectó seriamente a las condiciones de competencia entre los demandantes de derechos de emisión de fútbol por televisión en España, impidiendo el acceso a esos derechos por parte de las dos televisiones privadas restantes que iniciaban sus emisiones en aquella época, «ANTENA 3» y «Telecinco». Para ello, la «LNFP» partía de una cesión exclusiva y excluyente de los derechos de retransmisión de partidos en directo definiendo el número de partidos que podían emitir las «TELEVISIONES AUTONOMICAS» y «CANAL PLUS» y acordando que solamente con la autorización de las «TELEVISIONES AUTONOMICAS» podrá la «LNFP» conceder nuevos derechos de emisión por televisión de otros encuentros. Las*

«TELEVISIONES AUTONOMICAS» podrán ceder la emisión de algún partido de fútbol pero a costa de que ellas no lo emitan y «CANAL PLUS» no podrá ceder ningún encuentro. [...] El conjunto de pactos expuesto más arriba tuvo como objetivo y consecuencia el cierre del acceso a las imágenes de fútbol para las televisiones privadas no participantes en el esquema, así como para cualquier otro eventual operador en el mercado en el futuro. [...] Al contratar todos los derechos en bloque, en exclusiva mundial para las «TELEVISIONES AUTONOMICAS», por ocho temporadas además de la contratación parcial de la temporada 1989-1990, con derecho de tanteo y retracto sobre la cesión futura no sólo de los derechos gestionados por la «LNFP» en el momento de la contratación sino de los posibles derechos a gestionar en el futuro (si dicha gestión se le atribuye durante la vigencia del contrato), la «LNFP» ha impedido el acceso de las nuevas cadenas privadas de televisión libre a las imágenes de fútbol, no para ocho años -lo cual ya sería irreparable para unas cadenas con una concesión de diez años sujeta a ulterior renovación- sino por un período mayor que dependerá de la estrategia seguida por la «LNFP» en el diseño de su próxima contratación de derechos. Dichas conductas constituyen un abuso de posición de dominio prohibido por el Art. 6.2 b) y c) de la Ley 16/1989».

De esta Resolución del TDC destacan los autores (Pellisé Capell; *“La explotación abusiva...”* Op. Cit.) que en ella se reiteró la noción objetiva, en el sentido de no exigirse intencionalidad, del abuso de posición dominante cuando destacó que *“basta con que la conducta del que abusa de la posición de dominio pueda considerarse negligente”*; *“esta consideración vino a propósito de que la LNFP no había sido la promotora de los actos abusivos, ni fue tampoco su intención primordial cerrar el paso a las nuevas cadenas privadas de televisión. De ahí que el Tribunal considerara que su posición de dominio le imponía el deber de prever los resultados que la celebración de los contratos de exclusiva que cerraban el paso a las nuevas cadenas al mercado de derechos de emisión de fútbol por televisión podían tener en ese mercado”*.

El planteamiento del TDC fue a la postre confirmado por el Tribunal Supremo que, en sentencia de 9 de junio de 2003 (RJ 2003\6409), vino a ratificar las argumentaciones del TDC y de la Audiencia Nacional (sentencia de 17 de julio de 1998) coincidentes con las anteriores. En particular, en lo concerniente a la definición del mercado, en la sentencia de 17 de Julio de 1998 (1624/1993) sentó la Audiencia Nacional que había cuatro mercados diferentes dentro de los derechos de difusión deportivos sobre la base de los siguientes cuatro criterios: **(i)** las cuotas de audiencia; **(ii)** el número de solicitudes de suscripción a *Canal* + cuando este canal de TV privada obtenía el derecho a difundir el partido semanal de liga; **(iii)** los significativos picos de audiencia registrados durante la retransmisión el sábado del partido semanal de Liga; **(iv)** la regularidad de cada competición. Así los cuatro mercados identificados por la AN eran: **(i)** el mercado de los derechos de retransmisión de los partidos de la Liga nacional (mercado *Premium*); **(ii)** el mercado de los derechos de retransmisión de los partidos de la Copa del Rey; **(iii)** el mercado de los derechos de retransmisión de los partidos de fútbol correspondientes a otras competiciones nacionales e internacionales; **(iv)** el mercado de los derechos de retransmisión de otros eventos deportivos. Este planteamiento fue ampliamente confirmado por la posterior STS nº 319/1992 de 9 de junio de 2003.

Un repaso de toda esta doctrina de las autoridades de la competencia y su puesta en relación con la estudiada al tratar del mercado afín de la adquisición de derechos (para TV en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes tendría que permitirnos hacer los siguientes apuntes:

- 1.º La diferenciación entre el mercado de los contenidos Premium deportivos para TV de pago y el de la adquisición de derechos (para TV en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes obedece más a necesidades de claridad expositiva que de realidad de los mercados. Lo anterior es así porque tanto las cadenas en abierto como las de pago compiten para la adquisición de esos derechos lo que podría permitir entender que existe un solo mercado de los derechos sobre contenidos deportivos para TV siendo indiferente el modo de difusión (encriptado o no) de los organismos de radiodifusión que pujan por su adquisición. Ahora bien, sin dejar de ser cierto lo anterior, el sólo empleo del término *Premium* ya tiende a colocarnos dentro de la órbita de la TV de pago, pues connota que se trata de contenidos deportivos que dan a la TV de pago un valor de opción frente a la TV en abierto.
- 2.º Si bien es posible que las autoridades de la competencia hablen de la adquisición de derechos sobre contenidos para TV de pago sin distinguir entre cine y deportes (así, p.e., en el caso *BiB* o en *Cablevisión*), parece fuera de toda duda que ambas clases de contenidos dan lugar a mercados separados, lo que bien a las claras resulta del la resolución del TDC en el caso *Vía Digital*.
- 3.º El fútbol es el componente esencial tanto del mercado de la adquisición de derechos (para TV en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes, como del mercado de los contenidos Premium deportivos para TV de pago. Ahora bien, fuera de lo anterior, los perfiles de esos mercados pueden ensancharse o no, en función del caso concreto, para llegar a comprender también otras prácticas deportivas que lleguen a proporcionar también unos elevados niveles de audiencia (p.e., el campeonato mundial de Fórmula 1 en Italia por la tradición de la escudería Ferrari) o para, dentro de cierto deporte, comprender todas las competiciones (regulares o no) o sólo algunas.

Al margen de todo lo anterior, si de las definiciones manejadas tomamos la más estrecha (probablemente la del TDC en *Vía Digital* que se ha dejado transcrita), la definición como mercado de producto independiente del de los contenidos *Premium* deportivos no arrojaría dudas; en este sentido valdría con remitirse al examen de sustituibilidad realizado por el propio Tribunal que también se ha dejado expuesto.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago

El mercado de los contenidos *Premium* deportivos tenía, al entender del TDC (caso *Sogecable/Vía Digital*) dimensión nacional (criterio compartido, en cuanto al mercado de suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV, por la DG 4 en el caso *BiB*). Con respecto a los contenidos *Premium* futbolísticos, el TDC, en el asunto citado, subrayó que las condiciones de la demanda variaban sustancialmente de uno a otro estado según las preferencias del ciudadano. En idéntico sentido, la Comisión (considerando 67 de su decisión en el Asunto *Newscorp/Telepiù*): “*Las normas de la UEFA sobre transmisiones reflejan el hecho de que el mercado de derechos de transmisión de partidos de fútbol es nacional puesto que tales derechos se venden generalmente a escala nacional, incluso para acontecimientos paneuropeos como la Copa de la UEFA y la Liga de Campeones. Por lo que se refiere a los derechos de transmisión de la liga nacional y partidos de la copa nacional, la especificidad del producto debido a factores culturales ligados a la demanda y las preferencias nacionales implican que el alcance geográfico corresponde al país en que se juegan los partidos*”. Muy

diversamente, en el asunto *Cablevisión*, consideró el TDC que la dimensión del mercado de los derechos sobre programas audiovisuales era mundial.

La aplicación de los criterios de sustituibilidad de la demanda y de la oferta tendría que servirnos para confirmar la dimensión nacional del mercado de los contenidos *Premium* deportivos (futbolísticos). Ante un IRSNTP de los precios aplicados por los titulares de los derechos de imagen sobre los partidos de fútbol en los que participen equipos españoles, los organismos de radiodifusión españoles no desviarán sus pedidos hacia los titulares de los derechos sobre otros equipos pertenecientes a ligas extranjeras (sustituibilidad de la demanda). Ante ese mismo incremento, no cabría que otros proveedores extranjeros pasaran a comercializar, p.e., en España los derechos de imagen correspondientes a equipos españoles los cuales, como sabemos, estarían en manos de los propios clubes de fútbol españoles o, en su caso, de la UEFA (sustituibilidad de la oferta).

c) Entorno normativo del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago

i) Europeo

Este mercado que ahora estudiamos se inscribe de pleno en el segmento de los contenidos que se diferencia con claridad del de la transmisión conforme a una sistemática que venimos reiterando a lo largo de todo este trabajo.

Dentro del ordenamiento jurídico comunitario la norma fundamental a la que estar era la Directiva 89/552 de TV sin fronteras que, tras la reforma operada por la Directiva 2007/65/CE, pasó a ser denominada “Directiva de servicios de comunicación audiovisual”. Esta última norma supuso la inserción dentro del cuerpo de la Directiva 89/552 de un Capítulo II Quater que, bajo la rúbrica de “Disposiciones sobre los Derechos exclusivos y los resúmenes informativos en radiodifusión televisiva” incluía dos artículos, el 3 undecies y el 3 duodecies.

Con arreglo al primero de ellos, se permitía a cada Estado miembro adoptar medidas para que los organismos de radiodifusión bajo su jurisdicción no retransmitieran de manera exclusiva acontecimientos considerados de gran importancia para la sociedad de modo que una parte importante del público de dicho Estado pudiera verse privado de la posibilidad de seguir dichos acontecimientos, en directo o en diferido, en la TV de libre acceso. El precepto, para el caso de adopción de dichas medidas, ordenaba la publicación por el Estado de que se tratase de una lista de acontecimientos, nacionales o no, que debían ser considerados de gran importancia para la sociedad especificando si, por esta razón, debían ser transmitidos, total o parcialmente, en abierto o en diferido, en TV de libre acceso. En cuanto a dicha publicación, disponía la Directiva que la misma debía tener lugar a su debido tiempo y oportunamente y de manera transparente (apartado primero).

También se obligaba a los Estados a notificar a la Comisión las anteriores medidas a los efectos de que por ésta pudiera verificarse que las mismas se ajustaban al Derecho Comunitario y a los de publicarlas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas: al menos, una vez al año se publicaría la lista consolidada de las medidas adoptadas por los Estados miembros (Art. 3 undecies, apartado segundo).

Finalmente, en el apartado 3 se imponía que cada Estado miembro garantizase que los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción no ejercieran los derechos exclusivos adquiridos de forma que se privase a una parte sustancial del público de otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos designados por este último Estado como de gran importancia para la sociedad y, por tanto, sujetos a su emisión en abierto, ya en directo ya en diferido.

Llegados a este punto, pueden ser ilustrativas las consideraciones vertidas por la Comisión al responder a alguna pregunta escrita. Se trataba de la Pregunta escrita n. 3037/98 del John Iversen a la Comisión sobre Televisión sin fronteras (*Diario Oficial* n° C 135 de 14/05/1999 P. 0156); el supuesto era el de un partido de calificación para el Campeonato de Europa a disputar por la selección danesa que no pudo ser visto por un 40 % de los telespectadores como consecuencia de que dos importantes cadenas danesas no se avinieran a satisfacer las elevadas sumas exigidas por la cesión de los derechos.

La Comisión estimó que, el entonces Art. 3 bis de la Directiva, luego Art. 3 undecies, permitía, pero no obligaba, a los Estados miembros la adopción de las medidas en él previstas. Por otro lado, éstas debían mantener el equilibrio entre, por una parte, el interés general legítimo reconocido en dicho precepto y, por otra, el libre desenvolvimiento de la competencia entre cadenas de libre acceso y de pago y la libre prestación de servicios transfronterizos. En general, la Comisión estimaba que la puesta a disposición de derechos de retransmisión de acontecimientos considerados de gran interés para la sociedad, a precios de mercado, a cadenas de libre acceso, podía considerarse una solución conforme al espíritu de la Directiva, que no preveía mecanismo de fijación del precio de estos derechos.

Realmente, y como se ha dicho, el Art. 3 undecies no dejaba de ser una reproducción del antiguo Art. 3 bis de la Directiva 89/552. Una mayor novedad supuso la introducción del Art. 3 duodecies que dio carta de naturaleza normativa al denominado “*news access*”. En dicho precepto se obligaba a cada Estado miembro a velar por que cualquier organismo de radiodifusión asentado en la Comunidad pudiera acceder en condiciones justas, razonables y no discriminatorias a acontecimientos de gran interés público (había que entender incluidos los deportivos) transmitidos en exclusiva por otro que se encontrase bajo la jurisdicción de aquél. Esos extractos breves tan sólo podían ser utilizados para programas de información general. La Directiva se remitía al legislador nacional para regular las modalidades y condiciones de esos extractos breves, si bien imponía un límite para la posible contraprestación, caso de que ésta hubiera llegado a fijarse, a saber, que la misma no superara “*los costes adicionales en los que se haya incurrido directamente por prestar el acceso*”.

Como ya sabemos, la Directiva 89/552, en la redacción dada por la Directiva 2007/65/CE, ha terminado por ser derogada a través de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual; DO L 95 de 15.4.2010, p. 1/24).

En la vigente Directiva de servicios de comunicación audiovisual es el Capítulo V el que incluye las “*Disposiciones sobre los derechos exclusivos y los resúmenes informativos en radiodifusión televisiva*”. Dentro de éste, el Art. 14 prácticamente reproducía la regulación incluida en el anterior Art. 3 undecies; respecto de las medidas adoptadas por cada Estado miembro en virtud del apartado primero, se preveía el control por la Comisión de su

conformidad con el derecho de la UE y, además, la notificación al resto de Estados miembros.

El Art. 15 venía, por su parte, a corresponderse con el anterior Art. 3 duodecies. Respecto del derecho de acceso, se preveía que *“si otro organismo de radiodifusión televisiva establecido en el mismo Estado miembro que el organismo que pretende obtener el acceso ha adquirido derechos exclusivos sobre el acontecimiento de gran interés para el público, el acceso se solicitará a dicho organismo”* (Ap. 2). Cuando resultara necesario el ejercicio del derecho de acceso sobre una base transfronteriza, *“los Estados miembros deben facilitar el acceso a acontecimientos de gran interés para el público concediendo el acceso a la señal emitida por el organismo de radiodifusión [...] No obstante, pueden seleccionar otros medios equivalentes en la acepción de la presente Directiva. Dichos medios incluyen, entre otras cosas, la concesión del acceso al lugar en que vaya a celebrarse el acontecimiento de que se trate antes de conceder el acceso a la señal. Esta disposición no es óbice para que los organismos de radiodifusión televisiva celebren contratos más pormenorizados”* (Preámbulo de la Directiva).

ii) Nacional

Dentro del Derecho patrio, la Disposición adicional segunda de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva de TV sin fronteras vino a reproducir tan sólo el contenido del apartado 3 del Art. 3 bis de la Directiva (luego Art. 3 undecies tras la Directiva 2007/65/CE y, finalmente, Art. 14 de la Directiva 2010/13/UE), sin tan siquiera hacer mención al de los otros dos apartados de dicho artículo.

Mayor alcance tuvo la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos (BOE nº 159, 4-Jul-1997). En su Exposición de motivos se encontraban algunas referencias importantes como la de que la existencia de derechos de exclusiva para la retransmisión de esta clase de eventos a través de cualquier medio de difusión podía llegar a lesionar la libre competencia entre los distintos operadores de los medios de comunicación audiovisual y a perturbar la estabilidad e independencia financiera de los clubes. Otras alusiones importantes del Preámbulo podían ser las que se relacionaban con la libertad de información del Art. 20 de la Constitución o la protección de los consumidores y usuarios (léase telespectadores).

Conforme al Art. 1 de la Ley 21/1997, tres eran los criterios cuya concurrencia, conjunta o separada, podía llegar a dar lugar a la aplicación de los preceptos de la Ley a un determinado evento deportivo, a saber: **(i)** que fuera oficial, de carácter profesional y ámbito estatal; **(ii)** que correspondiera a las selecciones nacionales de España; y **(iii)** que tuviera especial relevancia o trascendencia social.

De acuerdo con el Art. 2 de la misma Ley, la cesión de los derechos para la emisión de estos eventos, fuera o no en exclusiva, no podría suponer restricción del derecho de información, para cuya efectividad, los distintos medios tendrían asegurado su acceso a los estadios. Dicho acceso era gratuito cuando de lo que se tratara fuera de la obtención de imágenes para la elaboración de extractos, nunca de más de tres minutos, para su difusión en programas informativos, y mediante contraprestación a favor de los titulares de los derechos respectivos – Art. 3 – en los supuestos de programas deportivos especializados no comprendidos entre los anteriores.

En el Art. 4 se preveía la elaboración al comienzo de cada temporada por el Consejo para las emisiones y retransmisiones deportivas – organismo creado mediante Real Decreto 991/1998 (BOE nº 123, 23-May-1998) - del catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general teniendo en cuenta, al menos, los siguientes criterios: **(i)** atracción sobre la audiencia de los operadores de TV; **(ii)** importancia en el ámbito deportivo nacional; y **(iii)** tradición de la competición o acontecimiento. Dichos acontecimientos o competiciones de interés general, salvo muy contadas excepciones, debían ser retransmitidos en directo, en emisión abierta y para todo el territorio del Estado.

La Resolución de 29 de julio de 2005 ordenó la publicación del Acuerdo del Pleno del Consejo de Emisiones y Retransmisiones Deportivas por el que vino a aprobarse el Catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general para la temporada 2005-2006. Limitándonos al fútbol, único contenido *Premium* deportivo según la resolución del TDC recaída en el caso de la fusión digital española, se consideraban acontecimientos de interés general los siguientes: **(i)** XVIII Copa del Mundo de Fútbol *FIFA* (Alemania junio a julio de 2006): participación de la selección nacional española, y la inauguración y la final en todo caso; **(ii)** los partidos de la selección española masculina absoluta en competiciones oficiales y partidos amistosos de carácter internacional; **(iii)** la final de la Copa de S. M. El Rey; **(iv)** un partido de la Liga de Campeones de cada jornada, a partir de octavos de final, con participación de alguno de los equipos españoles y, si la participación española quedara reducida a un único equipo, la obligatoriedad se entendería por eliminatoria; y la final en todo caso; **(v)** la final de la Copa de la *UEFA*, si participara algún equipo español.

En parecido sentido a la anterior: **(i)** la Resolución de 25 de junio de 2007, de la Presidencia del Consejo de Emisiones y Retransmisiones deportivas por la que se ordenaba la publicación del acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo de Emisiones y Retransmisiones Deportivas de aprobación de la propuesta de catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general para la temporada 2007-2008 (BOE N.º 152, de 26 de junio de 2007, Pág. 27351); **(ii)** la Resolución de 28 de julio de 2009, de la Presidencia del Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, por la que se publicó el Acuerdo del Pleno del Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas, de aprobación del Catálogo de competiciones o acontecimientos deportivos de interés general para la temporada 2009/2010.

Contenía el Art. 5 de la Ley 21/1997 una previsión específica para las competiciones deportivas de Liga o Copa en las que se consideraría de interés general un encuentro por cada jornada que debía ser retransmitido en abierto y directo en todo el territorio nacional siempre que hubiera algún operador interesado en hacerlo.

Finalmente, para el supuesto de cesión de derechos para pago por consumo (pago por visión; *pay per view*), el Art. 6 imponía el respeto en la negociación a los principios de publicidad y libre concurrencia y la fijación de la contraprestación atendiendo a cinco criterios: **(1. º)** la estabilidad económica de los clubes y sociedades anónimas deportivas; **(2. º)** la viabilidad de la competición; **(3. º)** el interés de los usuarios; **(4. º)** las condiciones de la retransmisión; y **(5. º)** la franja horaria de ésta y la importancia del evento.

Alguna otra previsión normativa aplicable al mercado de los contenidos *Premium* deportivos se encontraba en la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer canal de televisión. Su Art. 16 concedía prioridad a RTVE para la retransmisión en directo de las competiciones o acontecimientos deportivos de ámbito internacional. El mismo precepto

preveía que, no obstante lo anterior, previo pago del canon que en cada caso se estableciera, pudiera la sociedad concesionaria del tercer canal autonómico retransmitir dichos eventos cuando tuvieran un específico interés para la Comunidad autónoma de que se tratase o cuando ésta fuera una Comunidad autónoma con lengua propia.

Tanto la Ley 25/1994, como la Ley 21/1997 y la Ley 46/1983 han sido derogadas por la LGCA de 2010. En ésta (Art. 2.6) las manifestaciones deportivas son consideradas programas de TV. Dentro del Título II (*“Normativa básica para la comunicación audiovisual”*) y de su Capítulo II (*“Los derechos de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual”*), la Sección 3.^a (*“La contratación en exclusiva de la emisión por televisión de contenidos audiovisuales”*) fija límites a la exclusividad en función de criterios de interés general que aseguran la emisión en abierto de una serie de acontecimientos relacionados fundamentalmente con eventos deportivos de gran audiencia y valor. Para ello, se incluye una referencia normativa básica siguiendo los criterios, resoluciones y recomendaciones de las autoridades y organismos de vigilancia de la competencia españoles y europeos.

El Art. 19 (*“el derecho a contratar la emisión en exclusiva de contenidos audiovisuales”*) empieza reconociendo el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a contratar contenidos audiovisuales para su emisión en abierto o codificado, reservándose la decisión sobre el horario de emisión, sin perjuicio de lo establecido en la normativa reguladora de las competiciones deportivas de carácter profesional (Ap. 1). Sin embargo, se incluye la previsión de la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual de que este derecho de exclusividad no sea ejercido de modo que prive a una parte sustancial del público residente en otro Estado miembro de la posibilidad de seguir acontecimientos calificados de interés general para la sociedad (Ap. 2).

Asimismo, tras proclamar que los derechos exclusivos no podrán suponer limitación del derecho de información de los ciudadanos, se dispone que los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias.

La regulación del *news access* se incluye así en el apartado tercero del Art. 19 en términos como los siguientes. El servicio se utilizará únicamente para programas de información general y sólo podrá ser utilizado en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido. No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre un acontecimiento, conjunto unitario de acontecimientos o competición deportiva se emita en un informativo, en diferido y con una duración inferior a tres minutos. La excepción de contraprestación no incluye, sin embargo, los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual pueden acceder, en la zona autorizada, a los espacios en los que se celebre tal acontecimiento. De acuerdo con el apartado cuarto, para el caso de que el organizador del evento no esté establecido en España, la obligación de acceso recaerá sobre el titular de los derechos exclusivos que asuma la retransmisión en directo.

El Art. 20 lleva la rúbrica de *“la potestad para excluir la emisión codificada de acontecimientos de interés general para la sociedad”*. Empieza disponiendo que el Consejo

Estatual de Medios Audiovisuales debe fijar mediante decisión motivada un catálogo con vigencia bienal donde se recojan los acontecimientos de interés general para la sociedad que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal y, al hacerlo se determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo, o en caso necesario, por razones de interés público, total o parcialmente en diferido.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Sexta, *“hasta tanto no se apruebe por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales el catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad, se emitirá en directo y abierto, y para todo el territorio del Estado, un encuentro de fútbol por cada jornada de la Liga de Primera División, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey de fútbol, siempre que haya algún canal de televisión en abierto interesado en emitirlo”*.

A este respecto, ya la CNC en su Informe sobre el Anteproyecto de LGCA: *“La CNC, en su Estudio sobre derechos audiovisuales futbolísticos publicado en 2008, ya apuntó el riesgo distorsionador, para la venta de derechos audiovisuales futbolísticos, que entraña la consideración de un partido de Liga semanal como acontecimiento de interés general. Dicha garantía, que no existe en los países de nuestro entorno, afecta al valor de los derechos y a las decisiones de los distintos operadores de optar a los mismos. El hecho de que este partido figure en dicha lista del art.19 no resulta definitivo a este respecto, ya que corresponderá al CEMA la fijación bianual de este partido como acontecimiento de interés general. Por ello, se recomienda que, en atención a dicho riesgo distorsionador, el CEMA pondere cuidadosamente si la cualidad de «interés general» se cumple, en particular, a propósito de dicho partido de Liga, que es el único de los acontecimientos listados que tiene una vigencia periódica semanal”*.

A diferencia de lo sucedido en la legislación derogada, en la nueva se incluye un catálogo orientativo de los acontecimientos que podrán ser considerados de interés general, de modo que los incluidos en el catálogo deberán ser escogidos dentro del siguiente catálogo: **(a)** los juegos olímpicos de invierno y de verano; **(b)** los partidos oficiales de la selección española absoluta de fútbol y de baloncesto; **(c)** las semifinales y la final de la Eurocopa de fútbol y del Mundial de fútbol; **(d)** la final de la Champions League de fútbol y de la Copa del Rey de fútbol; **(e)** un partido por jornada de la Liga Profesional de Fútbol de la Primera División, designado por ésta con una antelación mínima de 10 días; **(f)** Grandes Premios de automovilismo que se celebren en España; **(g)** Grandes Premios de motociclismo que se celebren en España; **(h)** participación de la Selección Española Absoluta en los Campeonatos de Europa y del Mundo de balonmano; **(i)** la Vuelta Ciclista a España; **(j)** el Campeonato del Mundo de ciclismo; **(k)** la participación española en la Copa Davis de tenis; **(l)** la participación de tenistas españoles en las semifinales y la final de Roland Garros; **(m)** participación española en los Campeonatos del Mundo y Europa de atletismo y natación; **(n)** Grandes premios o competiciones nacionales e internacionales que se celebren en España y cuenten con subvención pública estatal o autonómica.

No obstante la anterior previsión, se admite la posibilidad de que, excepcionalmente, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales incluya dentro del catálogo otros acontecimientos que considere de interés general para la sociedad. En todo caso, como manda la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual vigente, el catálogo y las medidas para su ejecución han de ser notificados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Europea.

Los apartados 2 a 4 del mismo Art. 20 se ocupan del modo de hacer efectiva esta potestad de exclusión de la emisión codificada y así:

- **“Cuando uno de esos acontecimientos esté contratado para su emisión en exclusiva por un prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite toda su programación codificada, podrá elegir entre emitir en directo y en abierto el acontecimiento o venderlo a otro prestador para su emisión en abierto y al precio fijado mediante subasta entre los prestadores interesados. En caso de que no reciba ninguna oferta, el prestador titular de los derechos de emisión en exclusiva está obligado a emitir el acontecimiento en abierto, sea en directo o en diferido”.**
- **“Cuando uno de esos acontecimientos esté contratado para su emisión en exclusiva por un prestador del servicio de comunicación audiovisual que emite en abierto en un ámbito de cobertura inferior al estatal, conservará el derecho de emisión en exclusiva para su ámbito de cobertura. No obstante, habrá de vender a un prestador de cobertura estatal o a una serie de prestadores que cubran todo el territorio, la emisión en abierto y directo para el resto del territorio estatal, a un precio fijado mediante subasta entre los interesados. En caso de que no existan ofertas conservará su derecho a emitir en exclusiva en su ámbito de cobertura”.**
- **“Cuando uno de esos acontecimientos no esté contratado para su comunicación audiovisual televisiva, el titular de los derechos habrá de vender el derecho de emisión en abierto y directo con cobertura estatal a un precio fijado mediante subasta entre los interesados”.**

Finalmente, el Art. 21 (“*Compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares*”) empieza con una afirmación de carácter más o menos genérico al disponer (apartado 1) que “*el establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia*”. Menos genérica resulta la afirmación de que la venta a los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual de los derechos de tales competiciones futbolísticas deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia.

Importante es también la previsión de que los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años, si bien los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la propia LGCA, permanecerán válidos hasta su finalización. Esta previsión del Art. 21 habrá, no obstante, de integrarse con la de la Disposición Transitoria Duodécima (“*Vigencia de los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas*”), a tenor de la cual, “*los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán siendo válidos hasta su finalización, siempre y cuando esta finalización tenga lugar en el plazo de 4 años desde la entrada en vigor*” y “*en caso contrario, una vez transcurrido el citado plazo de 4 años desde la entrada en vigor de la Ley, los contratos expirarán forzosamente*”.

Centrándonos en la TV de titularidad pública, conforme al Art. 3 de la Ley 17/2006, de la Radio y televisión de titularidad estatal, el proporcionar acceso a los acontecimientos deportivos dirigidos a todos los sectores de la audiencia, prestando atención a aquellos temas de especial interés público, formaría parte de la función de servicio público encomendada a la corporación *RTVE*. Esta previsión llegó a concretarse en el Art. 40 del Primer Mandato-Marco a la Corporación *RTVE* previsto en el artículo 4 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y la Televisión de Titularidad Estatal aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 11 de diciembre de 2007 y por el Pleno del Senado en su sesión del día 12 de diciembre de 2007.

d) El mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso de la creación de Cablevisión por Telefónica y Sogecable (caso Cablevisión)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Cablevision (remisión)

Bastará con recordar que el supuesto era el de la creación por *Telefónica* y *Sogecable* (*Canal Plus*) de una entidad de carácter concentrativo (*Cablevisión*) para la prestación de servicios administrativos, técnicos y comerciales a los cableoperadores. Remitirnos, en lo demás, a lo dicho sobre este asunto al tratar del mercado de la TV de pago.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Cablevision

A las referencias hechas en otras partes de este trabajo en cuanto al sentido de la operación notificada y a la ausencia de un análisis, como tal, de los mercados afectados por parte del TDC, añadir la observación de que, en *Cablevisión*, el mercado identificado fue uno más amplio que el de los contenidos *Premium* deportivos, por más que dicho mercado comprendiera también estos. Por no perder la sistemática, mantenemos bajo este apartado el estudio de dicho mercado.

Observó el Tribunal que, para que una operadora de TV por cable pudiera desarrollar su actividad, necesitaba de los siguientes elementos: tendido de cable que llegara hasta el domicilio del abonado; la infraestructura necesaria para la captación de señales, cifrado, codificación, acceso condicional y descodificación; un servicio de gestión de abonados y atención al cliente y, por último, unos contenidos que ofrecer.

Con los pactos implícitos en el proyecto de operación notificada, quedaba para *Telefónica* todo lo concerniente a la red y a la captación de señales. En cuanto a los contenidos, la previsión legal (referida a los no deportivos) conforme a la cual, para preservar la competencia en el sector de los contenidos, un 40 % de la programación procedente de las operadoras de TV habría de corresponder a programadores independientes no pasaría de ser papel mojado y quedaría desvirtuada si *Canal Plus*, competidor de estos últimos, dispusiera en su particular provecho de la información sobre audiencia de abonados que le pudiera ser

facilitada por *Cablevisión* y suministrar aquellos contenidos atendiendo a los gustos de la audiencia.

A este respecto, el propio TDC se encargó de dejar claro que el hecho de que el mercado de derechos sobre contenidos *Premium* estuviera presidido por la exclusividad no implicaba que el mismo quedara sustraído al juego de la competencia, sino tan sólo que esta funcionara y produjera sus efectos *ex ante* o, lo que era lo mismo, en el momento de la adquisición de tales derechos, que era cuando los diferentes operadores pujaban y entraban en competencia entre sí y donde, en fin, debían hacerse los mayores esfuerzos en aras de garantizar la competencia efectiva.

e) El mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso de la creación de BiB por BT, BSkyB, Midland Bank y Matsushita (caso BiB)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso BiB (remisión)

El supuesto, básicamente, era el de un organismo de radiodifusión, un incumbente de telecomunicaciones, un fabricante de bienes de equipo electrónicos y un grupo bancario que se ponían de acuerdo para crear una entidad de prestación de servicios interactivos sobre plataforma de TV digital a los usuarios finales. Para todo lo demás relativo a la identificación de las partes, valdría con remitirse a lo dicho sobre este caso al estudiar el mercado de la TV de pago

La descripción de la operación se hizo ya también en otros apartados de este trabajo (mercado de la TV de pago). Como en el caso *Cablevision*, también aquí hubo una identificación del mercado de los contenidos deportivos y cinematográficos como mercado *Premium* que daba a la TV de pago un valor de opción frente a la emitida en abierto, pero en términos más amplios que los de comprender, estrictamente, los contenidos deportivos. Por las mismas razones de sistemática que en ese caso, mantenemos en esta sede el estudio de dicho mercado.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB

En lo referente al suministro al por mayor de estos canales para TV de pago, la Comisión entendió válidas y con virtualidad las conclusiones sentadas en 1996 por la autoridad de la competencia inglesa, la *Office of Fair Trading* (OFT) conforme a las cuales *BSkyB* ostentaba una posición dominante en este mercado (muy similar a la de *Sogecable* en España).

El carácter de exclusiva de la cesión de los derechos sobre los contenidos *Premium* y su larga duración tendría el efecto, ya conocido, de vetar la entrada de nuevos operadores en satélite y de colocar a los operadores de cable y de TV digital terrestre en una situación de dependencia con respecto a *BSkyB*, quien, mediante la venta de dichos contenidos, obtendría

ingresos de sus competidores, siendo ésta la razón por la cual cualquier progreso de éstos en cuota de mercado se vería hasta cierto punto compensado por los mayores beneficios obtenidos por aquélla.

De las condiciones impuestas por la Comisión para autorizar la operación relacionadas con este mercado pudiera destacarse la referente a la disponibilidad de una “emisión limpia”. Supondría ésta que cuando los programas deportivos o de películas de los canales *Premium* de *BSkyB* incluyeran representaciones en pantalla dirigiendo al espectador a aplicaciones interactivas de la entidad proyectada, *BiB*, habría de ofrecerse a los distribuidores de dichos canales que no lo fueran de los servicios de la misma *BiB*, de manera no discriminatoria, la opción de recibir una señal limpia que no contuviera dichas representaciones.

f) El mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión)

La identificación de los sujetos implicados en la operación se hizo al estudiar el mercado de la TV de pago, razón por la cual valdría con reiterar la remisión que se ha venido haciendo. Recordemos que la sistemática del dictamen del TDC fue la de distinguir entre mercado principal o relevante (el de la TV de pago), mercados accesorios y absorbidos por éste (Vg, el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago) y, por último, mercados afectados dotados de identidad propia. Dentro de estos últimos se inscribirían los de los contenidos *Premium* para TV de pago, deportivos y cinematográficos, que, en este caso, sí eran tratados como mercados de producto independientes.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso Vía Digital

Los contenidos *Premium* futbolísticos, los adquirirían, tanto *Sogecable* como *Vía Digital*, a través de compañías de su grupo. Dentro de este mercado era dable distinguir según que nos halláramos ante partidos de la Liga española y de la Copa del Rey, de un lado, o Liga de Campeones y Copa de la UEFA, del otro.

La oferta de los *partidos de Liga y Copa del Rey* procedía directamente de los clubes, aún cuando los mismos quedaran integrados dentro de la Liga de Fútbol Profesional. La demanda estaba constituida tanto por la TV en abierto, interesada en los niveles de audiencia e ingresos por publicidad proporcionados por el fútbol, como por la de pago, a la búsqueda de captar un mayor número de abonados y de incrementar las cuotas de abono.

El modo de comercialización de los derechos sobre estas dos competiciones nacionales era el basado en contratos de carácter plurianual, comprendiendo toda forma de difusión audiovisual, incluidas, p.e., internet o video bajo demanda, y con carácter de exclusiva. Los derechos de retransmisión en relación con las dos competiciones se encontraban en poder de

Sogecable (17 clubes; 40,5 % de la cuota de mercado), *Admira* (16 clubes; 38,1 % de la cuota de mercado), *Televisió de Catalunya* (dos clubes; 4,8 % de la cuota de mercado) y *Audiovisual Sport* (6 clubes; 16,7 % de la cuota de mercado). *Audiovisual Sport* era, como se sabe ya, una empresa constituida por las otras tres con participaciones del 40 por ciento por parte de *Sogecable* y *Admira* y del 20 por ciento de *Televisió de Catalunya*.

Sobre la base de estas cuotas de derechos, y tras acuerdos de los anteriores (centralizados a través de *Audiovisual Sport*) con otros operadores televisivos, se alcanzaron una serie de pactos con vistas a su concreción en número de partidos a retransmitir por cada operador, siendo la situación la siguiente: **(i)** *Canal +* retransmitía un partido por jornada de la Liga de Primera División (domingo por la tarde) y otro de la Liga de Segunda División; **(ii)** las cadenas autonómicas retransmitían en abierto un partido por jornada de la Liga de Primera División, en sábado o lunes, normalmente, y cuatro de la Liga de Segunda División, con la condición de que no más de uno se retransmitiera en sábado, así como seis partidos correspondientes a la Copa del Rey; **(iii)** *TVE* retransmitía en abierto la final de la Copa del Rey; **(iv)** *Canal Satélite Digital*, *Vía Digital*, los operadores de cable y *Quiero TV*, hasta su desaparición, retransmitían en modalidad de pago por visión los partidos restantes por jornada de la Liga de Primera División y el resto de partidos correspondientes a la Copa del Rey.

Entrando en las competiciones europeas, la oferta de derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol correspondientes a la Liga de Campeones incluía todos los celebrados en el marco de esta competición si bien, a los efectos de la resolución del caso planteado, sólo se consideraban de relevancia los disputados por equipos españoles. La propiedad de estos derechos, a diferencia de lo que ocurría en la Liga española o la Copa del Rey, había sido cedida por los clubes de fútbol a la *UEFA* que era la encargada de su comercialización también sobre la base de contratos plurianuales. La *UEFA* era una sociedad mercantil con sede en Suiza que se constituía como asociación de 52 asociaciones nacionales de fútbol de las que 21 se situaban en el Espacio Económico Europeo (*Vid Supra*).

Tratándose de los partidos de la Copa de la UEFA, dicha comercialización no se producía de forma conjunta, sino que la situación era bastante diversa, y en unas ocasiones se vendían directamente por los clubes de fútbol y en otras se hacía a través de entidades que agrupaban los derechos de un número determinado de éstos.

En ambas competiciones europeas, la demanda estaba constituida por las cadenas de televisión, sin distinción entre las de pago y en abierto. *TVE* aparecía como titular de los derechos de retransmisión televisiva de los partidos jugados en la Liga de Campeones hasta 2003, retransmitiendo dos por jornada correspondientes a equipos españoles y la final y las semifinales, y como otorgante de sublicencias a *Vía Digital* y a *Sogecable* para la emisión de dos partidos por jornada en TV de pago o en la modalidad de pago por visión (también por algunos operadores de cable a través del canal *Gran Vía* adquirido de *Vía Digital*). Los derechos sobre los partidos correspondientes a la Copa de la *UEFA* eran de la titularidad de las TVs autonómicas, salvo la final transmitida por *TVE*.

ii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso Vía Digital

(1) Consideraciones generales sobre el juego de la competencia

En general, tratándose de contenidos *Premium* que, en su doble modalidad de cine y deportes, actuaban como gancho de la TV de pago, la competencia jugaba al inicio, tal cual se ha venido apuntando, con carácter previo a la adquisición de los respectivos derechos entre los interesados, potenciales adquirientes, que entraban en la puja. Verificada la adjudicación de los derechos, el juego de la competencia caía en cascada para proyectarse sobre el segmento descendente de la captación de abonados.

Ciñéndonos ya a los derechos sobre los contenidos futbolísticos en *competiciones nacionales*, Liga española y Copa del Rey, los efectos de la operación venían a concretarse en la centralización en manos de la nueva plataforma resultante de la fusión, *Digital Plus*, de la titularidad de todos los derechos sobre el fútbol, con la sola excepción de los pertenecientes a *Televisió de Catalunya* referidos a dos clubes.

Esta posición de fuerza de la plataforma resultante de la fusión quedaba sujeta, no obstante, a límites importantes. Uno era el derivado de la obligación de emitir en abierto un partido por jornada de la Liga española, así como las semifinales y la final de la Copa del Rey, conforme a la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y retransmisiones de las competiciones y acontecimientos deportivos. El segundo límite derivaba de las modificaciones propuestas por la Comisión europea para el acuerdo de explotación conjunta de estos derechos vigente entre *Sogecable*, *Admira* y *Televisió de Catalunya*, modificaciones conducentes a garantizar a todos los operadores de TV de pago presentes en el mercado español, actuales o futuros, la emisión de ocho partidos por jornada en la modalidad de pago por visión hasta la temporada 2008/2009.

Partiendo de lo anterior, podía concluirse que la exclusividad quedaba limitada en la práctica a un partido por jornada de Liga de Primera y Segunda División retransmitidos por *Canal +* y que la operación notificada no perjudicaba el acceso a los derechos de retransmisión de la Liga española de fútbol en modalidad de pago por visión por parte del resto de los competidores, siempre que las sublicencias otorgadas en el marco de *Audiovisual Sport* lo fueran en condiciones de mercado transparentes y equitativas.

No obstante estos límites, el TDC fue de la opinión de que, aún no llegando la operación a materializarse, dado el sistema de explotación conjunta de los derechos por parte de *Sogecable* y *Admira* a través de *Audiovisual Sport*, no tendrían aquéllas interés en incentivar una puja que pudiera suponer un incremento de precios y, por tanto, de los costes de ambas plataformas. Paradójicamente, la previa existencia de esa adquisición conjunta de derechos se esgrimió por *Sogecable* como argumento para minimizar los efectos de la operación en el mercado considerado pues, se decía, esa plataforma de compra conjunta iba a seguir existiendo aún en el caso de no llegar a autorizarse la concentración.

Una restricción añadida al juego de la competencia en este mercado radicaba en que los plazos de exclusividad excesivamente largos dificultaban la entrada de nuevos operadores en él hasta la apertura de un nuevo proceso negociador. A lo anterior había que sumar también

la existencia de derechos de adquisición preferente titularidad de las citadas *Sogecable* y *Admira*, ya directamente, ya través de la propia *Audiovisual Sport* para las nuevas negociaciones a celebrar con casi la mitad de los clubes de Primera División.

Todas estas circunstancias venían a conformar una seria amenaza de cierre del mercado considerado con respecto a potenciales entrantes y sirvieron al TDC para concluir que la operación notificada afectaba negativamente a las condiciones de competencia en el mercado de la adquisición y reventa de derechos televisivos sobre acontecimientos deportivos *Premium* para TV de pago.

Muy otra era la situación en el caso de los derechos sobre *partidos de la Liga de Campeones y de la UEFA*, con una fuerte competencia entre TV en abierto y de pago, sin derechos de tanteo y retracto y donde el periodo máximo de exclusividad como consecuencia de la intervención de la Comisión habría quedado limitado a tres años.

(2) Condiciones impuestas por el TDC para preservar el juego de la competencia en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago

En relación con este mercado, las condiciones que el TDC consideró necesarias para salvaguardar el juego de la competencia en el mismo fueron:

1. *Sogecable* debía renunciar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y de las opciones de compra que poseía ya directamente, ya a través de *Audiovisual Sport*, en la negociación con los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de S. M. El Rey, reducir a tres años la duración de los acuerdos vigentes de adquisición de estos derechos y hacer dejación de todos los que no fueran los televisivos (Vg. internet o UMTS).
2. *Sogecable* debía garantizar que las condiciones bajo las que sublicenciar los derechos para la retransmisión de los partidos de la Liga española de fútbol en modalidad de pago por visión en el marco del acuerdo *Audiovisual Sport II* habrían de obedecer a criterios de equidad, transparencia y no discriminación y para la verificación de lo anterior habría de procederse a la designación de un árbitro independiente.

Las condiciones contenidas en el dictamen del TDC encontraron su desarrollo, principalmente, en las condiciones 1ª a 5ª del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 (Segundo Acuerdo) (cuya duración la condición 10ª fijaba en 5 años):

“Primera: El presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de la competencia de la Comisión Europea para resolver en relación con el expediente COMP/37.652 AVSII, relativo a la aplicación del artículo 81.3 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEur 1986\8) al Acuerdo cuya autorización singular fue solicitada con fecha 30 de septiembre de 1999.

Segunda: Sogecable no podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto y las opciones de compra o de prórroga que posee o controla, tanto directamente como indirectamente, a través de Audiovisual Sport o de cualquier otra forma, en la negociación para la adquisición de los derechos de los clubes de fútbol para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de SM el Rey.

Tercera: La duración de los contratos por los que adquiriera estos derechos no podrá exceder de tres años, incluyendo cualquier mecanismo de prórroga, opción o derecho de tanteo y retracto.

Cuarta: Sogecable no podrá ejercer o adquirir en régimen de exclusiva derechos para la retransmisión de partidos de la Liga española o la Copa de SM el Rey mediante telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos.

Quinta: En el supuesto de que Sogecable controle o adquiriera, de forma directa o indirecta, derechos en régimen de exclusiva para la retransmisión por televisión de la Liga española de fútbol, la copa de SM el Rey y los correspondientes resúmenes, deberá garantizar su cesión, comercialización o sublicencia en las modalidades de televisión en abierto y de pago por visión. En todo caso, se deberá garantizar el mantenimiento de unas modalidades de retransmisión equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración”.

g) El mercado de contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso de la integración de Stream en Telepiù (caso Stream)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Stream (remisión)

La autoridad italiana de la competencia, en el asunto de la integración de las plataformas digitales en Italia, no hizo un estudio tan pormenorizado como el TDC español del mercado de los contenidos *Premium* deportivos al que, más que dotarlo de sustantividad propia, vino a tratar como sólo un segmento del mercado relevante de la TV de pago. En lo demás referente a la identificación de las partes y a los detalles de la operación hacer sólo la oportuna remisión al estudio del mercado principal de la TV de pago.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso Stream

En contenidos *Premium* deportivos habría que resaltar la inclusión dentro de los mismos, ya apuntada al tratar de la delimitación de mercados, de los campeonatos de Fórmula 1, diferencia ésta de importancia con relación al caso español donde aquellos quedaban en opinión del TDC limitados al fútbol. Yendo más allá, la AGCM entendió que, aún registrando cuotas de audiencia muy inferiores a las del fútbol y las competiciones automovilísticas, dentro de los contenidos *Premium* deportivos quedarían también comprendidos otros eventos (ciclismo, esquí o tenis), siempre que mediara la participación de escuadras o deportistas italianos.

Para hacer atractiva su oferta, tanto *Stream* como *Telepiù* se habían visto obligados a adquirir paquetes de contenidos deportivos *Premium* comprensivos de los derechos sobre los campeonatos de fútbol de la serie A, sobre los principales torneos de fútbol internacionales y sobre las carreras de Fórmula 1. Los mayores costes se cifraban en la adquisición de los derechos primeramente enumerados, costes que progresivamente habían aumentado en las tres temporadas inmediatamente anteriores al momento de plantearse la operación.

El mercado de la TV de pago estaba caracterizado por la existencia de importantes costes fijos de los que, se ha dicho, la parte más significativa estaba representada por los gastos para programación y adquisición de contenidos principalmente cinematográficos y deportivos, estos últimos relativos sobre todo a la Liga de fútbol y a las competiciones de Fórmula 1. La envergadura de esta partida de gastos obedeció también a la agresiva política de ambos operadores a la hora de adquirir contenidos buscando la exclusividad y el control sobre la más amplia gama de derechos, comprensiva no sólo de la TV de pago y del pago por visión, sino también del vídeo bajo demanda y casi bajo demanda e incluso de otras formas de retransmisión, en ese momento aún en ciernes, como Internet o la tecnología UMTS para móviles.

Habría que destacar, como en el caso español, el deber dimanante del articulado de la entonces vigente Directiva 89/552 de TV sin fronteras, modificada por la 97/36, de retransmitir a través de un canal televisivo gratuito ciertos acontecimientos deportivos, a saber, las Olimpiadas de verano e invierno, la final del Mundial de fútbol y todos los partidos de éste en que participara la selección italiana, todas las confrontaciones en competiciones oficiales en casa y fuera de casa en las que interviniera el equipo nacional de fútbol, la final y la semifinal de la Liga de Campeones y de la Copa de la *UEFA* con participación italiana, el Giro de Italia y el Gran Premio de Italia de Fórmula 1.

La Ley de 29 de marzo de 1999, entonces en vigor, había venido a confirmar que la titularidad de los derechos sobre los partidos de las series A y B, como en el caso español, correspondía a los clubes que eran, por tanto, quienes debían realizar las cesiones a favor de las diferentes emisoras.

Cabría observar como la prensa económica (*Cinco Días.com* –Empresas, 17-03-2008; que se hacía eco de una información publicada en *Financial Times*) informaría luego de cambios legislativos introducidos sobre este planteamiento. *NewsCorp* (grupo *Murdoch*), propietaria de la cadena por satélite de pago *Sky Italia*, denunciaba ante la Comisión Europea la reforma legislativa aprobada por el Gobierno italiano de Romano Prodi que autorizaba a la sociedad *Lega Calcio* -máxima autoridad de la liga italiana- a negociar exclusivamente los derechos de las retransmisiones a partir de la temporada 2010-2011 para el conjunto de clubes, sin perjuicio de que estos mantuvieran los derechos de imagen. En opinión de *NewsCorp*, la reforma contradecía la normativa sobre libre competencia al imponer un sistema de venta colectiva de los derechos de retransmisión televisiva favoreciendo los intereses de *Mediaset* (*Berlusconi*), su principal competidora para hacerse con los derechos.

Volviendo al asunto *Stream*, en todos los casos, se tratara o no de cesiones en exclusiva, se insertaban en los contratos correspondientes salvaguardas frente a las emisiones abiertas en directo incluyendo con respecto a estas últimas posposiciones de algunas horas. Además, cuando la exclusividad existía a favor de los operadores de satélite esas mismas salvaguardas se daban, asimismo, frente a otras formas de difusión televisiva como el cable o la digital terrestre.

En cuanto a otros medios de difusión como Internet o la tecnología UMTS en móviles, se observaba que equipos con altos índices de seguimiento como *Juventus*, *Milán* o *Inter*, aún negociando separadamente con otros operadores la cesión de tales derechos, habían no obstante reconocido en beneficio de las cadenas de TV de pago ciertas formas de protección a fin de preservar el valor de sus emisiones. Así, tratándose de Internet, se preveía una

retransmisión diferida en unas nueve horas y, en el caso del UMTS, se establecía una difusión más próxima al evento, pero a través de clips de no más de 30 segundos cada uno y cuya duración en globo no habría de exceder de 15 minutos. Aparte, en todos los nuevos contratos, *Telepiù* y *Stream* se reservaban, en general, la posibilidad de ceder los derechos sobre los diferentes acontecimientos para su difusión encriptada por otros licenciarios vía cable o a través de otras formas de difusión como sería la TV digital terrestre.

En el caso de la Liga de Campeones los clubes tenían cedidos sus derechos a la *UEFA* (al igual que en España), que los transmitía a las emisoras en abierto a fin de asegurar la más amplia difusión de los acontecimientos, tras lo cual podían dichas emisoras realizar subcesiones en beneficio de las de pago. Los campeonatos de Fórmula 1 eran difundidos simultáneamente por emisoras en abierto y de pago con la particularidad de que estas últimas, a través de sus propios canales, permitían al usuario disfrutar de una modalidad personalizada de visualización de la carrera en la que el usuario podía seguir en cada vuelta a su escudería preferida.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago en el caso Stream

Telepiù, aun manteniendo que la operación propuesta no llevaría aparejada una restricción apreciable de la competencia, manifestó desde el primer momento su disposición a asumir ciertos compromisos, de los que una parte iban referida al ámbito de los contenidos *Premium*. Con dichos compromisos se trataba, según *Telepiù*, de crear las condiciones para la entrada en el mercado de nuevos operadores de pago en la modalidad digital por satélite, reduciendo de modo drástico la duración de las exclusivas de las partes en fútbol, tanto en los contratos existentes como en los futuros, y facilitando el acceso de esos otros operadores a los contenidos cinematográficos, de los que nos ocuparemos en su lugar.

Se trataba también de propiciar las circunstancias necesarias para el desarrollo de plataformas alternativas a la satelital DTH, tales como las basadas en cable, UMTS, Internet o la digital terrestre, mediante la renuncia a las exclusivas en relación a esos otros medios de difusión de las que eran titulares las partes de la concentración y el suministro, desagregado y no por paquetes, de contenidos por éstas para que los terceros pudieran difundirlos a través de los mismos.

La autoridad de la competencia reconoció lo positivo de dicho compromiso con vistas a propiciar el desarrollo de plataformas alternativas al DTH y un incremento de la presión competitiva derivado de la ulterior distribución de dichos contenidos por otros operadores que podrían libremente fijar las condiciones de tal distribución agregándola incluso a la de otros servicios y productos. Al respecto, la AGCM, sí destacó que el compromiso no resultaba ser del todo detallado y, en particular, en lo referente al incremento en los precios de distribución de los contenidos *Premium* a través de esos otros medios como consecuencia de la contraprestación satisfecha por su cesión a la propia *Telepiù* (latía tras de esta preocupación el ya conocido problema de la compresión de márgenes).

Dentro de los concretos compromisos inicialmente propuestos por *Telepiù* en fecha 13 de marzo de 2002, y centrándonos en los derechos sobre el fútbol, se encontraba el de limitar la duración de los contratos en vigor referidos a los partidos de las series A y B, y renunciar a

las exclusivas de que disfrutaba para los partidos de esas mismas series así como de la Liga de Campeones, de la Copa de la *UEFA* y de la Copa de Italia.

En cuanto a los contratos futuros y a la renovación de los vigentes relativos a todas las competiciones citadas, se insertaban como medidas dentro de esos mismos compromisos, primero, no vincular a los equipos ni limitar por más de una temporada la libertad de éstos para disponer de sus derechos en beneficio de operadores de TV de pago y, segundo, no adquirir derechos de exclusiva.

Una segunda versión de los compromisos fue la presentada por la misma *Telepiù* en fecha 2 de abril de 2002 en el trámite de la audiencia final que supuso innovaciones - centrando la atención en lo más importante - al imponer recortes sobre las propuestas iniciales en lo referente a los derechos sobre el fútbol. Así, se limitaba la eficacia en el tiempo de los compromisos propuestos y se aumentaba de uno a tres años la duración de los contratos futuros y de las renovaciones a suscribir con los clubes, si bien con el reconocimiento a favor de éstos de un derecho de resolución unilateral.

Al respecto de esta ampliación de uno a tres años, vino la AGCM a concluir que la misma implicaría que los derechos no quedarían inmediatamente a disposición de cualquier operador que pretendiera su adquisición y, además, un incremento de los costes de transacción a partir de unos mínimos ya fijados por la propia *Telepiù*, pues para que los clubes hicieran uso de aquella posibilidad de resolución unilateral, el tercer oferente habría, cuando menos, de igualar el precio establecido en el contrato trienal en vigor. Visto lo anterior, y para la autorización de la operación, la AGCM consideró necesaria la fijación en un año del plazo de duración de los contratos relativos a los derechos sobre contenidos *Premium* del fútbol.

h) Barreras a la entrada en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago

i) Consideraciones generales sobre barreras de entrada

Aun cuando pudiera ser que las barreras de entrada de tipo tecnológico pudieran llegar a jugar algún papel sobre todo con relación a la venta de los derechos deportivos para ciertas ventanas como serían la TV al móvil o la TVIP, y aun cuando también cupiera hablar de ciertas restricciones normativas indirectas (más que barreras normativas propiamente dichas) como las identificadas por las autoridades de la competencia española e italiana en los casos *Vía Digital* y *Stream*, respectivamente, derivadas de la obligación de difundir ciertos eventos en abierto, lo cierto es que las barreras de entrada de una mayor significación dentro del mercado de los contenidos *Premium* deportivos serían las de naturaleza económica.

Por otra parte, se hace preciso considerar que la existencia de barreras de entrada tiene sentido plantearse sobre todo del lado de la demanda de los derechos, toda vez que del lado de la oferta los titulares de esos derechos se encuentran bien definidos atendiendo al propio modelo de negocio que supone que la misma proceda de los clubes o de ciertas asociaciones u organizaciones en las que los mismos pudieran integrarse y sin que los mismos tengan que enfrentar ninguna competencia potencial (que pasaría por la organización de competiciones paralelas a las oficiales). Así las cosas, las barreras de entrada de naturaleza económica serían sobre todo las que tendrían que enfrentar en el mercado de compra los adquirentes de los

derechos, las cuales se verían reforzadas por rígidos y prolongados pactos de exclusividad. A su vez, las anteriores se erigirían también en barreras de entrada para actuar como proveedores de servicios de difusión televisiva dentro del mercado descendente de la TV de pago. En general, estos aspectos fueron ya comentados al ocuparnos de las barreras económicas de entrada en el mercado de la TV de pago y la remisión a los epígrafes correspondientes nos eximiría de mayores consideraciones.

ii) Restricciones al acceso a los campos de fútbol y libertad de información

En este caso, no cabría, en rigor, hablar de barreras a la entrada en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos, sino más bien de prácticas restrictivas de la competencia que podrían llegar a hacer sentir sus efectos en todo el sector de la difusión de TV, tanto en abierto como de pago, dada la necesidad que los operadores de TV tienen de informar sobre los eventos deportivos, en especial el fútbol, para mantener sus niveles de audiencia.

De cualquier forma, su relación con las barreras económicas a que hemos hecho referencia es indudable y otra forma de ver estas restricciones podría ser la consistente en concebirlas como manifestaciones de la titularidad del club anfitrión sobre los derechos audiovisuales, pero ejercida de forma antisocial y abusiva hasta extremos rayanos en lo inconstitucional por atentatorios contra la libertad de expresión.

Toda esta problemática, finalmente resuelta en términos como los que vimos ya al tratar del entorno normativo, fue materia de pronunciamientos diversos emanados de la jurisprudencia menor. Dentro de ésta, una cabal comprensión del problema podría realizarse partiendo de las reflexiones de la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia Audiencia Provincial núm. 204/1996 Madrid, Sección 10ª, de 30 marzo, Rollo de Apelación núm. 1075/1993; AC 1996\1399; Ponente García de Paredes), al examinar la demanda entablada contra la Liga de Fútbol Profesional y la Real Federación Española de Fútbol por *Tele 5* que pretendía tener acceso a las imágenes de los partidos para la confección de los programas informativos.

La cuestión se había venido ya planteando de forma generalizada en toda Europa donde las diversas instituciones europeas y nacionales (Vg. la Cámara de los Lores) habían sentado que el fútbol era parte integrante del estado de bienestar. El fondo de la cuestión era el de que la negativa a permitir el acceso a los campos podía constituir vulneración de las libertades de expresión e información.

La Audiencia comenzó por recordar la doctrina del TC – por todas, sentencias de 28 de noviembre de 1994 y 30 de enero de 1995 – según la cual era la relevancia pública lo que tornaba una noticia en información de interés general para hacerla prevalecer frente a otros derechos incluso fundamentales como, por ejemplo, el derecho al honor. En el caso del fútbol, ponían de manifiesto esa relevancia social datos como el de que un *Real Madrid/Barcelona* proporcionara a *Telemadrid* una cuota de pantalla del 60 %, datos demostrativos, en fin, de que la información referente a ese deporte era de interés general y, en cuanto tal, merecedora de esa protección especial valedera frente al Estado y los particulares.

Sobre los anteriores razonamientos, pasó el Tribunal a diferenciar dentro del fútbol la realidad informativa de la divertida o, lo que es igual, la información del entretenimiento. Señaló que si bien del Art. 20 no se desprendía que el acceso a los contenidos futbolísticos

necesarios para el ejercicio de la libertad de información hubiera de ser gratuito, tampoco resultaba que hubiera de serlo retribuido. Completó esta última afirmación con la consistente en sostener que, en cualquier caso, los cánones no podrían ser de una entidad tal como para restringir el libre ejercicio del derecho y propuso la medida consistente en el cobro de un billete. Fue también conclusión de la Audiencia la de que, si en algún caso se había primado el derecho a la información frente a otros fundamentales, con mayor razón habría de serlo con respecto a otros sin ese alcance como los derechos económicos de exclusiva.

Más recientemente también se observado - Díez Estella (*“Los partidos de bolos y el Derecho antitrust: encuentros y desencuentros”*: Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008 3 parte Justicia Deportiva; Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008), citando a Gaustad, T. (*“The Economics of Sports Programming”*, Nordicom Review , 2000, vol. 21, núm. 2, pgs. 101-113) -, *“Como es bien conocido, la importancia de la retransmisión de acontecimientos deportivos por televisión ha ido creciendo en las últimas décadas, siendo en la actualidad ambos fenómenos (el de la televisión -principalmente de pago- y el del deporte) dos realidades económicas altamente interdependientes. Así, se ha llegado a hablar de un nuevo paradigma, el de los deportes como «producto de entretenimiento», que ha provocado importantes cambios en las circunstancias y la forma misma en la que los eventos deportivos tienen lugar [...] Los ejemplos típicos son cambiar los horarios de los encuentros para que se ajusten a las franjas de máxima audiencia o modificar las reglas para evitar tiempos muertos, y que el telespectador se vea tentado a cambiar de canal”*.

Por último, resaltar que la Audiencia trajo a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contraria a los comportamientos discriminatorios en este ámbito a los que consideraba medidas de efecto equivalente a las restricciones prohibidas por el Tratado de las Comunidades Europeas (así en los casos *Sacchi* y *Elliniki Radiophonia*) y, conforme a la cual, el artículo 86 del propio Tratado resultaba de aplicación no sólo a los Estados, sino también a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general.

Este acceso a los contenidos deportivos a los solos efectos de ejercer la libertad de información constitucionalmente prevista, lo que la Comisión ha llamado *news acces*, justificó que el TDC, mediante resoluciones de 27 de diciembre de 1991 y 15 de noviembre de 1992, adoptara medidas cautelares con relación a supuestas prácticas restrictivas de la competencia, confirmadas por la Audiencia Nacional en sentencia de 17 de septiembre de 1997. Tales medidas iban en el sentido de permitir a las recurrentes *Antena 3* y *Telecinco* acceder a los derechos de imagen de los encuentros de fútbol encuadrados en las competiciones oficiales españolas y objeto de contrato entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional y las Televisiones Autonómicas, a fin de ofrecer resúmenes informativos, mediando la oportuna contraprestación económica.

Recientemente, toda la anterior problemática ha tenido réplicas en la negativa de los clubes a dar acceso a sus instalaciones para las emisiones radiofónicas. La falta de consenso para la resolución de esta problemática motivó que por Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril (RCL\2012\562) se modificara la LGCA para introducir en su Art. 19 un apartado 4 con la siguiente redacción: *“Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica dispondrán de libre acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho. La cuantía de la compensación económica será fijada mediante acuerdo de las partes. En caso de discrepancia sobre dicha cuantía, corresponderá a la Comisión del Mercado de las*

Telecomunicaciones resolver el conflicto mediante resolución vinculante, a solicitud de alguna de las partes y previa audiencia de las mismas”.

i) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para televisión de pago

La similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados de contenidos para TV, llevará a que agrupemos todas esas conclusiones tras ocuparnos del último de ellos (producción de programas para TV).

4) EL MERCADO DE LOS CONTENIDOS *PREMIUM* CINEMATOGRAFÍCOS PARA TELEVISIÓN DE PAGO

a) Definición del mercado de producto pertinente de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago

Podríamos referirnos a los siguientes casos:

1. **Caso Vía Digital**. Ciñéndonos al caso español de la fusión de plataformas de TV digital de pago (caso *Vía Digital*), en contenidos *Premium* cinematográficos únicamente las superproducciones de los grandes estudios de *Hollywood*, comúnmente conocidos como *majors*, eran merecedoras de tal consideración, y lo anterior aun admitiendo, como de hecho admitió el TDC, que, en ocasiones, películas producidas o distribuidas por otros estudios pudieran alcanzar un gran éxito en taquilla (p.e., de las treinta películas de mayor éxito proyectadas en salas españolas de cine en el período 1999-2001 sólo cuatro fueron distribuidas por compañías distintas de los grandes estudios lo que probaba que se trataba de una circunstancia marginal). A lo anterior había de añadirse el modo particular de comercialización que suponían los llamados *output deals*, donde el comprador adquiría los derechos relativos a todas las obras comercializadas por un gran estudio durante un largo periodo de tiempo y que no operaban en el caso de otras producciones distintas.

Estos estudios concedían el derecho de exhibición de estas películas de acuerdo con un sistema secuencial de ventanas de explotación que comprendía los siguientes períodos: (i) transcurridos 6 meses desde el estreno en pantallas de cine, comenzaba la distribución del vídeo por un período de 6 meses; (ii) a continuación se pasaba al sistema de pago por visión por un plazo de hasta tres meses; (iii) transcurrido el periodo de pago por visión seguía un período de indisponibilidad (*black out*) de entre 3 y 6 meses; (iv) seguía la exhibición en primera ventana de TV de pago por 12 meses; (v) iba después la exhibición a través de la segunda ventana por 6 meses; (vi) seguía la emisión en abierto que, a veces, se solapaba en el tiempo con el periodo de la segunda ventana para TV de pago; (vii) finalmente las películas podían llegar a disfrutarse a través de catálogo.

Como dice Alfaro (Op. Cit.): “Curiosamente, en los contratos de licencia de películas para televisión que observamos en la actualidad, los plazos de «primera ventana», «black-out» y «segunda ventana» y distribución en video de alquiler y visión en televisión en abierto son idénticos para todas las distribuidoras de cine. O hay una conducta conscientemente paralela por parte de las *majors* (y de las productoras-distribuidoras nacionales) de cine o es una forma de maximizar los ingresos de explotación de las películas”. Se trata de mantener varios canales de distribución del producto, lo que permite al productor optimizar la inversión. En este sentido, como se dijo, puede estar justificado el acudir a acuerdos verticales de fijación de precios (máximos o mínimos) lo que, asociado al recurso a diversos tramos temporales, puede permitir a los consumidores beneficiarse de diversos productos y a los productores

amortizar las costosas inversiones en la financiación de superproducciones (sería algo similar a lo ocurrido con la retransmisión de partidos de fútbol en directo y en diferido).

El pago por visión y las películas de catálogo no pertenecían al mercado de los contenidos Premium cinematográficos, pues sobre estos derechos no existía en general exclusividad. Dentro de los contenidos *Premium*, así lo entendió el TDC, únicamente tenían cabida la primera y la segunda ventana para TV de pago, habida cuenta que sólo en ellas imperaba la exclusividad imprescindible para que un contenido pudiera funcionar como gancho de la TV de pago. Aparte, al no tenerlas el telespectador por sustitutivas, primera y segunda ventana supondrían mercados separados dentro del de los contenidos *Premium* cinematográficos.

También en sus decisiones de 13 de octubre de 2000 (Asunto COMP/M.2050 – *Vivendi/Canal+/Seagram*) y de 14 de agosto de 2002 (Asunto COMP/M.2845 – *Sogecable/Canalsatélite/Vía Digital*) mantuvo la Comisión: “los consumidores no consideran que las películas de segunda visión sean permutables con las de primera en términos de novedad. Por otra parte, desde el punto de vista de la oferta, no es posible sustituir una película de primera visión por una de segunda”. De hecho, en Francia, en donde estos derechos se comercializaban por separado, los precios de la segunda visión eran inferiores entre un 5 y un 25 % (Véase el asunto COMP/M.2050 – *Vivendi/Canal+/Seagram*, considerando 19). Pueden también consultarse: Nikolinakos N., “EU Competition Law on Access to Premium Content: The Emergence of New Media”, [2005] CTLR; Sage E. D.: “Series of Film-Licensing Agreements and the Application of Article 81 EC”, [2003] ECLR.

2. **Caso Stream.** En marcado contraste con lo anterior, la autoridad de la competencia italiana en el caso de la integración de *Stream* y *Telepiù* (caso *Stream*) incluyó también dentro del mercado considerado TV de pago, pago por visión, vídeo bajo demanda y vídeo casi bajo demanda.

En la posterior decisión de la Comisión (Asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*) también ésta encuadró dentro de una categoría genérica (“mercados de la TV de pago”) varios de contenidos audiovisuales entre los que se contaba el “mercado de los derechos exclusivos de películas de estreno”. En especial, con respecto al mercado de las obras audiovisuales o los programas para TV, la Comisión se refirió a su anterior decisión de 13 de octubre de 2000 (asunto COMP/M.2050 – *Vivendi/CANAL+/Seagram*), en la que había segmentado la actividad de compra de derechos de transmisión de televisión en mercados separados según la naturaleza del contenido. En ésta indicaba la Comisión que, desde el punto de vista de la demanda, estos derechos no eran permutables desde la perspectiva de los operadores de televisión de pago. La razón era que las películas y los programas de televisión no tenían el mismo valor en términos de atractivo para el consumidor. Por lo que respecta a la oferta, estos derechos se negociaban mediante diversas estructuras de precios y no tenían el mismo valor económico.

Frente a las alegaciones de *Newscorp* conforme a las que el mercado de los contenidos audiovisuales en general era un mercado caracterizado por un débil poder negociador del lado de la demanda, al ser muchas las cadenas demandantes en abierto y de pago, la Comisión entendió que, si bien lo anterior podía ser cierto en el caso de los programas

y obras audiovisuales para TV, no lo era, en cambio, en el mercado de los derechos exclusivos de películas de estreno por la propia forma de comercialización de los derechos en fases sucesivas. En la primera de esas fases, no mediaba la puja de cadenas en abierto porque lo que se buscaba era obtener un plus de rentabilidad antes de abrir el contenido al público en general. Debía añadirse a lo anterior la vinculación estructural y vertical entre *Fox* (uno de los siete grandes estudios) y la nueva plataforma integrada de TV de pago, al pertenecer ambas a *Newscorp* (Grupo *Murdoch*).

De lo anterior que la operación fuera finalmente autorizada atendiendo, en gran medida, a la difícil situación del mercado de la TV de pago en Italia, si bien condicionando esa autorización a una serie de medidas y compromisos inicialmente vigentes hasta 31 de diciembre de 2011. De éstas, cabría destacar con referencia al mercado de los derechos exclusivos sobre películas de estreno las siguientes: **(i)** la posibilidad de que los grandes estudios que tuvieran suscritos contratos con *Newscorp* y *Telepiù* pudieran rescindirlos unilateralmente sin aplicación de penalizaciones; **(ii)** la renuncia de la nueva plataforma integrada a derechos exclusivos y de protección en relación con la difusión de las películas de estreno sobre cualquier plataforma distinta a la satelital DTH; **(iii)** la renuncia, asimismo, de la nueva plataforma de TV integrada a cualesquiera derechos exclusivos que le pudieran corresponder para difundir películas de estreno en las modalidades de pago por visión, video a la carta y video cuasi a la carta para cualquier plataforma (incluida la de satélite); **(iv)** los contratos en exclusiva que para lo sucesivo pudiera suscribir la nueva plataforma con alguno de los *majors* tendrían un plazo máximo de 3 años y quedarían limitados a la difusión por satélite, debiendo *Newscorp* renunciar a cualquier protección para plataformas diferentes; **(v)** la nueva plataforma permitiría el acceso de terceros, bajo condiciones no discriminatorias y de forma desagregada, a sus derechos sobre películas de estreno para difundirlas mediante plataformas diferentes a la satelital directamente a los clientes finales.

3. **Caso Cuatro.** En el caso *Cuatro* vimos ya, al tratar del mercado de los contenidos deportivos importantes para TV en abierto o de pago, que la DI identificó los mercados situados en el ***nivel de la producción de contenidos audiovisuales*** y mercados situados en el ***nivel de la comercialización de contenidos audiovisuales***. La identificación fue algo más compleja que en otros casos y, aguas abajo de los anteriores, se refirió también a los niveles de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión, de los cuales no cabría ocuparse al tratar del presente mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, sino más bien al hacerlo del mercado de la edición y comercialización de canales. Así tendríamos:

- a. ***Nivel de la producción de contenidos audiovisuales.*** En la cúspide de la cadena de valor se situaban, por tanto, las actividades de producción de los distintos contenidos audiovisuales, entre los que se comprendían los contenidos *Premium* cinematográficos, pero también otros como contenidos deportivos, noticias o programas de televisión que posteriormente eran emitidos por los distintos canales de televisión. Además, los mercados situados en este nivel muchas veces estaban integrados verticalmente con los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales que se describirán a continuación, dado que no era raro que un mismo operador produjera y comercializara a terceros esos contenidos audiovisuales.

La DI consideró que, dentro de este nivel, se podrían distinguir mercados según la naturaleza del contenido producido, dado su diferente atractivo desde la perspectiva de la demanda (coste, capacidad de atracción de audiencia, etc.), así como las distintas necesidades de inversión necesarias para producir cada tipología de contenido audiovisual. Estos mercados compartían algunas características comunes, que eran muy relevantes con la salvedad del mercado de producción de películas, en donde no solía haber una integración entre productor y operador de televisión. Sin embargo, como las cuestiones de competencia eran las mismas para todos los mercados de contenidos, entendió la DI que no resultaba necesario cerrar la definición exacta de estos mercados, dejándose abierta esta cuestión a los efectos del expediente, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis del mismo.

- b. ***Nivel de la comercialización de contenidos audiovisuales.*** En cuanto al nivel de la comercialización de contenidos audiovisuales, el productor del contenido audiovisual, que era el *input* para la edición de canales de TV, podía ceder la comercialización del mismo a un distribuidor, que se ocupaba de venderlo a los distintos editores de canales de televisión. Este distribuidor podía ser una empresa del propio grupo del productor o un tercero independiente.

Adicionalmente, las actividades de comercialización de contenidos audiovisuales eran de vital importancia para poder competir en los mercados aguas abajo, en la medida en que los contenidos eran *inputs* necesarios para poder ofrecer una programación atractiva y diferenciada que permitiera captar abonados y espectadores.

Los distintos precedentes nacionales (entre otros, N-280 *Sogecable/Vía Digital*; N-06094 *Sogecable/AVS*; S/0006/07 fútbol) y comunitarios (además de otros, las decisiones de reenvío de las operaciones de concentración *Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+* y *Telecinco/Cuatro* - M.5748 y M.5776 y los expedientes M.4504 *SFR/Tele2 France*, M.4066 *CVC/SLEC*, M.2876 *Newscorp/Telepiù* y M. 2845 *Sogecable/Canal Satelite Digital/Vía Digital*) habían distinguido diferentes mercados de comercialización de contenidos según la naturaleza del contenido (películas, series, partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, otros partidos de fútbol, etc.).

Esta diferenciación se basaba en que cada tipo de contenido tenía un **atractivo diferente** para los distintos demandantes, sin que llegasen a ser suficientemente sustitutivos entre sí. Además, el **grado de depreciación** en el tiempo de los contenidos cinematográficos era, por ejemplo, mucho más lento que en los contenidos deportivos, pues estos últimos perdían casi todo su valor una vez que dejaban de emitirse en directo.

El **sistema de comercialización** de los distintos contenidos audiovisuales podía ser también diferente según la naturaleza del contenido (películas, deportes, series, etc.). En el caso de las películas, éstas se podían emitir en sucesivas ocasiones, fijándose un precio distinto según la lejanía de la fecha de emisión televisiva de la película respecto a la fecha de su estreno en cines, así como su modalidad de emisión, ya fuera dentro de la parrilla de un canal de televisión

(emisión lineal) o mediante sistemas de acceso puntual de los espectadores (emisión no lineal).

Por otra parte, dentro de los mercados de comercialización de derechos de emisión de películas y series, los precedentes habían segmentado distintos mercados en función del **carácter *Premium*** del contenido y de las distintas **ventanas de retransmisión**. Así, las películas y series de estreno estarían en mercados diferentes a las películas y series de catálogo, siendo las de estreno un contenido *Premium* con mayor atractivo para la captación de abonados o espectadores. Asimismo, se podría diferenciar entre películas y series producidas por las grandes productoras o que habían tenido gran éxito de taquilla, pues tenían una connotación de contenido *Premium*, en la medida en que contaban con mayor capacidad para atraer a suscriptores y audiencia que otros contenidos.

En cuanto a las **ventanas de retransmisión**, los precedentes habían distinguido mercados diferentes para la emisión en modalidades no lineales (PPV, VoD) y modalidades lineales, y dentro de las modalidades lineales, se habían diferenciado los derechos de emisión exclusiva en primera/segunda ventana. Esta segmentación se justificaba, entre otras razones, porque no todos los demandantes tenían la misma capacidad para adquirir derechos de emisión en cada una de las modalidades, ya fuera por motivos técnicos (caso de los operadores de televisión en abierto en relación con las modalidades de emisión no lineal) o por falta de economías de escala para afrontar la inversión en contenidos *Premium* de primera/segunda ventana.

En todo caso, había que tener en cuenta que *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* no solían ser oferentes significativos de estos derechos y que los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el Pliego de Concreción de Hechos en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes.

A la vista de lo anterior, se consideraron relevantes los siguientes mercados: (i) mercado de derechos de retransmisión de películas y series de estreno; (ii) mercado de derechos de retransmisión de películas y series de catálogo.

Dejando aparte los casos concretos, la definición como mercado de producto pertinente del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para TV de pago tendría que venir confirmada mediante la aplicación de los criterios de la sustitución de la demanda (ante un IRSNTP de los *films* de Hollywood no cabría que los difusores televisivos de pago acudieran a otras producciones con tanta capacidad de enganche y que les pudieran suministrar un número idéntico de abonados) y de la oferta (ante ese mismo IRSNTP sería poco probable que otros estudios diferentes de los *majors* norteamericanos pudieran pasar a ofrecer en el mercado, rápidamente y sin fuertes inversiones, grandes superproducciones como las de aquéllos).

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago

El mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, tenía en opinión del TDC (caso *Sogecable/Vía Digital*) dimensión nacional (criterio compartido, en cuanto a los canales de cine y deportes, por la DG 4 en el caso *BiB*) pues la adquisición de los derechos tenía lugar sobre unas bases lingüísticas y en función de unos determinados mercados nacionales.

En este caso, sin embargo, el hecho de que los *majors* tengan su sede en EE.UU., el dato de que los criterios lingüísticos no tengan una excesiva relevancia por el doblaje de las grandes superproducciones y, en fin, el de que estas sean productos de gran consumo a escala mundial podría llevar a conclusiones como las del TDC en el asunto *Cablevisión*, a tenor de las cuales: “*el resto de los mercados geográficos es, como mínimo, europeo y, en algunos casos como el de los derechos sobre programas audiovisuales, incluso mundial*”.

En el caso *Cuatro*, como sabemos, la DI insistió en que los precedentes nacionales y comunitarios habían considerado que los distintos mercados de productos definidos tenían una dimensión nacional, entre otras razones, por el hecho de que la estrategia competitiva de los operadores atendía a factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias. Se apuntaba, no obstante, que en el caso del mercado de la producción cinematográfica los precedentes habían señalado su dimensión mundial. No obstante, lo anterior no se consideraba relevante pues, en el caso a examen, sólo era importante examinar los efectos de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* en los mercados de producto definidos a escala nacional, dado que éste era el ámbito de actuación de las partes. A la vista de lo anterior, no resultaba necesario cerrar la definición exacta de los ámbitos geográficos relevantes, dejándose abierta esta cuestión, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis del mismo.

En este sentido, la Comisión en su decisión de 3 de marzo de 1999 (IV/36.237 TPS; Diario Oficial nº L 090 de 02/04/1999 p. 0006 - 0022) fue de la opinión (número 43 de la decisión) de que “*en lo que se refiere al mercado geográfico de la adquisición de derechos de difusión, aunque el abastecimiento de derechos pueda efectuarse a escala mundial y algunos operadores comprenden estos derechos para más de un territorio a la vez, también es de destacar que esta adquisición se realiza aún esencialmente a escala nacional o, como máximo, lingüística*”.

Y, en términos generales, hay que entender que priman esas conclusiones de la Comisión en cuanto a que el mercado geográfico es nacional o, en ciertos casos, regional: “*aunque la mayoría de los derechos sean originarios de Estados Unidos (las grandes productoras de Hollywood) y nada impide que los operadores adquieran derechos para más de un territorio a la vez, los derechos de transmisión se dividen y venden principalmente en cada país o, a lo sumo, por área lingüística y el precio está estructurado de tal manera que el valor económico de los contratos depende del territorio específico para el cual se adquieren los derechos. Por consiguiente, teniendo en cuenta las restricciones impuestas por la división de derechos, el alcance geográfico del mercado es nacional o limitado a un área lingüística*” (Asunto COMP/M.2050, *Vivendi/Canal+/Seagram*; Asunto COMP/M.2845 *Sogecable/Canal satélite/VíaDigital*).

c) Entorno normativo del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago

i) Europeo

El punto de partida debe ser el de la ausencia de competencia de la UE en la materia que nos ocupa que queda, en su integridad, reservada a la regulación por cada Estado miembro. Lo anterior conduce a que el diseño del marco normativo dentro del que se inscribe el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos corresponda, casi totalmente, al legislador nacional. Con ser cierto lo anterior, es posible, no obstante, dejar apuntado algún precepto dentro del ordenamiento jurídico comunitario cuyas previsiones resultarían aplicables a este mercado.

Ciertas disposiciones se encontraban dentro de la ya derogada Directiva 89/552/CEE del Parlamento europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual; DO L 298 de 17.10.1989, p. 23), en la redacción dada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 (DO L 202, p. 60, de 30.7.1997) y por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 (L 332, p. 27, de 18.12.2007).

En particular, el Art. 3 Quinquies ordenaba a los Estados miembros velar por que los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción no emitieran obras cinematográficas fuera de los periodos acordados con los titulares de los respectivos derechos. Al margen de esta previsión específica para los contenidos cinematográficos, en los Arts. 4 y 5 de la Directiva se recogían una serie de medidas destinadas al fomento de obras europeas y de productores independientes, de aplicación no sólo a las obras cinematográficas, sino en general a todas las audiovisuales. Este último dato aconsejaría reservar su examen más en detalle para los epígrafes correspondientes del apartado que dedicaremos al estudio del mercado de las obras audiovisuales para TV. También destacar que el contenido del Capítulo III de la Directiva que, bajo la rúbrica de “*Promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos*”, comprendía los Arts. 4 y 5 referidos, no era de aplicación a las emisiones de TV que se destinasen a una audiencia local y que no formasen parte de una red nacional (Art. 9).

La Directiva 89/552 ha sido derogada por la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DO L 95 de 15.4.2010, p. 1/24). Esta nueva Directiva de Servicios de comunicación audiovisual mantiene sustancialmente, en lo que concierne al mercado que ahora nos ocupa, la regulación de la derogada: **(i)** el Art. 3 Quinquies se mantiene en cuanto a su contenido y pasa a ser el Art. 8; **(ii)** el Capítulo III pasa a ser ahora el Capítulo VI, con idéntica rúbrica; **(iii)** los Arts. 4 y 5 pasan a ser ahora los Arts. 16 y 17; y **(iv)** el Art. 9 pasa a ser el Art. 18, con idéntico contenido.

Fuera ya del ámbito de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual, dejar cuando menos consignada aquí la existencia de varias directivas europeas que vendrían a disciplinar

todo lo concerniente a los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras cinematográficas. En este particular, nos remitimos al estudio de los derechos de propiedad intelectual como barrera normativa de entrada dentro del mercado de la TV de pago.

Por lo demás, quedará este mercado sujeto a las normas europeas de carácter general sobre derecho de la competencia. En este sentido, pueden destacarse las reflexiones de la Comisión en su Comunicación sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual de 26 de septiembre de 2001 (DO C 43 de 16.2.2002, p. 6.) en punto a que las medidas de los Estados de apoyo a la producción nacional quedarán condicionadas al hecho de no falsear la competencia dentro del mercado comunitario.

Sobre este extremo podría ser ilustrativo el contenido de la Sentencia del TJCE (Asunto C-17/92) que vino a resolver la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo español relacionada con una normativa nacional destinada a favorecer la distribución de películas españolas. El Tribunal de Luxemburgo sentó que la explotación en TV de películas cinematográficas en virtud de la cual los productores autorizaban a los distribuidores, contra el pago de una remuneración, a hacer comunicación pública de sus películas constituía prestación de servicios sujeta a las disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios cuando revistiera carácter transfronterizo, por no estar dichos productores y distribuidores establecidos en el mismo Estado miembro.

Estas disposiciones del Tratado sobre libre prestación de servicios debían interpretarse como opuestas a una normativa nacional por la que viniera a reservarse la concesión de licencias para el doblaje de los largometrajes procedentes de terceros países a una lengua oficial nacional tan sólo a los distribuidores que asumieran el compromiso de distribuir películas nacionales.

Partiendo de que las preferencias del público se decantaban en gran medida hacia las películas originarias de terceros países dobladas a alguna lengua nacional, una normativa tal resultaba discriminatoria al privilegiar a los productores de películas nacionales, a los que, por la fuerte demanda de licencias de doblaje, se garantizaba la distribución de sus películas en detrimento de los productores de otros Estados miembros que dependerían tan sólo de la voluntad de los distribuidores.

ii) Nacional

Dentro de la normativa nacional, existen normas reglamentarias que buscan hacer efectivo el control del Estado sobre los contenidos cinematográficos ya sea para su directa exhibición en sala o para su distribución o venta, cualquiera que sea el formato soporte.

En esta línea, el Art. 1 del Real Decreto 2332/1983, de 1 de septiembre (BOE nº 215, 8-Sep-1983), por el que se regulaba la venta, distribución y la exhibición pública de material audiovisual, exigía la expedición por el Ministerio de Cultura de un certificado de calificación que debía seguir a la obtención de otro más específico de calificación por edades. Este Real Decreto ha sido, no obstante, derogado por el Real Decreto 2062/2008, de 12-12-2008 (BOE 12 enero 2009, núm. 10, pág. 3568), que desarrolla la Ley 55/2007, de 28-12-2007, del Cine. Sin perjuicio de referirnos a continuación más en detalle al contenido de estas dos normas, sí podemos anticipar que en las mismas se introduce la nueva regulación de la calificación en los Arts. 8 y 9 de la Ley del Cine y en los Arts. 5 a 7 de su Reglamento.

De este nuevo cuerpo normativo resulta la calificación de las obras por grupos de edad para conocimiento del público, como obligación previa a su salida al mercado, y la simplificación con respecto a la regulación anterior del procedimiento y los trámites para su obtención. La calificación por edades se realiza mediante resolución del Director del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, previo informe de la Comisión de Calificación, o por los órganos competentes de aquellas Comunidades Autónomas que ostenten competencias para la calificación de las películas y los materiales audiovisuales. Asimismo, se incluye el establecimiento, mediante resolución del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales, de los criterios que sirvan de base a la Comisión de Calificación en su labor, con el fin de dotar de una mayor transparencia al procedimiento de calificación por edades.

Con ese mismo ánimo de agilización de los trámites, se dispone que la calificación por edades deberá notificarse al solicitante en el plazo máximo de un mes a contar desde la presentación de la solicitud y que, transcurrido el mencionado plazo, se entenderá otorgada la calificación solicitada por el interesado por silencio positivo.

Además, y en palabras de la Exposición de Motivos del Reglamento, *“atendiendo, entre otros factores, a las nuevas formas de explotación, se eliminan los certificados de calificación de películas, para cuya expedición era necesario el pago de la tasa correspondiente, al tiempo que se introduce, como novedad destacable, la regulación de un certificado único de distribución expedido por el ICAA o por el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, a solicitud de las empresas distribuidoras que vayan a comercializar las obras en el ámbito cinematográfico por cualquier medio o soporte”*. A tenor del Art. 7 del Reglamento, este certificado único de distribución se relaciona con lo dispuesto en el Art. 18 de la Ley sobre exhibición en salas de cine de cierta cuota o porcentaje de obras comunitarias. El certificado único de distribución reflejará la nacionalidad y las características de distribución de las películas (éstas son el idioma de la versión original y de las diferentes versiones en las que vaya a comercializarse, con indicación del número de copias o soportes de cada versión, y, en el caso de proyección digital vía satélite, con indicación del número de receptores de señal a los que se transmitirá la película cinematográfica).

Por otra parte, el Real Decreto 448/1988, de 22 de abril (BOE nº 116, 14-May-1988), regula la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico cuando se transmiten a una pluralidad de personas, sin la previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, mediante un aparato reproductor conectado con uno o varios aparatos receptores de uso privado o público (Vg.: la difusión a través de redes instaladas en comunidades de propietarios o medios de transporte). De este Real Decreto, acaso sólo mencionar que ordena que no se produzcan interferencias en otros servicios de difusión o telecomunicaciones (Art. 3); que manda también obtener autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual (Art. 4), así como informar con antelación de la programación que va a ser emitida (Art. 5).

En cuanto a la Ley 25/1994 de transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva de TV sin fronteras (sin, aún, las modificaciones introducidas por la Directiva 2007/65/CE), sus Arts. 5 y 6 eran los que se dedicaban, respectivamente, a las obras europeas y a las obras europeas de productores independientes. Esta norma ha sido derogada por la nueva LGCA de 2010 que pasa a recoger los mandatos europeos sobre la materia en su Art. 5

sobre “*el derecho a la diversidad cultural y lingüística*”. Por las mismas razones dadas al ocuparnos del entorno normativo europeo, es decir, por el hecho de tratarse de preceptos referidos a todas las obras audiovisuales en general, y no sólo a las cinematográficas, cabrá que nos ocupemos de su contenido al tratar del entorno normativo nacional del mercado de las obras audiovisuales para TV. Lo mismo cabe decir de las disposiciones del Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles (BOE 20 julio 2004, núm. 174, pág. 26264).

Sin perjuicio de todas las anteriores referencias a otras normas diferentes, la Ley que, de modo general, ha venido a regular la actividad cinematográfica en nuestro país ha sido la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (BOE nº 312, 29-Dic-2007). Su objeto es el que describe su Art. 1, a saber: “*la ordenación de los diversos aspectos sustantivos de la actividad cinematográfica y audiovisual desarrollada en España; la promoción y fomento de la producción, distribución y exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales y el establecimiento tanto de condiciones que favorezcan su creación y difusión como de medidas para la conservación del patrimonio cinematográfico y audiovisual, todo ello en un contexto de defensa y promoción de la identidad y la diversidad culturales*”. De lo anterior resulta que la Ley va más allá de la regulación de las obras estrictamente cinematográficas para incidir sobre todas las audiovisuales en general, las cuales darían lugar, como veremos, a su propio mercado. Como dice el legislador en el preámbulo de la Ley: “*la Ley introduce el concepto de integración de la cinematografía en el conjunto del audiovisual, considerando éste como un todo, con sus especificidades, para beneficio del cine y la televisión, concibiendo la producción cinematográfica y audiovisual como contenido básico de la televisión y a ésta como elemento importante de difusión, promoción y financiación de la cinematografía*”.

Dados los contornos del mercado que nos ocupa, nos ceñiremos aquí sólo a las primeras, las obras estrictamente cinematográficas. Así acotado el objeto de estudio, del Art. 4, guardarían interés ciertas definiciones. En primer término, la de película cinematográfica que sería “*toda obra audiovisual, fijada en cualquier medio o soporte, en cuya elaboración quede definida la labor de creación, producción, montaje y posproducción y que esté destinada, en primer término, a su explotación comercial en salas de cine*”. Dentro de las películas cinematográficas, a su vez, habría que diferenciar los largometrajes de los cortometrajes en función de que la duración se encuentre por encima o por debajo de los 60 minutos (excepcionalmente, serán también largometrajes las de duración superior a los 45 minutos producidas en soporte de formato de 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen).

La Ley sienta los criterios determinantes de la nacionalidad española de las películas cinematográficas y regula la certificación administrativa de esa nacionalidad (Arts. 4, 5 y 12), dispone la inscripción de las empresas cinematográficas en un Registro Administrativo especial como presupuesto para proceder a las tareas de producción, distribución y exhibición de películas cinematográficas (Arts. 7, 11, 14 y 15) y regula, como ya vimos, la calificación por edades de las películas cinematográficas y la publicación de esa calificación (Arts. 8 y 9). Además, cuenta con un Capítulo III que lleva la rúbrica de “*Medidas de fomento e incentivos a la cinematografía y al audiovisual*” donde se prevén ayudas públicas para todas las tareas que conforman la cadena de valor orientada a la comercialización de obras cinematográficas: **(a)** creación y desarrollo (guiones); **(b)** producción; **(c)** distribución; **(d)** exhibición en salas de cine; y **(e)** promoción (festivales). El régimen legal relativo a todos estos aspectos coincide con el general de las obras audiovisuales por lo que, para cualquier

extremo digno de especial mención, valdría con remitirse a lo que diremos al ocuparnos del mercado de las obras audiovisuales para TV.

Otro aspecto importante reside en la cuota de pantalla regulada en el Art. 18, conforme al cual un 25 % de la programación de las salas de exhibición cinematográfica en cómputo anual deberá estar reservada para obras cinematográficas de Estados miembros de la Unión Europea. Y también importante, desde nuestra perspectiva, podría ser la atribución al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (u órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas), que cambia su *status* de organismo autónomo por el de agencia estatal (Disposición Adicional Primera), de facultades de supervisión del libre desarrollo de la competencia en el mercado que comprenderán las de denuncia a la Comisión Nacional de la Competencia de prácticas colusorias y abusos de posición dominante así como de elaboración de dictámenes no vinculantes (Art. 10). Lo anterior cobraría una especial importancia si se atiende al dato de que el Art. 14 extiende todas estas facultades a las cláusulas de vinculación incluidas en los *output deals* o, como dice la Ley, a *“la exigencia por parte de las empresas distribuidoras de contratación de películas por lotes, de manera que para lograr la exhibición de una de ellas tenga que aceptar la contratación de otras películas”*.

Las previsiones de la Ley del Cine a que nos acabamos de referir se completan por las de otras normas, singularmente:

- La Ley 3/1980, de 10 de enero (BOE nº 11, 12-Ene-1980), de Regulación de Cuotas de Pantalla y Distribución Cinematográfica en todo lo que no haya sido derogada (Vg., el Art. 1 contiene la obligación de las salas de programar dentro de cada cuatrimestre natural la exhibición de películas españolas a razón de un día, como mínimo, por cada tres de exhibición de películas extranjeras en versión doblada a cualquier lengua oficial; el Art. 5 tipifica infracciones administrativas relativas al incumplimiento de cuotas de pantalla; etc.).
- El Real Decreto 81/1997, de 24 de enero (BOE nº 46, 22-Feb-1997), por el que se desarrolla parcialmente la Ley 17/1994, de 8 de junio, de Protección y Fomento de la Cinematografía, y se actualizan y refunden normas relativas a la Realización de Películas en Coproducción, salas de Exhibición y Calificación de Películas Cinematográficas - vigente pese a la derogación de la propia Ley 17/1994 – cuyo capítulo IV lleva la de *“Calificación de obras cinematográficas”* y que, junto con el III que lleva el título de *“Normas para las salas de exhibición cinematográfica”*, son los únicos dos que no han sido derogados por la Ley del Cine.
- El Real Decreto 526/2002, de 14 de junio (BOE nº 154, 28-Jun-2002), por el que se regulaban las medidas de fomento y promoción de la cinematografía y la realización de películas en coproducción, con ocho capítulos dedicados al desarrollo de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual (Ley del Cine de 2001), entre los que cabía destacar el II (*“Medidas de fomento”*), el III (*“Ayudas a la producción”*), el IV (*“Estímulos a la distribución”*), el V (*“Ayudas a la promoción”*) o el VII (*“Normas para la realización de películas cinematográficas en coproducción”*). Las previsiones de este último capítulo eran materia de desarrollo a través de la Orden del Ministerio de Cultura/3928/2006, de 14 diciembre por la que se dictaban normas de aplicación del Real Decreto 526/2002, de 14-6-2002 (RCL 2002\1617), que regulaba las medidas de fomento y promoción de la

cinematografía y la realización de películas en coproducción, y se establecían las bases reguladoras de dichas medidas (BOE 26 diciembre 2006, núm. 308, pág. 45717), algunos de cuyos preceptos se mantenían vigentes para películas estrenadas en 2010 por la Orden CUL/2834/2009 (v. *infra*). La Ley del Cine de 2001 queda sin vigencia a partir de la nueva Ley del Cine de 2007 y el Real Decreto 526/2002, que se declaraba transitoriamente vigente por la Disposición Transitoria única de la nueva Ley del Cine hasta la aprobación de su Reglamento de desarrollo, pasa a ser también derogado por este último reglamento que volvemos a traer a colación a continuación.

- El Real Decreto 2062/2008, de 12-12-2008, por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28-12-2007, del Cine. Esta norma reglamentaria desarrolla las previsiones de la Ley del Cine en materias como las siguientes: **(a)** calificación de las obras cinematográficas y audiovisuales (capítulo II); **(b)** Nacionalidad española de las obras cinematográficas y audiovisuales (capítulo III); **(c)** Registro administrativo de empresas cinematográficas y audiovisuales (capítulo IV); **(d)** Normas para las salas de exhibición cinematográfica (capítulo V) (control de asistencia, expedición de billetes, información al espectador, etc.); **(e)** Medidas de fomento y régimen de subvenciones y ayudas (capítulo VI); **(f)** normas de realización de películas cinematográficas en co-producción con empresas extranjeras. Mediante Orden CUL/2834/2009, de 19 octubre (RCL 2009\2009) se dictan normas de aplicación del Real Decreto 2062/2008, de 12-12-2008 (RCL 2009\59), por el que se desarrolla la Ley 55/2007, de 28-12-2007 (RCL 2007\2384), del Cine, en las materias de reconocimiento del coste de una película e inversión del productor, establecimiento de las bases reguladoras de las ayudas estatales y estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales.

Por último y dejando cerrado este epígrafe, hacer tan sólo una remisión a la normativa nacional estudiada en otras partes de este trabajo para todo lo concerniente a los contenidos cinematográficos en cuanto que objeto de los derechos de propiedad intelectual (véase el estudio de los mismos en cuanto que barreras normativas de entrada dentro del mercado de la TV de pago).

d) El mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión)

La identificación de las partes de la operación se hizo al estudiar el mercado de la TV de pago, razón por la cual valdría con remitirnos, otra vez más, a lo dicho allí. Reiterar que la sistemática del dictamen del TDC fue la de distinguir entre mercado principal o relevante (el de la TV de pago), mercados accesorios y absorbidos por éste (Vg., el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago) y, finalmente, mercados afectados dotados de identidad propia. Dentro de estos últimos se incluían los de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos que, a diferencia de lo ocurrido con otras resoluciones de las autoridades de la competencia, sí eran objeto de un tratamiento como mercados separados.

El TDC entendió, recordemos, como mercado afectado el de la adquisición de los derechos sobre las películas de los grandes estudios norteamericanos (prescindiendo del cine europeo y español y del independiente americano) para primera y segunda ventana de TV de pago.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago en el caso Vía Digital

Los derechos sobre los contenidos *Premium* cinematográficos eran adquiridos por *Sogecable* y *Vía digital* a través de compañías de su grupo y la comercialización de dichos contenidos tenía lugar sobre la base de periodos secuenciales y ventanas tal cual se dejó expuesto en el epígrafe de este apartado dedicado a la definición del mercado de producto.

La oferta en el mercado afectado estaba compuesta por la totalidad de los derechos para la retransmisión de las películas de los *majors* en primera y segunda ventana de TV de pago. Del lado de la oferta, se apuntaba la participación también de *Sogecable* en la producción y distribución de películas cinematográficas y sus vínculos estructurales con *Universal Studios* (*Grupo Vivendi*), *Warner* y *Fox*. Asimismo, *Telefónica* realizaba actividades de producción y distribución a través de *Lola Films* y sólo de producción por medio de *Ensueño*. Por su parte, *Vía Digital* excepcionalmente coproducía películas a través de *Vía Interactiva*.

La demanda estaba integrada por todas las TV de pago que operaban en España. En nuestro país, en el momento de plantearse la operación, sólo se consideraban de primera ventana los canales *Canal +* de *Sogecable* y *Gran Vía* de *Vía Digital*. En cuanto a la segunda ventana, únicamente *Cinemanía* de *Sogecable* podía ser considerado como canal de esta clase. El cable, aún formando parte de la demanda potencial en este sector, sólo pujaba por los derechos en la modalidad de pago por visión y sus emisiones en primera y segunda ventana quedaban limitadas a las realizadas, de forma mediata, a través de los canales *Gran Vía* y *Cinemanía* adquiridos de las plataformas satelitales.

Tres serían las diferencias esenciales con respecto a los contenidos *Premium* de fútbol: (1. ^a) que las TVs en abierto no formaban parte de la demanda, pues no optaban a adquirir los derechos de primera y segunda ventana que eran específicos de la TV de pago; (2. ^a) que el fútbol era producto perecedero que agotaba prácticamente su interés con su primera retransmisión; y (3. ^a) que la cesión comprendía sólo la difusión por TV y no a través de otros medios audiovisuales como internet. Por lo que a la primera diferencia se refiere, se hacía preciso aclarar que no es que no existiera competencia entre cadenas de pago y en abierto para la adquisición de los derechos, lo que ocurriría es que ésta se situaba en momento anterior o distinto, a saber, el de la difusión para pago o en abierto.

La forma de comercialización en España de los derechos de retransmisión de los largometrajes cinematográficos de los grandes estudios o *majors* era la modalidad de compra de producción o *output deal*, práctica, por cierto, prohibida en USA, consistente en la formalización de un acuerdo de larga duración entre el operador de TV y el estudio de cine en virtud del cual el primero adquiría toda la producción del segundo durante el período de vigencia del contrato. El Comisario Monti llegó a considerar “*inaceptables estos contratos por los efectos de cierre de mercado que se producen como consecuencia de la combinación de exclusividad, larga duración y gran cantidad de contenidos que son objeto de los mismos,*

debiendo ser contratos de duración no superior a un año” (cita en las alegaciones del expediente).

La duración de estos *output deals* venía a ser, promediando, de cinco a siete años, y dichos acuerdos desplegaban sus efectos sobre una base de exclusividad con la sola excepción de la ventana de pago por visión. De los 88 títulos con mayor éxito en las salas españolas de exhibición en los años 1999, 2000 y 2001, 67 fueron distribuidos por alguno de los grandes estudios con los que *Sogecable* tenía firmados esos contratos de exclusividad para primera y segunda ventana.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago en el caso *Vía Digital*

En cuanto a la adquisición de derechos sobre contenidos *Premium* cinematográficos, el TDC identificó como primer efecto de la operación el de una drástica reducción de la demanda como consecuencia de la simplificación de la parrilla de programación en primera ventana. Los efectos serían menos acentuados, tratándose de la segunda ventana, dada la existencia de un solo canal, a saber, *Cinemanía* de *Canal Satélite Digital*.

De aquí derivaría una intensificación de la competencia entre productores y distribuidores para los que resultaría vital tener acceso a la parrilla de programación de la plataforma resultante de la fusión. No obstante lo anterior, los *outputs deals* vigentes entre *Sogecable* y los siete grandes estudios en ningún caso finalizaban antes del 2007 y en el caso de tres de ellos existían cláusulas de renovación unilateral a favor de éstos para extenderlos hasta el 2012. Muy similar era la situación en el ámbito de la relación existente entre *Vía Digital* y *Metro Goldwyn Mayer (MGM)*.

Pudieran apuntarse en esta sede las consideraciones de *Aunacable* (sociedad que agrupaba a los siguientes operadores de telecomunicaciones por cable: *Canarias Telecom*, *Madritel* y *Supercable*) en punto a que, mientras que en EE.UU. la prohibición del modelo de exclusividad en contenidos *Premium* habría propiciado tasas de penetración de la TV de pago del 80 %, en la mayoría de los estados de la Unión Europea la ausencia de una prohibición similar habría estrangulado la competencia reduciendo esas mismas tasas a la mitad.

El juego combinado de reducción de demanda y existencia de *outputs deals* dañaría la competencia afectando no sólo al mercado de la adquisición de derechos sobre los contenidos *Premium*, sino también al descendente de la captación de clientes. Esto no acontecería en pago por visión que no formaba parte del mercado afectado y donde no existía exclusividad razón por la cual el acceso para los operadores de cable no habría de plantear especiales dificultades.

En relación con este mercado, de las diez condiciones impuestas por el TDC para autorizar la operación, la directamente vinculada al mismo fue la de que *Sogecable* debía reconocer un derecho de rescisión unilateral a favor de *Metro Goldwyn Mayer* (el único de los *majors* que tenía contrato con *Vía Digital*), con la reducción proporcional de la contraprestación correspondiente al período restante y sin aplicación de sanción alguna, y limitar a un máximo de un año los derechos de retransmisión televisiva de películas cinematográficas de los *majors* para primera y segunda ventana de TV de pago.

Fue esta condición desarrollada por las condiciones 4ª a 9ª del Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002:

“Cuarta: Sogecable deberá renunciar a cualquier derecho de tanteo o retracto u opción de compra con respecto a los derechos de retransmisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos producidos por los «grandes estudios».

La duración de cualquier nuevo contrato entre Sogecable y los «grandes estudios» relativo a derechos de emisión televisiva de largometrajes cinematográficos y canales temáticos por ellos producidos no podrá exceder de tres años.

Quinta: Sogecable no podrá adquirir derechos en régimen de exclusiva de largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» para su explotación en cualquier régimen de pago por visión mediante plataformas tecnológicas distintas de las que explota actualmente.

Sexta: Sogecable no podrá adquirir derechos en régimen de exclusiva de largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» para su explotación por medio de telecomunicaciones móviles y sistemas de transmisión de datos.

Séptima: Sogecable deberá limitar a un máximo de un año el período de emisión en exclusiva que medie entre la primera emisión en primera ventana y la primera emisión en segunda ventana de televisión de pago de los largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» cuyos derechos de emisión adquiera.

Octava: Sogecable deberá reconocer un derecho de rescisión unilateral a favor de Metro Goldwin Mayer con la reducción proporcional de la contraprestación prevista por el período restante y sin aplicación de sanción alguna.

Novena: Sogecable deberá garantizar la comercialización a terceros de al menos un canal que incluya largometrajes cinematográficos producidos por los «grandes estudios» en primera ventana de televisión de pago. Dicho canal deberá tener características equivalentes al canal Gran Vía que viene comercializando Vía Digital.

Dicha comercialización se hará en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias”.

El anterior Acuerdo del Consejo de Ministros fue objeto de impugnación en cuanto a las condiciones 4ª a 6ª por parte de las entidades mercantiles “Buena Vista Internacional, Inc” y “The Walt Disney Company Iberia, SL”, recursos contencioso-administrativos desestimados mediante sentencia por el Tribunal Supremo en fecha 7 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7718 y RJ 2005\7717) (Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat). Las razones de la desestimación estaban en la línea de lo ya expuesto al referirnos a las condiciones impuestas en el ámbito del mercado de la TV de pago en cuanto a la ausencia de arbitrariedad de dichas condiciones (*Vid Supra*).

Por otra parte, en dicho acuerdo del Consejo de Ministros, la condición novena transcrita, era la que consistía en que *Sogecable* debía garantizar la comercialización a terceros de al menos un canal que incluyese largometrajes cinematográficos producidos por los “grandes estudios” en primera ventana de televisión de pago. Dicho canal debía tener características equivalentes al canal *Gran Vía* que venía comercializando *Vía Digital*.

Al poco de ser autorizada la operación, comenzaron las quejas de los cableoperadores sobre la degradación por parte de *Sogecable* de la calidad del canal *Gran Vía*. Lo anterior motivó la tramitación de un expediente de arbitraje seguido ante la CMT en cuya resolución ésta terminó por instar a *Sogecable* a que, en el plazo de quince días, presentara al grupo *AUNA*

una oferta de comercialización de dicho canal con un enriquecimiento de sus contenidos hasta los niveles que tenían en *Vía Digital* antes de la fusión (Gaceta de los Negocios de 19 de julio de 2005). También *ONO* dejó de emitir dicho canal alegando que el mismo ni contaba con exclusivas ni, prácticamente, se promocionaba; además de imponer *Sogecable* la contratación del mismo por término de tres años (Gaceta de los Negocios de Abril de 2005).

e) El mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago en el caso de la integración de Stream en Telepiù (caso Stream)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Stream (remisión)

Como hubo ya oportunidad de observar con el mercado de los contenidos *Premium* deportivos, es necesario partir de que la autoridad italiana de la competencia no hizo un estudio tan en profundidad del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos como el verificado por el Tribunal de Defensa de la Competencia español en el caso *Vía Digital*, de modo que más que dotarlo de entidad propia, vino a tratarlo como sólo un segmento del mercado relevante de la TV de pago. En lo demás referente a la identificación de las partes y a los detalles de la operación hacer sólo la oportuna remisión al estudio del mercado principal de la TV de pago. Recordemos, tan sólo, que se trataba de la adquisición por *Telepiù* (la plataforma de TV de pago de *Groupe Canal +* que, a su vez, aparecía controlada por *Vivendi*) de *Stream* (plataforma de TV de pago controlada por *Telecom.Italia* y por *NewsCorp*, del *Grupo Murdoch*).

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago en el caso Stream

Pasando a los contenidos *Premium* cinematográficos, la tipología de éstos admitiría sistematizarse según se tratara de TV de pago, pago por visión, video bajo demanda o vídeo casi bajo demanda atendiendo al grado de flexibilidad existente en el disfrute del producto por parte de los telespectadores.

Así, en la TV de pago el producto audiovisual venía inserto en una parrilla previamente confeccionada por el operador de manera que los telespectadores tan sólo tenían posibilidad de disfrutarlo dentro del horario preestablecido. Lo mismo ocurría en el pago por visión con la diferencia de que en éste los telespectadores pagaban por ver un singular producto. El sistema de vídeo casi bajo demanda era muy similar al del pago por visión con la diferencia de que en el primero el *film* se transmitía en un horario muy flexible, por ejemplo, a intervalos de una hora, con lo que los espectadores gozaban de una mayor comodidad en el consumo. Finalmente, en el vídeo bajo demanda los usuarios podían elegir, partiendo de un amplio catálogo electrónico actualizado de forma periódica, el momento de la visión del programa. En este ámbito, recordemos, el TDC español consideró como mercado afectado tan sólo el de contenidos *Premium* cinematográficos para primera y segunda ventana de TV de pago.

En contenidos cinematográficos, ambos operadores tenían suscritos contratos para la adquisición de derechos televisivos cinematográficos, principalmente, para TV de pago y pago por visión.

En concreto, *Telepiù* tenía contratos en vigor con los más importantes proveedores italianos y también con los *majors* norteamericanos (*Buena Vista*, *Columbia*, *Paramount*, *Metro Goldwyn Mayer*, *Twentieth Century Fox* y *Polygram*). En cuanto a los segundos, las características de los acuerdos firmados hacían de ellos auténticos *output deals* en términos casi idénticos a los expuestos al tratar del caso español de la fusión de las plataformas digitales. La duración de tales contratos iba de los cuatro a los diez años y sus vencimientos estaban comprendidos dentro del periodo que corría del 2002 al 2008, además de incluir muchos de ellos cláusulas de renovación unilateral concedidas a los grandes estudios. Participaban además de la nota de la exclusividad, en todo caso cuando se trataba de TV de pago y no siempre en el supuesto de pago por visión. En ocasiones, englobaban también otras formas de difusión al margen de las expuestas como pudieran, por ejemplo, ser el vídeo bajo demanda o Internet. Por otra parte, *Telepiù* había concluido una serie de contratos con productores europeos (Vg. *Medusa*) cuya fecha de extinción venía de media a situarse a fines de 2003, en exclusiva cuando se trataba de TV de pago y no en exclusiva cuando de pago por visión o vídeo casi bajo demanda.

Por su parte, *Stream* tan sólo contaba con *outputs deals* suscritos con dos estudios, a saber, *Cecchi Gori* y *Universal Studios*. Además era parte de otros contratos cuyo objeto eran bien *films* individualizados, bien paquetes de *films* con *Filmauro* y con otros productores y distribuidores menores como *IIF* o *Mikado*, entre otros. Eran éstos contratos siempre en exclusiva, cuando de TV de pago o pago por visión se trataba, y sólo en ocasiones, si de vídeo casi bajo demanda.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago en el caso Stream

Como destacamos al tratar de los contenidos *Premium* deportivos con relación a los compromisos propuestos por *Telepiù*, estos iban en el sentido de propiciar la entrada de nuevos operadores en el mercado de la TV digital por satélite, así como el desarrollo de plataformas de distribución alternativas (UMTS, Internet, TDT) facilitando el acceso de todas ellas a los contenidos *Premium* de forma desagregada mediante la renuncia a los derechos de exclusiva. Como también se apuntó, dichos compromisos, aun con alguna reserva, fueron positivamente valorados por la AGCM.

En el ámbito de los derechos sobre contenidos cinematográficos, *Telepiù*, a partir del 1 de enero de 2003, se comprometía a no vincularse con los *majors* a través de nuevos *output deals* de duración superior a un año y a reconocer a favor de cada uno de los grandes estudios un derecho de resolución unilateral. En este punto, la AGCM vino a poner de relieve que, merced al ejercicio de cláusulas de renovación o de derechos de prelación, *Telepiù* pasaría a detentar los principales derechos sobre contenidos cinematográficos para TV de pago hasta 2007-08. Considerando que el término final de vigencia de los compromisos propuestos se situaba en abril o mayo de 2007, la virtualidad de los mismos quedaría muy mermada pues no se darían los presupuestos de su eficacia. De aquí que fueran ilusorios cualesquiera intentos de terceros con vistas a acceder a los contenidos cinematográficos, tan importantes

para la prestación de servicios de TV de pago, pues, a diferencia de lo acontecido con los derechos sobre el fútbol, *Telepiù* no había propuesto ninguna renuncia a las exclusivas de que venía disfrutando, ni tan siquiera con respecto a medios de difusión diversos al satélite, con lo que quedaba muy en el aire la posibilidad de desarrollo de una plataforma alternativa.

La autoridad de la competencia condicionó la autorización de la operación a que el derecho de resolución unilateral reconocido a los grandes estudios pudiera ejercitarse en cualquier momento de la vida del contrato de cesión y sin imponer periodos de preaviso que fueran a exceder de seis meses, así como a que *Telepiù* renunciara a sus derechos exclusivos para medios de difusión diferentes al satélite y, aún dentro del satélite, a la difusión a través de *pay per view*, *video on demand* y *video cuasi on demand*.

f) Los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos cinematográficos y series en el caso Cuatro

i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión)

Valdría con remitirse al epígrafe correspondiente dentro del mercado de la TV en abierto y de la publicidad televisada y de los contenidos *Premium* deportivos para TV en abierto o de pago. Se trataba de la adquisición por *Telecinco* del control exclusivo de *Cuatro* (Expediente C/0230/10) y dicha operación se planteaba en paralelo con otra de concentración económica consistente en la adquisición por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)* (expediente C/0231/10). La tramitación acumulada de ambos expedientes se dejó finalmente sin efecto, sin embargo, para la autorización bajo compromisos de la primera operación, la DI tuvo en cuenta los efectos que podían derivarse de la segunda (de esta última finalmente desistieron las partes notificantes).

A la operación acompañaron determinados pactos a los que la autoridad de la competencia negó la condición de restricciones accesorias. Dejando aparte el detalle de los mismos, ya reflejado en otros epígrafes de la tesis, podríamos destacar que se pactaba la obligación de *Prisa*, durante un período de tres años a partir de la fecha de cierre de la operación, de no competir en la televisión en abierto, incluso como productor, adquiriente o distribuidor de contenidos.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura de los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos cinematográficos y series en el caso Cuatro

Hay que recordar que al ocuparnos de la definición del mercado de producto pertinente hablamos de que la DI había identificado los niveles de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales, por una parte, y que, por otra, los niveles, aguas abajo de los anteriores, de la edición, comercialización y distribución de canales ya editados serán estudiados al tratar del mercado de la edición y comercialización de canales. Así:

- ❖ Nivel de la producción. En el nivel de la producción, la DI no entendió necesario segmentar mercados diferentes en función de la naturaleza del contenido. Sin embargo,

aun entendiendo que había un solo mercado, sí diferenció entre: **(i)** producción de películas; **(ii)** producción de series; **(iii)** producción de otros programas de televisión; y **(iv)** producción de noticias. A nuestros efectos ahora, sobre todo los contenidos de los apartados **(i)** y **(ii)** serían relevantes.

Centrados, pues, en los contenidos cinematográficos y en las series, el nivel de producción podía cifrarse en la generación de la unidad productiva, que era la obra audiovisual cinematográfica o el capítulo o temporada de la serie.

Desde el punto de vista de la producción de programación para televisión (cualquier tipo de programas), la distinción entre producción propia y ajena no siempre resultaba nítida, pudiendo diferenciarse tres modalidades de actividad, a saber: **(1.ª)** la producción propia que existía cuando el editor del canal en abierto o de pago producía el contenido con sus propios medios (era la modalidad menos usada); **(2.ª)** la coproducción que se daba cuando el editor del canal externalizaba el todo o parte de la producción y producía el contenido en colaboración con terceros, haciéndose el mismo editor titular exclusivo o compartido de los derechos a título originario (era la modalidad más extendida y, normalmente, se hacía el editor titular exclusivo de los derechos); **(3.ª)** la producción ajena en la que el editor del canal competía con otros para hacerse con los derechos del contenido producido por el tercero (era la modalidad que se daba mayoritariamente en el caso de las películas). Sólo las dos últimas modalidades se considerarían relevantes a los efectos de la evaluación post-concentración de que nos ocuparemos más abajo, toda vez que, en el caso de la producción propia pura, no existía propiamente mercado.

- ❖ **Nivel de la comercialización.** Recordemos que, ya en este nivel de la comercialización, la autoridad de la competencia diferenció, además de otros mercados de contenidos ya mencionados, entre el mercado de derechos de retransmisión de películas y series de estreno, por una parte, y el mercado de derechos de retransmisión de películas y series de catálogo, por otra. En este nivel de la comercialización habría que empezar por diferenciar la *estructura de la oferta* de la de la *demanda*:

- ***Estructura de la oferta.*** Podía suceder que el productor se encargara también de la comercialización de la película o serie, con lo que llegaba a integrarse el nivel de la producción con el subsiguiente de la comercialización. Podía suceder, que esa integración vertical fuera incluso más allá, de modo que el productor de la película o serie fuera también el editor del canal a través del cual dicha película o serie fuera a emitirse. Finalmente, podía suceder que dicha integración vertical fuera incluso más allá de lo anterior, hasta el eslabón último de la cadena, en el caso de que el productor de la película o serie fuera también el gestor de la plataforma de TV que emitía el canal en el que las mismas se incluían.

Esa integración vertical era más normal que se diera en el caso de las series, donde se daba la producción propia y coproducción (ver más arriba), que en el de las películas, donde predominaba la producción ajena.

En estos mercados de derechos de retransmisión de películas y series, la oferta estaba constituida por los propietarios de los derechos, que podían diferenciarse en función del tipo del contenido y su atractivo para la demanda. La negociación por parte de los demandantes con las productoras difería según el tamaño de la

productora y del demandante, así como del tipo de contenido. Pero, en términos generales, se podía distinguir entre las **grandes productoras**, por un lado, y, por otro, las **productoras internacionales de menor tamaño y las productoras de contenido nacional**.

- **Grandes productoras.** Las productoras internacionales más importantes eran: *Walt Disney Company, Warner Bros Entertainment, NBC Universal, Sony Pictures, Fox Broadcasting Company, Viacom* (incluyendo *Paramount*) y *CBS Corporation*.

El proceso de compra de estos derechos comenzaba cuando estaba próximo a expirar el contrato en vigor del operador de televisión con la productora. Las grandes productoras propietarias de las películas y series ofrecían a los operadores de televisión la posibilidad de participar en una negociación, imponiendo un precio de partida, normalmente lo que la productora había recibido durante la vigencia del contrato en vigor, y la obligación de ofertar por la compra de todas las películas y/o series que fuera a comercializar durante la vigencia del nuevo contrato. Era lo que se conocía como *output deals*.

Los *output deals* eran contratos que implicaban la compra por anticipado en exclusiva de toda la producción audiovisual que realizase una productora durante un determinado número de años. En ellos se recogían clasificaciones de películas según el derecho licenciado y podían incluir una o varias ventanas de emisión, con exclusividades o no, que dependían del poder de negociación del demandante y la cantidad económica que estuviera dispuesto a pagar. Este plazo de vigencia del *output deal* era diferente del periodo durante el cual se podía emitir un contenido concreto y que se fijaba de forma separada en el contrato.

Las grandes productoras solían exigir la adquisición en un mismo paquete, junto con el producto atractivo que el operador deseara explotar, de contenidos o productos menos atractivos. En este sentido, las respuestas de las grandes productoras a los requerimientos de información ponían de relieve el elevado número de contratos que empaquetaban contenidos, principalmente series de estreno y catálogo con cine de estreno y catálogo.

En los *output deals* con los *majors*, salvo en el caso de ciertos contenidos, como por ejemplo el cine adulto en el que se fijaba un precio a tanto alzado, se imponía un sistema de mínimos garantizados que variaba en función del carácter cinematográfico o no del contenido y se hacía depender de diversos parámetros (universo de abonados de la plataforma de TV de pago adquiriente, compromiso mínimo de contrataciones sobre dicho universo de abonados, precio mínimo de liquidación, etc.).

- **Productoras internacionales de menor tamaño y las productoras de contenido nacional.** Las productoras internacionales más pequeñas y las productoras nacionales tenían menos poder negociador que los *majors*, ello en la medida en que su producto era generalmente menos atractivo en términos de audiencia. Había por lo tanto una mayor flexibilidad a la hora de negociar y

las condiciones podían ajustarse a las necesidades del operador de televisión, lo que se solía traducir en un modelo de ingresos y riesgos compartidos entre proveedor y cliente, frente al modelo de mínimos garantizados que imponían las grandes productoras.

Entre las productoras de contenido nacional podía además diferenciarse entre las que producían películas y las que producían series, pudiendo destacarse:

- Películas nacionales. En este ámbito cabía mencionar que *Telecinco* estaba presente como productora de películas, aunque esa presencia era reducida en España y marginal a nivel mundial. Lo que predominaba en el caso de las películas nacionales, al igual que en el de las internacionales, era, como hemos dicho, la producción por terceros o producción ajena pura.
- Series nacionales. La producción de series, como en general la de otros programas para TV (v. *infra* el mercado de la producción de programas para TV), la protagonizaban los productores independientes y las propias cadenas de televisión que realizaban esas series y programas bien para consumo propio, bien para terceros. Los mercados de producción de series, y también de otros programas para la televisión, se encontraban muy atomizados. Así, existía un elevado número de productoras de series y programas en España, incluyendo entre ellas, *Globomedia*, *Videomedia*, *Cuarzo Producciones*, *Boomerang TV*, *Bocaboca Producciones*, *Europroducciones*, *Mediapro*, *El Terrat* o el *Grupo Endemol*, al que pertenecían diversas productoras como *Diagonal Televisió*, *Linze Televisión*, *Zeppelin*, *Gestmusic*, *Zenit* y *Nadir*. Y se observaba también que muchas de esas productoras estaban vinculadas a un operador de televisión concreto.

Así, desde el punto de vista de la estructura de mercado era relevante señalar que algunas de las empresas involucradas en la operación *Telecinco/Cuatro* participaban bien directa, bien indirectamente, en productoras. Así: (i) el *Grupo Endemol España Holding*, al que pertenecían las seis productoras mencionadas en el párrafo anterior, era filial de las sociedades *Endemol International Booking* (74 %) y *Endemol Nederland Holding* (26 %); el grupo *Endemol* estaba, a su vez, participado por *Mediacinco* (33 %) en la que participaba *Telecinco* (75 %); (ii) *Telecinco*, además, participaba en otras dos productoras: *Producciones Mandarina* (42,13 %) y *La Fábrica de la Tele* (30 %), a través de su filial al 100 % *Atlas España*; (iii) *Plural Entertainment España, S.L.*, pertenecía al grupo *Prisa* a través de la *Sociedad Media Capital Produções, S.A.*

En general, los operadores de televisión, como *Telecinco* y *Cuatro*, realizaban esa producción de series, y también de programas, fundamentalmente para consumo propio. De hecho, sólo *Telecinco* producía programación (series y entretenimiento) para la comercialización a terceros (operadores de pago y en abierto, nacionales e internacionales). El desarrollo de la TDT, con la multiplicación del número de canales de televisión había reforzado el carácter de autoconsumo de la producción de

estas cadenas, ya que contaban con un mayor número de canales a los que debían dotar de contenidos para alimentar sus parrillas de programación.

Los medios de producción con los que contaban *Telecinco* y *Digital* + representaban, según *Telecinco*, menos del 5 % de la capacidad total de producción en España.

- **Estructura de la demanda.** En el nivel de la comercialización de películas y series, estos contenidos audiovisuales eran de vital importancia en los mercados de televisión, en la medida en que eran una de las principales fuentes de costes a la vez que una de las principales vías de diferenciación y captación de audiencia y abonados.

La estructura de la demanda se podía aprehender sobre la base de los siguientes cinco ejes: **(1) concurrencia por el lado de la demanda de editores de canales y de plataformas de TV; (2) concurrencia de plataformas de TV de pago y de TV en abierto; (3) adquisición para emisiones lineales y no lineales; (4) grado de exclusividad; (5) grado de inversión.** Así:

- **Concurrencia por el lado de la demanda de editores de canales y de plataformas de TV.** Podían demandar estos contenidos (películas y series) los editores de canales que luego los comercializaban a las plataformas de televisión y también las propias plataformas de televisión cuando éstas conformaban su parrilla.
- **Concurrencia de plataformas de TV de pago y de TV en abierto.** Las televisiones de pago necesitaban contenidos atractivos para diferenciarse de sus competidores, fidelizar a sus abonados y poder cobrar cuotas de abono más elevadas.

En términos generales, en la televisión de pago los derechos de emisión de contenidos audiovisuales se circunscribían al ámbito nacional o regional, que coincidía con el ámbito de cobertura de la plataforma de televisión de pago adquiriente de los contenidos. Tales derechos solían amparar la emisión del contenido únicamente para los abonados de dicha plataforma por un tiempo limitado, que oscilaba entre los 12 y los 18 meses como estándar temporal en el caso de los contenidos cinematográficos.

Por su parte, las televisiones en abierto estaban interesadas en contenidos que lograsen elevados niveles de audiencia, lo que les permitía ingresar más por la venta de sus espacios publicitarios. Por otra parte, estas televisiones en abierto requerían contenidos que fidelizasen a los telespectadores para estabilizar y garantizar sus niveles de audiencia. En la televisión en abierto los derechos de retransmisión se circunscribían al ámbito nacional, regional o local, en función de la cobertura del operador de televisión, por un tiempo limitado, que no solía superar los cinco años para los contenidos cinematográficos.

- **Adquisición para emisiones lineales y no lineales.** En las emisiones lineales lo emitido era un canal de TV generalista o temático a través de TV en abierto o de TV de pago.

Dentro de la emisión no lineal incluía la DI el PPV y el VOD en las que un concreto contenido era emitido a través de TV de pago. En el pago por visión (PPV) el contenido se contrataba individualmente por el espectador para verlo en un determinado momento de tiempo. En el video bajo demanda (VoD) y similares, el contenido se contrataba individualmente por el espectador para verlo en el momento que deseara durante un determinado periodo de tiempo.

Así pues, la adquisición de los derechos sobre los contenidos podía ser para emisiones lineales, caso en el que la adquisición podía protagonizarla el editor del canal o la plataforma de TV en abierto o de pago. También podía serlo para emisiones no lineales, caso en el cual el adquiriente tenía que ser a la fuerza una plataforma de TV de pago.

- **Grado de exclusividad.** Para hacer atractivos sus contenidos, las televisiones recurrían habitualmente a la exclusividad como fórmula de adquisición de los derechos de retransmisión de contenidos audiovisuales, instrumento que garantizaba a los emisores que sus competidores no podían disponer de los mismos. Aquí podía diferenciarse según que nos halláramos ante películas o series:
 - Películas. En el caso de las películas, las exclusividades por periodos temporales se producían en un marco de ventanas de emisión. Así, podían diferenciarse las siguientes: (1.ª) exhibición en salas de cine; (2.ª) alquiler y ventas en vídeo; (3.ª) emisión no lineal, en la que las películas llegaban a los consumidores de televisión de pago durante un período en el que se emitían en pago por visión y video bajo demanda (generalmente 3 meses); (4.ª) emisión lineal, en la que, posteriormente, las películas eran liberadas para su emisión lineal en la televisión de pago en primera ventana (generalmente por 6 meses) y en segunda ventana (los 6 meses siguientes); (5.ª) catálogo, donde, finalmente, las películas pasaban a formar parte de los repertorios de las distribuidoras, quedando disponibles para los editores de canales temáticos y plataformas de televisión en abierto, para su estreno y sucesivos pases en esta modalidad de catálogo.
 - Series. Por su parte, las series de televisión se comercializaban sobre la base de las siguientes ventanas: (1.ª) video bajo demanda, que estaba disponible en exclusiva para aquellas televisiones de pago que querían emitir episodios de estreno hasta una semana antes de su estreno en emisión lineal; (2.ª) *primera ventana de emisión*, que estaba disponible en exclusiva tanto para las televisiones de pago, como en abierto; (3.ª) *catálogo*, donde finalmente las series pasaban a formar parte del repertorio de las productoras para subsiguientes pases de emisión.
- **Grado de inversión.** *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* tenían una importancia limitada como oferentes de contenidos audiovisuales. Por el lado de la demanda, la presencia de *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* en estos mercados era, en cambio, más relevante.

Cabía señalar que tradicionalmente los contenidos más atractivos eran acaparados por las plataformas de televisión de pago, especialmente *Digital+*, para su emisión en PPV/VoD o en canales de televisión *Premium* editados por la propia plataforma. No obstante, con el desarrollo de la TDT y la fragmentación de la audiencia, las televisiones en abierto tenían mayores incentivos a competir estrechamente con las televisiones de pago por adquirir en exclusiva contenidos audiovisuales atractivos, entre los que se incluían las series, por su fuerte componente fidelizador, a pesar de que precisamente la fragmentación de las audiencias dificultaba su rentabilización.

Las estrategias de los distintos operadores a la hora de competir en sus respectivos mercados de televisión tenían su reflejo en el tipo de inversión que realizaban en los mercados de contenidos.

Así, como ya se dijo, la estrategia de *Digital+* de atraer a abonados dispuestos a pagar cuotas mucho mayores que las de sus competidores a cambio de contenidos exclusivos se reflejaba en el elevado gasto realizado en la adquisición de contenidos. En este sentido, coincidían todas las respuestas en señalar que *Digital+* contaba con un gran poder de compra y que acaparaba la mayoría de contenidos *Premium* con exclusividades y contratos tipo *output*, con escasa competencia por parte del resto de demandantes.

En cuanto a las televisiones en abierto, se observaba como éstas se encontraban en niveles de inversión muy alejados de *Digital +*. Era preciso destacar que la mayor parte de los pagos de *Cuatro* y *La Sexta* a terceros iban dirigidos a productoras de programas de televisión, mientras que en el caso de *Telecinco* y *Antena 3*, el nivel de gasto con terceros era mucho menor ya que muchos de sus programas eran de autoproducción.

Aquí, de nuevo, para exponer la situación podía diferenciarse entre películas y series:

- Películas. En relación con las películas podían, a su vez, establecerse diferencias en función de las diversas ventanas:
 - ♦ *Emisión no lineal*. En lo referente a los derechos de películas para su retransmisión en PPV/VoD, los eventuales conflictos desde la óptica de la competencia quedarían circunscritos *prima facie* a las plataformas de pago, *Telefónica* y *Digital+*, las cuales, al igual que el resto de las plataformas de pago, firmaban contratos, generalmente no exclusivos, por los que se adquirirían derechos de retransmisión de películas para esas ventanas, PPV y VoD, siendo así que el espectador podía acceder a la mayoría de esos contenidos a través de las distintas plataformas de televisión. Así, observaba *Telecinco* que los derechos de retransmisión de películas a través de VoD/PPV estaban disponibles, en términos generales, para varios operadores en términos no exclusivos.

A raíz de las respuestas a los requerimientos de información de la Dirección de Investigación, se había podido corroborar, sin embargo, que esa afirmación era cierta únicamente por lo que se refería a los

derechos de retransmisión de estrenos cinematográficos de las grandes productoras. En cambio, en relación con los derechos de retransmisión de los estrenos cinematográficos de cine español y de productoras internacionales más pequeñas, se había detectado que en muchos casos *Digital +* contaba con la exclusividad en esta vía o restringía su comercialización a terceros. En todo caso, las respuestas a los requerimientos de información habían evidenciado que en esos casos, *Digital+* generalmente había bloqueado el acceso a la ventana PPV/VoD a terceros operadores de televisión de pago.

- ♦ *Emisión lineal.* En los derechos para emisión lineal de películas, había que destacar que *Digital+* era el único operador de pago que adquiría derechos exclusivos en primera y segunda ventana de emisión, tanto de grandes productoras como de productoras internacionales más pequeñas y productoras españolas. Así, *Digital+* había cerrado *output deals* con la práctica totalidad de grandes estudios americanos, concretamente: *Warner, Universal, Viacom, Disney, Sony (Columbia)* y *Fox*. Del mismo modo, tenía firmados contratos exclusivos con la gran mayoría de productoras internacionales más pequeñas y productoras españolas.

Así, el resto de operadores de pago, incluida *Telefónica*, no retransmitían películas de estreno en su oferta de emisión lineal. Por otro lado, sólo en algunos casos puntuales televisiones en abierto adquirían la exclusividad de esta ventana. De esta presencia de las televisiones en abierto en dicha ventana de emisión lineal, cabía destacar a *Antena 3*, que había adquirido los derechos de la saga *Crepúsculo*. La misma *Antena 3* tenía firmado también un *volume deal* con *Disney* para la emisión de películas de estreno en televisión en abierto, que a partir de 2011 se hacía extensivo al 100 % de las películas de dicha productora.

También, en fechas recientes, *Telecinco* había formalizado un acuerdo para la emisión de las películas para televisión en abierto de *Disney*; así como *volume deals*, para la emisión en exclusiva en estreno en televisión en abierto de un número concreto de películas, con *Dreamworks* y *Spyglass*. Por su parte, *Cuatro* también adquiría cine de estreno para su emisión en abierto, si bien, dentro del mismo, sólo había llegado a emitir dos películas de grandes productoras o superproducciones en todo el año 2009. Finalmente, también *La Sexta* tenía firmado un *output deal* con *Warner*.

- ♦ *Catálogo.* En lo que concierne a la ventana de películas de catálogo, a la misma acudían como demandantes las televisiones en abierto y de pago y los editores de canales temáticos de televisión. Centrándonos en los derechos para el abierto, en esta ventana, frecuentemente, se otorgaban al adquiriente exclusivas temporales para la emisión en televisión en abierto en España. Es decir, estas exclusivas no solían otorgarse para todas las modalidades de emisión, sino simplemente para la modalidad de emisión en abierto del adquiriente. *Telecinco* había firmado un acuerdo para adquirir cine de catálogo de *Disney*.

- *Series*. Cabía destacar que en algunos ámbitos la inversión realizada por las televisiones en abierto era incluso superior a la de *Digital+*. Tal sucedía con las series de estreno en el caso de *Cuatro*, *Antena 3* y *La Sexta*. No obstante se observaba que *Sogecable* permanecía como un demandante fuerte. Refiriéndonos a las diversas ventanas (ver más arriba):
 - ♦ *VoD*. Las respuestas a los requerimientos de información de la Dirección de Investigación revelaban que el acceso a algunos de los contenidos producidos por los canales de televisión generalistas nacionales, *Telecinco* y *Antena 3*, era relevante para dotar de contenido a las plataformas de otros oferentes. En concreto, los oferentes de servicios finales de VoD señalaban que las series de éxito producidas por estas cadenas eran el producto más demandado en esa modalidad de difusión.
 - ♦ *Emisión lineal*. En este caso acudían como demandantes las plataformas de TV en abierto y de pago y las grandes productoras que editaban canales temáticos. En lo que respecta a las series retransmitidas en exclusiva por las televisiones en abierto, podía destacarse que en muchos casos estas mismas series eran retransmitidas simultáneamente o con una anticipación de unos días por canales temáticos editados por las grandes productoras, que se distribuían en las principales plataformas de televisión de pago de España.

En cuanto a las series de estreno, la mayoría llegaban a España después de haber obtenido importantes niveles de audiencia en Estados Unidos, si bien en los últimos años se observaba cómo las cadenas de televisión en abierto más nuevas, en un intento de diferenciarse y de fidelizar a la audiencia, estaban adquiriendo series de éxito para su retransmisión casi simultáneamente con su estreno en Estados Unidos.

En este último sentido, *Cuatro* había realizado una apuesta importante en la adquisición de series de estreno, donde tenía firmados contratos con las principales grandes productoras, entre otras con *Disney*, *NBC Universal*, *Buena Vista International* (subsidiaria de *Disney*) y *Warner Bros*. En el caso de *Digital+* los *output deals* anteriormente mencionados incluían derechos en exclusiva para la emisión de series de estreno. Ningún otro operador de pago participaba en ese momento en la adquisición exclusiva de series.

Telecinco tenía firmado un *volume deal* (contrato en exclusiva para la emisión de una cantidad concreta de contenidos) con *NBC Universal* para la retransmisión de series de éxito al año de dicha productora. En fechas recientes, *Telecinco* había firmado un acuerdo para la retransmisión de las series de *Disney* a partir de 2011. También había firmado un acuerdo con *CBS-Paramount* para retransmitir en exclusiva determinadas series de ese estudio. Asimismo, *Antena 3* tenía firmados contratos con *Hispano Fox Films* y con *Disney* para la emisión de series de estreno. Por su parte, *La Sexta* tenía firmado un *output deal* con *Warner*, en el que se incluían series.

- ♦ *Catálogo*. En lo que se refiere a la ventana de series de catálogo, como sucedía con las películas, a la misma acudían las televisiones en abierto, de pago y editores de canales temáticos de televisión. Valdría, en lo demás, con remitirse a lo dicho a propósito de las películas.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos cinematográficos y series en el caso Cuatro (remisión)

En lo que concierne a la evaluación post-concentración, ésta sería común para todos los mercados incluidos en los niveles citados de la producción y comercialización de contenidos audiovisuales, por lo que la reservaremos para cuando nos ocupemos de las conclusiones. No obstante, cabría destacar como aspectos más estrechamente relacionados con los contenidos cinematográficos y las series los que se pasan a detallar.

Hemos visto que *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* no solían ser oferentes significativos de estos derechos y que los riesgos se situaban en el refuerzo del poder de compra de la nueva *Telecinco* en los mercados de la comercialización de películas y series y en el de que la misma pudiera celebrar acuerdos cooperativos con alguna de las otras partes (*Digital+*, *Telefónica* y *Prisa*) con vistas a la adquisición de esos contenidos.

En este último supuesto podría llegar a ampliarse el abanico de canales de televisión en abierto y de clientes de pago con los que estos operadores podían rentabilizar la adquisición de contenidos para las distintas ventanas de explotación. En todo caso, la separación entre las distintas ventanas de emisión de televisión de pago y televisión en abierto se estaba difuminando en películas, como quedaba demostrado por la adquisición de importantes películas por cadenas como *La Sexta* o *Antena 3*, y era prácticamente inexistente en series.

Por otro lado, no era cierto que, como se había pretendido por las partes de la operación, los productores pusieran trabas a la compra conjunta, pues su interés era maximizar sus ingresos, como evidenciaba el hecho de que los *output deal* fueran la modalidad de contrato preferida por los grandes estudios. Cosa distinta podía ser que, por razones formales, resultara complicado incluir en un mismo contrato las ventanas de pago y en abierto, lo que no impedía en ningún caso que las negociaciones pudieran hacerse sobre la base de la contratación de ambas modalidades. Al respecto, se constataba que las productoras de cine y series ofrecían descuentos por contratación conjunta de derechos exclusivos de primera y segunda ventana de televisión de pago, y por contratación conjunta de películas de estreno con series de estreno y/o contenido de catálogo, entre otros.

La operación sólo fue autorizada después de que *Telecinco* asumiera compromisos para limitar su capacidad de compra de los contenidos audiovisuales más atractivos, entre los que se incluían los cinematográficos y las series, y hacer frente a los efectos que generaría la coordinación de comportamientos competitivos en la adquisición de contenidos audiovisuales fruto de los vínculos estructurales de *Telecinco* con *Prisa* y *Telefónica* en *Digital+*.

En síntesis fueron tales condiciones: (i) la limitación a tres años de los contratos de adquisición de contenidos en exclusiva de *Telecinco*, sin incluir derechos de adquisición

preferente o prórroga (de esta manera, se posibilitaba que los derechos exclusivos que hubiera adquirido o pudiera adquirir *Telecinco* sobre generadores de contenidos - productoras de películas y series - salieran de forma periódica al mercado); (ii) en el caso de las películas individuales, se establecía la posibilidad de que su explotación se desarrollase durante cinco años, teniendo en cuenta cuáles eran los usos habituales del mercado, y como mecanismo para evitar el acaparamiento del cine de catálogo; (iii) el compromiso de *Telecinco*, mientras fuera accionista de control de *Digital+* -aunque vimos que no llegó lo anterior a darse-, de no concluir para un mismo año contratos exclusivos de adquisición para televisión en abierto de la totalidad de la producción de películas cinematográficas y series de estreno, respectivamente, con más de tres de las siguientes productoras: *Paramount*, *Disney*, *CBS*, *Warner*, *Universal*, *Sony/Columbia* y *Fox*; (iv) además, mientras fuera accionista de control de *Digital+* con la misma salvedad comentada-, *Telecinco* se comprometía a no adquirir más del 60 % del volumen global anual de producción de estreno de todas las productoras anteriormente mencionadas en series y películas, respectivamente.

f) Barreras a la entrada en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago

Descartadas las barreras de entrada de tipo tecnológico, algún papel podrían jugar en este mercado que ahora nos ocupa, tanto del lado de la oferta como del de la demanda, las de carácter normativo o económico. Empezando por las de carácter normativo, del lado de la oferta de derechos sobre contenidos cinematográficos no parece que pueda hablarse de barreras de entrada en sentido estricto, aunque sí de restricciones normativas indirectas. Éstas derivarían del deber de difusión de obras europeas y de productores independientes con arreglo a la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual. Por otra parte, y ciñéndonos a la situación en España, la nueva Ley del Cine ha supuesto intensificar el control administrativo sobre los productores y distribuidores que deben inscribirse en un registro administrativo especial, además de potenciar las facultades administrativas de supervisión sobre el empaquetamiento de películas; sobre este último particular, observar que, en ocasiones, ese empaquetamiento puede ser la forma de rentabilizar las fortísimas inversiones exigidas para las grandes producciones.

Del lado de la demanda, mercado de compra de derechos sobre contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago, también esas restricciones normativas indirectas podrían desempeñar algún papel condicionando el acceso de los operadores de TV de pago a esos contenidos. Tal sucedería con los deberes de difusión de obras europeas o de productores independientes o los de inversión obligatoria en la financiación anticipada de obras nacionales o europeas e, incluso, los derechos de propiedad intelectual que protegen a los contenidos *Premium* cinematográficos. También vimos el caso concreto de la normativa española que, al ceñir la concesión de licencias de doblaje para obras no españolas a los distribuidores que también distribuyeran otras españolas, levantaba barreras a la entrada en el mercado español de obras extranjeras.

No obstante todo lo anterior, en este mercado, como en el caso del otro de contenidos *Premium*, el de los deportivos, las barreras de entrada de mayor significación son, sin dudar, las de carácter económico basadas en las cuantiosas inversiones exigidas para las grandes superproducciones (lado de la oferta) y los fortísimos desembolsos que los operadores de TV deben realizar para poder incluirlos en su parrilla de programación (lado de la demanda). Dotarían de una especial intensidad a estas barreras de entrada del lado de la

demanda, casi hasta el punto de erigirse en barreras de entrada independientes, los pactos de fuerte exclusividad y larga duración implícitos en los modos de comercialización a través de los *output deals*. En términos generales, todos estos obstáculos a la entrada en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, mercado ascendente con respecto al de la TV de pago, constituirían también impedimentos a la entrada en ese mismo mercado descendente de la TV de pago. El hecho de haberlos ya estudiado al tratar de las barreras económicas a la entrada en este último mercado nos dispensaría de hacer mayores consideraciones.

g) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para televisión de pago (remisión)

La similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados de contenidos para TV, llevará a que agrupemos todas esas conclusiones tras ocuparnos del último de ellos (producción de programas para TV).

5) EL MERCADO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE CANALES

a) Definición del mercado de producto pertinente de la comercialización de canales

Podríamos referirnos a los siguientes casos:

1. **Caso Vía Digital**. En el caso de la fusión de las plataformas digitales en España, el TDC dio a este mercado la consideración de afectado con respecto al relevante de la TV de pago, ajustándose, en este punto, a la propuesta de algún tercero (*Planeta 2010*).

Dejando aparte los contenidos *Premium*, un segundo factor determinante en punto a la captación de abonados y que confería a la TV de pago un valor de opción frente a la emitida en abierto venía a estar constituido por esta gama variada de canales temáticos que los operadores de TV producían por sí o adquirían de terceros (estas afirmaciones se encontrarían en la línea de las vertidas por la Comisión Europea en el asunto *TPS* y, más recientemente, en el asunto *Newscorp/Telepiù*; v, *infra*).

Esta opción nacía al calor de la digitalización que, merced al multiplexado o compresión de la señal, permitía los canales con múltiples programas. Dado que la comercialización de los canales temáticos tenía lugar conjuntamente o por paquetes, en el caso citado de la fusión digital en España, concluyó el TDC que unos no ofrecían un mayor valor frente a los otros y que no se hacía necesaria una mayor segmentación dentro de este mercado.

2. **Caso Cuatro**. En el caso *Cuatro*, vimos al ocuparnos de los mercados de la producción y comercialización de los contenidos audiovisuales, principalmente deportivos y cinematográficos, que aguas abajo de esos niveles situó la DI otros tres, a saber, el de la ***edición de canales de TV***, el de la ***comercialización de canales de TV*** y el de la ***distribución de canales de TV***. Así:
 - a. ***Nivel de edición de canales de televisión***. Una vez configurada la programación de un canal de televisión (edición), que por definición iba destinada a la emisión lineal, el editor de dicho canal tenía dos opciones, que no eran necesariamente excluyentes. La primera era emitir el canal en abierto, a través de la TDT, para que llegase al máximo número de espectadores. La otra era emitirlo dentro de una oferta de televisión de pago, que podía utilizar distintas tecnologías para difundirse: *ADSL* (*Imagenio*), cable (*ONO*), satélite (*Digital* + o *Canal* + *Liga*) o TDT de pago (por ejemplo, canal *Gol Televisión*).

En algunos casos el editor del canal de televisión podía ser parte de un grupo que tuviera una oferta propia de televisión de pago o que contara con licencias para emitir canales de televisión en abierto, por lo que el canal se emitiría a través de la propia oferta de televisión del mismo editor del canal, sin que ello impidiera que dicho canal también se pudiera retransmitir en ofertas de televisión de terceros (el mismo ejemplo de *Gol Televisión* que era vendido a terceros).

- b. ***Nivel de comercialización de canales de televisión.*** En los casos en los que el canal era emitido dentro de la oferta de televisión de un tercero, el editor del canal podía pagar por ser incluido en dicha oferta de televisión, actuando como demandante de servicios de plataforma de televisión; podía recibir unos ingresos, en cuyo caso actuaría como oferente en la comercialización de canales de televisión; o podía no existir contraprestación económica entre el editor del canal y la plataforma de televisión. Normalmente, se trataría más de canales temáticos que generalistas por la impronta de la digitalización y de la segmentación de audiencias. En un canal temático de fútbol, como era, por ejemplo, *Gol Televisión*, lo normal era la segunda de las opciones; o lo que es igual que el comercializador cobrara por la cesión del canal.

Tradicionalmente, las plataformas de televisión en abierto no estaban presentes en estos mercados, en la medida que el editor del canal que se difundía en televisión en abierto era el titular de la licencia para emitir en esta modalidad. No obstante, con la introducción de la TDT y la multiplicación del número de canales de televisión de los que disponía cada operador con licencia para emitir en televisión terrestre, se había dado la situación de que algunos operadores con licencia para emitir en televisión terrestre habían comenzado a difundir canales de televisión editados por terceros, distribuyendo dichos canales mediante la cesión de la capacidad de emisión del múltiple de TDT del que eran licenciatarios.

- c. ***Nivel de distribución de canales de televisión.*** Cuando el titular de una oferta de televisión en abierto o de pago contaba con los canales de televisión que iba a emitir, tenía que difundir dichos canales a los espectadores finales (distribución de canales de televisión). Para ello podía utilizar medios tecnológicos pertenecientes a su propio grupo empresarial (caso del cable o TV-IP), o podía contratar con terceros el transporte y difusión de esta señal de canales de televisión (como sucedía en la Televisión Digital Terrestre -TDT- y en el satélite). Además, en el caso de la televisión de pago, esto exigía también contar con un sistema de acceso condicional y descodificación, que permitiera el acceso a los canales de televisión de dicha oferta únicamente a los abonados a la misma.

Los mercados de edición, comercialización y distribución de canales de televisión estaban íntimamente relacionados, en la medida en que en ellos se producía la misma transacción económica, en la que, por un lado, el editor del canal de televisión otorgaba los derechos de difusión de su canal a la plataforma de televisión, mientras que, por otro, el operador de la plataforma de televisión aportaba una serie de servicios (o los subcontrataba con terceros) que permitían que el canal llegase a los espectadores con acceso a su plataforma de televisión.

Sin embargo, que estuviéramos en uno u otro mercado dependía de quién fuera el beneficiario de unos ingresos netos en el marco de esta transacción económica, lo que a su vez venía condicionado por cuál fuera la estrategia comercial del editor del canal de televisión y del operador de la plataforma de televisión.

En el mercado de edición y comercialización de canales de televisión, el oferente era el editor del canal y el demandante era la plataforma de televisión. En este mercado había un flujo de ingresos neto a favor del editor del canal de televisión, que cobraba un precio en función del número de abonados del canal, muchas veces con un mínimo

garantizado. En este caso, la plataforma de televisión estaba dispuesta a pagar por el canal como vía para obtener unos contenidos atractivos que sirvieran para atraer abonados a su plataforma de televisión. La plataforma de televisión, que en este supuesto siempre era de pago, recuperaba esta inversión a través de las cuotas de abono que pagaban sus abonados por ver dicho canal, ya fuera de forma individualizada o en el marco de un paquete ampliado que incluía diversos canales de televisión.

En cambio, en el mercado de distribución de canales de televisión, el flujo de ingresos neto de la transacción beneficiaba al operador de la plataforma de televisión. En este caso, el editor del canal de televisión solía financiar su actividad mediante ingresos de publicidad y patrocinio, o mediante la captación directa de abonados. Para ello, el editor del canal estaba dispuesto a pagar una cantidad al titular de la plataforma de televisión de pago o al licenciatario del múltiple de TDT, a fin de que utilizase parte de su capacidad de difusión de canales de televisión para emitir el canal del editor.

Existía el caso particular de los canales de televisión en abierto que se retransmitían en las plataformas de televisión de pago, pues tradicionalmente se había permitido la retransmisión de estos canales en las distintas plataformas de televisión de pago sin compensación monetaria alguna. Sin embargo, que no hubiera compensación monetaria alguna no significaba que no hubiera transacción económica, pues en estos casos tanto el editor del canal de televisión en abierto como la plataforma de televisión de pago obtenían un rendimiento económico derivado de la mayor difusión en el primer caso y de la mayor oferta de canales de televisión en el segundo. Por estas razones, los canales de televisión en abierto que se retransmitían en las plataformas de televisión de pago también formaban parte de estos mercados de edición, comercialización y distribución de canales de televisión, sin que afectase a las conclusiones del análisis determinar en cuál de ellos se producía el intercambio.

En general, en línea con lo señalado anteriormente, la DI no entendió necesario pronunciarse sobre donde estaba la separación exacta entre el mercado de edición y comercialización de canales de televisión por un lado, y el de distribución de canales de televisión por otro, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis.

Refiriéndonos a otros casos distintos de los dos anteriores, que serán en los que más nos centremos, observar lo siguiente. En el caso *Gol TV*, la DI había planteado la posibilidad de considerar como mercado afectado el mercado de la comercialización mayorista de canales de televisión a la vista de que *Mediapro* había comercializado parte de los derechos audiovisuales de Liga y Copa de SM el Rey a través de un canal temático, *Gol Televisión*, que, entre otros contenidos, emitía partidos de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol. Finalmente la propia DI desechó esta opción al considerar que no se trataba más que de una variante del mercado de reventa de derechos sobre los partidos.

El Consejo coincidió con este planteamiento al entender que el tenedor de los derechos podía optar por comercializar los mismos de manera individual o editarlos para comercializarlos de manera empaquetada, en forma de canal. De hecho, esa opción constituía uno de los rasgos distintivos y, hasta cierto punto, novedosos en el contexto español del sistema de reventa y explotación de los derechos audiovisuales de fútbol que en ese expediente se analizaba (ver más arriba el mercado de la reventa de contenidos deportivos).

De la misma manera que los derechos de los diferentes equipos de fútbol constituían productos diferenciados, también el canal de fútbol era un producto diferenciado de los derechos comercializados individualmente, pero no necesariamente por ello constituía un mercado definido. Los demandantes, de acuerdo con su modelo de negocio y posibilidades, podrían optar por adquirir contenidos individuales o productos empaquetados. Y esto último no iba en perjuicio de que las restricciones que se impusieran en la comercialización de estos derechos pudieran llevar a segmentar la demanda y de que tal segmentación pudiera resultar discriminatoria.

El mercado de la comercialización y explotación de cadenas temáticas fue también identificado por la Comisión en su decisión de 3 de marzo de 1999 (IV/36.237 *TPS*; Diario Oficial n° L 090 de 02/04/1999 p. 0006 - 0022), donde varias cadenas generalistas y el incumbente francés de telecomunicaciones creaban una empresa en participación para el lanzamiento de los servicios de TV de pago en Francia.

La Comisión identificó las cadenas temáticas como contenido indispensable para la constitución de ofertas de televisión de pago, remarcando que, aunque el cable o el satélite difundiesen también algunas cadenas generalistas, francesas o extranjeras, era lo cierto que estas últimas no constituían una categoría de programas específicos destinados a la televisión de pago por lo que no entraban dentro del mercado así identificado.

En este mercado existía una cierta competencia entre *TPS* y las cadenas generalistas que eran sus accionistas, en la medida en que todas ellas participaban en mayor o menor grado en cadenas temáticas. No obstante, por lo que respecta a la transmisión vía satélite, el riesgo de coordinación del comportamiento de todas esas cadenas generalistas quedaba de antemano excluido en virtud de la cláusula que concedía a *TPS* un derecho de tanteo y retracto sobre las cadenas temáticas de sus asociados. Esta cláusula, desde otra perspectiva, entrañaba una restricción del juego de la competencia dentro del mercado de las cadenas temáticas. Sin embargo, la Comisión terminó por conceder la exención individual en atención a la concurrencia de una serie de eficiencias (se trataba de una restricción que podía ayudar al lanzamiento de los servicios, entonces innovadores, de la TV de pago en Francia; *vid Supra* la definición del mercado de producto de la TV de pago).

En el Asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*, la Comisión entendió como mercado afectado el de la adquisición de canales genéricos y temáticos para TV de pago. La oferta la conformaban los proveedores que compraban acontecimientos aislados o contenido, en general de forma no exclusiva, y los reunían en paquetes para su reventa a las televisiones. Esta característica de la oferta, el tipo de contenido ofrecido y el precio, más bajo por hora comparado con el contenido exclusivo, significaba que los canales de televisión podían considerarse como un mercado de producto separado, distinguible de otros mercados de compra de contenido. La Comisión no consideró, sin embargo, necesario discernir si este mercado debía dividirse según el tipo de canal, genérico o temático (deportes, infantiles o noticias), puesto que la concentración crearía una situación de monopsonio independientemente de las definiciones alternativas de mercado de producto. Este riesgo de creación de situaciones de monopsonio era, como veremos, el mismo que se planteaba en el caso español de la integración de plataformas de TV.

Prescindiendo de casos concretos, la edición y comercialización de canales temáticos, al partir de la posibilidad de multiplexado o de creación de canales múltiples que ofrece la digitalización, se ha venido vinculando más al mercado de la TV de pago o encriptada que en

abierto. Esta situación, sin embargo, tiende progresivamente a cambiar con la definitiva implantación de la TDT que permite disfrutar en abierto de canales digitales. Por otro lado, veremos más abajo que la función de servicio público de la TV de titularidad del Estado, de carácter principalmente abierto, comprendería la edición y difusión de esta clase de canales.

Ciñéndonos a lo primero, la delimitación como mercado pertinente de producto del de la edición y comercialización de canales temáticos para TV de pago no tendría que plantear problemas desde el punto de vista de la prueba o test del monopolio hipotético, del lado de la demanda. Ante un IRSNTP aplicado por un monopolista hipotético oferente de esta clase de canales no cabría que un operador de TV de pago pudiera recurrir a la compra de contenidos audiovisuales que pudieran actuar como sus sustitutivos, pues cualquiera de ellos (contenidos *Premium* deportivos o cinematográficos u obras audiovisuales para TV) responderían, más bien, a una finalidad distinta y satisfacerían gustos también diferentes de los televidentes.

Del lado de la oferta, en cambio, la ausencia de sustituibilidad podría no ser tan clara. Las labores de edición de canales temáticos consisten, más bien y simplemente, en un “envasado” de contenidos digitalizados, razón por la cual no sería del todo descartable que, por ejemplo, una productora de obras audiovisuales (Vg., *Mediapro*) pudiera pasar, rápidamente y sin grandes obstáculos económicos o jurídicos, a desarrollar esas labores. A la inversa, resultaría, en cambio, poco concebible que un editor o comercializador de canales temáticos pasara, en el corto plazo y sin enfrentar esos obstáculos, a producir obras audiovisuales para TV y, menos aún, a ofrecer contenidos *Premium*. Así, podría hablarse de una sustituibilidad de la oferta cuando menos unidireccional o imperfecta.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la comercialización de canales

El mercado de los canales temáticos para TV de pago tenía, en el asunto de la fusión digital y según opinión del TDC, dimensión nacional pues la adquisición de los derechos tenía lugar sobre unas bases lingüísticas y para un determinado mercado nacional.

También en el informe de la DI en el caso *Cuatro* se subrayaba que “*los precedentes nacionales y comunitarios han considerado que los distintos mercados de producto definidos en el apartado anterior tienen una dimensión nacional, y ello, entre otras razones, debido al hecho de que la estrategia competitiva de los operadores debe tener en cuenta factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias*” (considerando 176), si bien “*en todo caso, a los efectos del presente expediente, sólo es relevante examinar los efectos de la operación de concentración Telecinco/Cuatro en estos mercados a nivel nacional, dado que éste es el ámbito de actuación de las partes*” (considerando 176).

Aún cuando no sea uno de los asuntos estudiados, en idéntico sentido, la Comisión en el asunto *NewsCorp/Telepiù* (considerando 77): “*En términos de alcance geográfico, la compra de estos canales está determinada sobre todo por las bases culturales y sociológicas del país en que opera la plataforma de televisión de pago y en cualquier caso parece estar fuertemente influenciado y ligado por cada territorio nacional. Por lo tanto cualquier posible mercado alternativo de producto tendría necesariamente una dimensión nacional, que se confirma en el caso de Italia: canales temáticos específicos en italiano adaptados a las preferencias italianas han sido creados por los proveedores y la distribución tiene lugar a nivel nacional*”.

Estas afirmaciones cabría reforzarlas aplicando los criterios de la sustitución de la oferta y de la demanda. Un operador de TV de pago español, ante un incremento del 5 % de los precios aplicados por un monopolista hipotético oferente de canales temáticos, difícilmente podría acudir a los suministrados por otro francés, pues los canales se empaquetan sobre la base de criterios lingüísticos y preferencias nacionales. Tampoco desde el punto de vista de la sustitución de la oferta, cabría imaginar que un oferente francés pasara, rápidamente y sin grandes obstáculos, a ofertar canales temáticos adaptados a los gustos o a la idiosincrasia del público español.

c) Entorno normativo del mercado de la comercialización de canales

i) Europeo

Un repaso de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de Servicios de comunicación audiovisual; DO L 95 de 15.4.2010, p. 1/24) permite concluir la inexistencia, dentro de su contenido, de precepto alguno centrado en la edición y comercialización de canales temáticos para TV de pago. Y lo mismo cabría decir con respecto a las directivas que conforman el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. Tan sólo en la Directiva 2002/22/CE de Servicio universal se encuentra alguna mención a *“los servicios que ofrecen contenidos como la oferta de venta de paquetes de contenidos de radiodifusión televisiva”* dentro de la que tendría cabida la edición y comercialización de canales temáticos.

Esta última Directiva, en su Art. 31, contempla las que denomina obligaciones de transmisión y que suponen que cada Estado miembro, por razones de interés general, pueda imponer a los operadores de redes de difusión de TV por cable, por satélite o por ondas la transmisión de ciertos canales o servicios. Estas obligaciones y cualesquiera otras de servicio universal no serán, sin embargo, de aplicación a los proveedores de los servicios referidos en el párrafo anterior que, como se destaca en su Preámbulo, *“no están cubiertos por el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas”*. Si bien, se encarga al legislador europeo de dejar a salvo las medidas que puedan adoptarse por el estatal.

A propósito de las obligaciones de *carrier* impuestas en el Art. 31 de la Directiva de Servicio Universal, aún cuando no se refiera específicamente a la comercialización de canales temáticos, resulta interesante la sentencia de 3 marzo 2011 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso Comisión Europea contra Bélgica; JUR 2011\60355), donde la Comisión denunciaba al Reino de Bélgica por una inadecuada transposición del Art. 31 de la Directiva por parte del artículo 13 de la *loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activité de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale* (Ley de 30 de marzo de 1995 sobre las redes de distribución de emisiones de radiodifusión y el ejercicio de las actividades de radiodifusión en la región bilingüe de Bruselas-Capital) (*Moniteur belge* de 22 de febrero de 1996, p. 3797), en su versión modificada por la Ley de 16 de marzo de 2007 (*Moniteur belge* de 5 de abril de 2007, p. 19229). Aunque la imposición de las obligaciones de *carrier* era

potestativa para el Estado miembro, una vez realizada, debía respetar los principios comunitarios. En definitiva, los aspectos a destacar eran los siguientes:

- 1.º **Justificación de la restricción a la libre prestación de servicios.** La designación de determinadas cadenas de televisión como objeto de una obligación de transmisión, en virtud del artículo 13 de la Ley de 30 de marzo de 1995, constituía una restricción de la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 56 TFUE, tal como ya había declarado el Tribunal de Justicia respecto de la designación mediante Decreto ministerial de las cadenas de determinados organismos de radiodifusión privados con arreglo a la versión inicial de dicha disposición nacional, en los apartados 28 a 38 de la sentencia de 13 de diciembre de 2007 (TJCE 2007, 365) *United Pan-Europe Communications Belgium* y otros (C-250/06, Rec. p. I-11135).

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, semejante restricción a una libertad fundamental garantizada por el TFUE (RCL 2009, 2300) podía hallarse justificada cuando respondiera a razones imperiosas de interés general. El objetivo perseguido, identificado en el artículo 13 de la Ley de 30 de marzo de 1995, consistía en garantizar el pluralismo y la diversidad cultural. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una política cultural podía constituir una razón imperativa de interés general que justificase una restricción a la libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia *United Pan-Europe Communications Belgium* y otros [TJCE 2007, 365], antes citada, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

- 2.º **Proporcionalidad.** En cuanto al requisito de proporcionalidad, el Tribunal de Justicia había declarado que las exigencias derivadas de las medidas destinadas a poner en práctica tal política no debían resultar en ningún caso desproporcionadas con relación al citado objetivo (este requisito de la proporcionalidad en relación con las obligaciones de *carrier* previstas en el Art. 31 se reiteraban en el considerando 43.º de la Directiva de Servicio Universal y apartado 39 de la Sentencia *Pan Europe* citada). Ello se traducía en el carácter determinado de los canales de radio y televisión que podían ser objeto de la obligación de transmisión, y el Tribunal de Justicia ya había declarado que del tenor de dicha disposición se derivaba que los Estados miembros estaban obligados a determinar los canales a los que se concediera el estatuto de sujetos a dicha obligación (sentencia *Kabel Deutschland Vertrieb und Service* [TJCE 2008, 344], antes citada, apartado 24).

Además, el Tribunal de Justicia había declarado que dicho estatuto no se podía conceder automáticamente a todas las cadenas de televisión difundidas a través de un mismo organismo privado de radiodifusión, sino que debía quedar estrictamente limitado a aquellas en las que el contenido global de sus programas permitiera alcanzar el objetivo de interés general perseguido (véanse las sentencias antes citadas *United Pan-Europe Communications Belgium* y otros [TJCE 2007, 365], apartado 47, y *Kabel Deutschland Vertrieb und Service* [TJCE 2008, 344], apartado 42). Con arreglo al tenor literal del artículo 13 párrafo primero guión segundo de la Ley de 30 de marzo de 1995, era posible que mediante Real Decreto se designase, como sujetos a la obligación de transmisión, a organismos de radiodifusión que no fueran públicos dependientes de las Comunidades francesa y flamenca, de manera que todos los programas emitidos por dichos organismos de radiodifusión se sometían automáticamente a dicha obligación, independientemente del contenido global de tales programas y de su capacidad para

lograr los objetivos legítimos de interés general perseguidos por la normativa nacional controvertida. Por ello no se cumplía el requisito de la proporcionalidad.

- 3.º **Transparencia.** Tampoco se cumplía el criterio de transparencia. La Comisión reprochaba al Reino de Bélgica que el procedimiento de concesión del estatuto de sujeción a la obligación de transmisión establecido en el artículo 13, párrafo primero, segundo guión, de la Ley de 30 de marzo de 1995 no satisfacía el principio de transparencia establecido en el artículo 31, apartado 1, de la Directiva servicio universal, habida cuenta de la inexistencia de criterios utilizados para la concesión de dicho estatuto y del hecho de que no se especificaran las cadenas de televisión que quedaban sujetos a él. En estas circunstancias, los criterios que habían de concurrir para la concesión del estatuto de sujeto a la obligación de transmisión no eran conocidos por los organismos de radiodifusión que no siendo públicos podían ser sometidos a las obligaciones de transmisión. En consecuencia, no se cumplía el principio de transparencia, en el sentido del artículo 31, apartado 1, de la Directiva servicio universal.
- 4.º **Discriminación.** Los criterios que servían de fundamento a la concesión del estatuto de sujeto a la obligación de transmisión no debían ser discriminatorios. En particular, la concesión del citado estatuto no podía estar supeditada, ni de Derecho ni de hecho, a una exigencia de establecimiento en el territorio nacional (sentencia *United Pan-Europe Communications Belgium* y otros [TJCE 2007, 365], antes citada, apartado 48). A este respecto, tal como señalaba la Comisión, sin haber sido desmentida al respecto por el Reino de Bélgica, la exigencia resultante del artículo 13, párrafo primero, segundo guión, de la Ley de 30 de marzo de 1995, según la cual los organismos de radiodifusión que no fueran públicos debían depender de las Comunidades belgas, no permitía afirmar que la concesión del estatuto de sujeto a la obligación de transmisión no estaba supeditada, de Derecho o de hecho, a que dichos organismos de radiodifusión estuvieran establecidos en Bélgica.
- 5.º **Inadecuada transposición de la Directiva de Servicio Universal.** Otro motivo de la Comisión se refería a la falta de respeto del ámbito de aplicación del artículo 31 de la Directiva servicio universal debido a que el artículo 13 de la Ley de 30 de marzo de 1995 no limitaba la obligación de transmisión a los operadores de las redes de comunicaciones electrónicas a los que se hubiese abonado un número significativo de usuarios finales. En estas circunstancias, procedía señalar que el artículo 13, párrafo cuarto, letra b), de la Ley de 30 de marzo de 1995 no transponía correctamente el requisito establecido en el artículo 31, apartado 1, de la Directiva servicio universal.
- 6.º **Conclusión.** En consecuencia, de las anteriores consideraciones resultaba que el Reino de Bélgica había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones de la Directiva servicio universal y del artículo 56 TFUE al no transponer correctamente el artículo 31 de la Directiva servicio universal.

ii) Nacional

(1) Ley General de Comunicación audiovisual y borrador de Anteproyecto

De la puesta en relación del texto vigente de la LGCA con el del Anteproyecto resultaría que éste contenía una regulación específica de la actividad de edición de canales que no se conserva en la LGCA.

De ese borrador de anteproyecto de Ley General Audiovisual interesaría la definición que de canal de TV se contenía en el mismo, del que los temáticos no dejaban de ser una variante. Así, se definía como canal de TV *“cada conjunto secuencial de contenidos audiovisuales puesto a disposición del público de forma independiente, bajo la responsabilidad de una misma persona física o jurídica y dotada de identidad e imagen propias”*.

En el Art. 2.8 de la LGCA se define el Canal como un *“conjunto de programas de televisión o de radio organizados dentro de un horario de programación que no puede ser alterado por el público”*. Por otra parte, teniendo en cuenta que la opción de la edición y comercialización de los canales surge como consecuencia de las posibilidades que ofrece el multiplexado, podría también revestir interés la definición de Canal Múltiple o Múltiplex (MUX) incluida en el Art. 2.7 de la LGCA: *“señal compuesta para transmitir un canal o frecuencia radioeléctrica y que, al utilizar la tecnología digital, permite la incorporación de las señales correspondientes a varios canales de televisión y radio y de las señales correspondientes a varios servicios asociados y a servicios de comunicaciones electrónicas”*.

Aparte, la edición de un canal de televisión se definía en el Art. 3 del Borrador como el conjunto de operaciones por las que una persona física o jurídica gestionaba y organizaba secuencialmente diversos contenidos audiovisuales, cuyos derechos de comunicación pública poseía, para configurar un canal. Esta actividad se diferenciaba de la de difusión que era el acto de comunicación pública por el cual los contenidos de un canal se ponían a disposición del público a través de su conversión en señales electromagnéticas de carácter no permanente y transmitidas en un proceso continuo por cualquier medio. La difusión así definida podía comprender la distribución de un único canal o de varios simultáneamente, caso este último en el que había que hablar de servicio de difusión multicanal.

En la LGCA no se incluye como actividad independiente la de la edición de canales. Por otro lado, se incluye la definición de los servicios de comunicación audiovisual como *“aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales”* y, como modalidad del servicio de comunicación audiovisual, el servicio de comunicación audiovisual televisiva, *“que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación”*.

En el Anteproyecto el sujeto al que se asociaba la actividad de edición de un canal era el denominado titular de un canal, a saber, la persona física o jurídica que asumía la responsabilidad de la edición del mismo canal y de los contenidos incluidos en el mismo. Por su parte, la de difusión se desarrollaba por el prestador del servicio de difusión que era la persona natural o moral sobre la que recaía la responsabilidad derivada de la comunicación pública de una oferta de contenidos audiovisuales consistentes en uno o varios canales de TV

utilizando, para ello, sus propias redes y servicios de comunicaciones electrónicas o los contratados de terceros. Las condiciones de titular de un canal y de prestador del servicio de difusión podían recaer o no en una misma persona según que ésta realizara ambas actividades, edición y comunicación pública, o sólo alguna de ellas.

Ahora en la LGCA se suprime la categoría independiente del titular del canal y la figura del prestador del servicio de difusión es sustituida por la del prestador del servicio de comunicación audiovisual, que pasa a ser definido como *“la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas”* (incluyendo al arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual).

Se incluye en la LGCA, asimismo, la noción de responsabilidad editorial entendida como *“el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados”*.

Esta noción de responsabilidad editorial no deja de ser la contrapartida de la libertad editorial que consagra el Art. 10 de la LGCA que trata de la libre prestación del servicio de comunicación audiovisual y, de acuerdo con el cual, *“los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a fijar la dirección editorial mediante la selección de los contenidos y la determinación de los horarios”*.

A partir de aquí ya sólo cabría hacer referencia a la regulación contenida en el Anteproyecto sobre la edición de canales que no tendría ya ningún reflejo en la LGCA.

En el Anteproyecto, la actividad de edición de canales, se realizase o no conjuntamente con la de difusión, exigía ex Art. 5 la notificación a la Administración competente con carácter previo al inicio de la actividad.

El Art. 8, que enumeraba obligaciones impuestas *ex lege* a los prestadores de los servicios de difusión, incluía las de notificar a la Administración cualquier modificación de su oferta de canales y la de incluir sólo aquellos canales cuyos titulares hubieran realizado la notificación citada. Este mismo artículo contemplaba también ciertas medidas dirigidas a la protección de la juventud y la infancia como las que consistían en ofrecer los canales para adultos de forma independiente y encriptada y en permitir al usuario bloquear el acceso a un determinado canal. Por último, de dicho artículo destacar el deber del prestador del servicio de difusión de conservar el contenido de los canales difundidos durante los seis meses posteriores a su emisión a fin de posibilitar las tareas de inspección de la Administración.

La regla antes mencionada consistente en la notificación a la Administración previa al inicio de la actividad de edición de canales se limitaba al caso de que los correspondientes titulares se encontrasen establecidos en España (Art. 20). Estos mismos titulares, por mandato del Art. 24, habían de atemperar el contenido de sus canales a los principios y valores constitucionales.

En cuanto a los titulares de canales establecidos o bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Espacio económico europeo o que fuera parte del Convenio europeo de TV

transfronteriza, el Art. 26 garantizaba la libre difusión en España de sus canales con la condición de que no interfirieran técnicamente en las emisiones que realizasen los servicios de difusión españoles ni vulnerasen normas del ordenamiento jurídico español en materias distintas a las armonizadas con arreglo a la Directiva de TV sin fronteras (léase de Servicios de comunicación audiovisual).

De otra parte, la regla antes expuesta de la responsabilidad del titular del canal respecto a la edición del mismo canal y a sus contenidos cesaba, para recaer dicha responsabilidad sobre el prestador del servicio de difusión establecido en España, cuando nos encontrásemos ante la difusión primaria de un canal de TV cuyo titular no estuviera establecido en España, ni en ninguno de los estados integrados en el Espacio económico europeo o que fueran parte del Convenio europeo de TV transfronteriza (Art. 27).

Dentro del Capítulo III del Título IV del Borrador, que llevaba la rúbrica de “*Salvaguarda del pluralismo en los servicios de difusión en general*”, se encontraban una serie de medidas de importante incidencia sobre el contenido de los canales. Entre tales medidas podrían citarse, por ejemplo:

- la posibilidad de que la autoridad competente impusiera al titular de un servicio de difusión multicanal, cuya audiencia representase más del 30 % de la población residente en su ámbito de cobertura, obligaciones como, por ejemplo, la difusión de canales de titulares independientes (Art. 55);
- la obligación legal de que los servicios de difusión con más de 20 canales en su oferta garantizaran que, al menos, el 30 % de los difundidos en una lengua española correspondieran, asimismo, a titulares de canales independientes (Art. 56);
- la obligación de que esos mismos servicios de difusión incluyeran dentro de esa misma oferta los canales generalistas en abierto del Servicio Público Estatal de Radio y Televisión (Art. 57.1);
- la obligación de que los prestadores de servicios de difusión cuya oferta incluyera más de 40 canales incorporasen a la misma ciertos canales generalistas en abierto cuando por razones técnicas u orográficas no fuera posible su recepción en condiciones de calidad aceptables por otros medios (Art. 57.4).

Por último y para terminar con el borrador, reiterar el contenido del importante Art. 65 conforme al cual la autoridad audiovisual competente ya estatal, ya autonómica podía velar por que el mantenimiento de la libre competencia en el sector de la TV no se viera adulterada por acuerdos colusorios o abusos de posición dominante, en particular por las cláusulas sobre larga duración y exclusividad inscritas en los acuerdos entre titulares de canales y proveedores de contenidos o entre los primeros y los prestadores de servicios de difusión. Esta previsión suponía en realidad, según se desprende de otros pasajes de la tesis, una intromisión de la autoridad audiovisual en las prerrogativas de la autoridad de la competencia.

(2) Otras referencias normativas

De la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y televisión de titularidad estatal, cabría destacar su Art. 2 conforme al cual la función de servicio público de televisión del Estado comprendería la edición y difusión de canales generalistas y temáticos, en abierto o codificados, en el ámbito nacional e internacional. En parecidos términos, el Art. 40 de la LGCA sienta que *“el servicio público de comunicación audiovisual tiene por objeto la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y servicios de información en línea con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros, destinadas a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad y a preservar el pluralismo en los medios de comunicación”*.

Antes de ser derogada por la LGCA, cabía también mencionar la Disposición adicional quinta de la Ley 25/1994 de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva de televisión sin fronteras (hoy Directiva de Servicios de comunicación audiovisual), a tenor de la cual todos los operadores con título habilitante para la prestación del servicio de difusión de TV debían informar sobre las características de cada canal que ofrecieran identificando si dichos canales eran propios o les habían sido suministrados por un tercero y, en este caso, el responsable editorial de los mismos.

Dicho deber de información se extendía también a precisar si se trataba de la retransmisión de un canal cuya emisión primaria se estaba realizando por otra vía y a indicar, en este último caso, si el responsable editorial del mismo se encontraba o no bajo la jurisdicción de un Estado miembro de la Unión Europea. La finalidad de esta obligación era la de permitir el control por la autoridad administrativa correspondiente del cumplimiento de las obligaciones relativas a la dedicación de parte del tiempo de emisión a las obras audiovisuales europeas y de productores independientes.

Fuera del borrador de Ley General audiovisual y de la propia Ley, y entre la normativa en vigor, es complicado dar con una regulación más o menos coherente de la edición de canales (ya generalistas ya temáticos) para TV (ya de pago ya en abierto). Y así, todo lo que se encuentran son menciones dispersas como las de los Arts. 10 y 11 del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

Con arreglo al primero de los preceptos, los titulares de la autorización para la prestación del servicio de difusión de TV por cable serán responsables directos del contenido de los canales cuya responsabilidad editorial asuman y subsidiarios cuando actúen como meros difusores de canales de la titularidad de terceros. De acuerdo con el citado en segundo lugar, recaerán sobre los mismos ciertas obligaciones como la de que los canales que difundan cuyos titulares estén establecidos fuera de la UE o en un Estado que no sea parte del Convenio europeo sobre televisión transfronteriza se ajusten a los principios y valores de este último convenio.

También dentro de una norma centrada más en el segmento de la transmisión o de las comunicaciones electrónicas como es el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, se

encuentra alguna referencia de interés con respecto al mercado de los canales, pese a ser éste un mercado más cercano al ámbito de los contenidos.

Así, el Art. 56, bajo la rúbrica de “Obligaciones de servicio público en materia de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radiodifusión y televisión”, contempla como obligaciones de servicio público las impuestas a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas en cuanto al cumplimiento de las exigencias de transmisión de determinados canales y servicios de programas de televisión de cobertura y calidad establecidas de conformidad con el propio Art. 56.

d) El mercado de la comercialización de canales en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión)

Probablemente, sea esta de las pocas resoluciones, de una autoridad de la competencia en la que ha llegado a acotarse como concreto mercado de producto éste de que ahora nos ocupamos. Lo anterior, en parte, por la política seguida por la DG 4 de la Comisión en cuanto a no precisar hasta el máximo el mercado de producto cuando ello no es necesario por no existir riesgo de restricción de la competencia aun en la hipótesis de la definición más estrecha del mercado de producto. El mercado de la edición y comercialización de canales temáticos era uno de los mercados que el TDC consideró como “afectados” por la operación, es decir, mercados que por estar dotados de sustantividad propia no llegaban a ser absorbidos por el relevante de la TV de pago, como sucedía, p.e., con el mercado de los servicios administrativos, técnicos y comerciales para TV de pago. En todo lo demás concerniente a la identificación de las partes implicadas y a la descripción general de la operación propuesta, valdría con remitirse a lo dicho al tratar del mercado de la TV de pago: se trataba de la integración de la plataforma de TV de pago controlada por *Telefónica, Vía Digital*, en la plataforma de TV de pago controlada por *Sogecable*.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la comercialización de canales en el caso Vía Digital

La oferta en este mercado estaba compuesta por los editores y productores de canales cuya actividad consistía en la selección y adquisición de programas para producir canales de TV.

El abanico de empresas dedicadas a esta actividad era bastante amplio – en 2001 hasta 30 compañías distintas produjeron 80 canales temáticos diferentes -, no obstante, a los efectos de evaluar el impacto de la operación notificada, el TDC vino a dividir las en tres grandes grupos: (i) el constituido por las partes implicadas en el proyecto de concentración (*Sogecable*, primer productor español con un 20 % de la cuota de este mercado; *Vía Digital*, con un 9 % para autoconsumo; y, además, otras empresas del grupo *Telefónica*); (ii) el integrado por los grandes estudios norteamericanos (con una cuota de mercado de alrededor del 16 %); y (iii) el formado por el resto de los editores y productores tanto españoles, como extranjeros.

La demanda en este mercado estaba formada por todas las cadenas de TV de pago interesadas en la adquisición de canales temáticos sin especialización por géneros. Los canales producidos por *Sogecable*, aparte de ser distribuidos a través de su propia plataforma, se vendían a cableoperadoras, y los procedentes de los grandes estudios eran también distribuidos en régimen de no exclusividad a todos los operadores de TV de pago en general. Aparte, el TDC consignó en su informe el dato de la existencia de un acuerdo de suministro de larga duración vigente entre *Vía Digital* y *Media Park*.

Por tanto, del lado de la oferta, *Sogecable* editaba varios canales temáticos no sólo para consumo propio, sino también para su comercialización, *Vía Digital* sólo canales para autoconsumo, con la excepción de *Gran Vía* que sí se vendía a terceros, y también otras compañías del grupo *Telefónica* aparecían como productoras de esta clase de canales que eran después distribuidos a otras empresas. Desde el punto de vista de la demanda, tanto *Sogecable* como *Vía Digital* adquirían canales de terceros para su distribución ulterior.

En el ámbito en que nos movemos, el mercado español presentaba frente a otros una marcada especialidad en lo referido a la importancia de los ingresos por publicidad para la producción de canales temáticos. Así, en tanto que en Estados Unidos los ingresos por inserción de publicidad en esta clase de canales llegaban a sufragar un 100 % de los costes de producción y en el Reino Unido alrededor de un 50 %, en nuestro país dicho porcentaje apenas si alcanzaba el 1 % y la causa era la de que el número de abonados a TV de pago no era bastante como para explotar dicha fuente de ingresos.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la comercialización de canales en el caso Vía Digital

(1) Consideraciones generales sobre el juego de la competencia

Por lo que hace al mercado de la edición y comercialización de canales temáticos, el primer efecto de la concentración era el de una drástica reducción de la demanda de esta clase de canales que venían estando duplicados en cuanto al género en ambas plataformas al actuar unos como espejo de los otros.

Las restricciones al juego de la competencia derivaban, también en este caso, del hecho de que los *outputs deals* suscritos con los grandes estudios comprendieran asimismo la edición y comercialización de esta clase de canales. A lo anterior había que añadir el hecho de que *Sogecable* estuviera presente en este mercado no sólo del lado de la demanda, sino también del de la oferta mediante sus propias productoras y distribuidoras o a través de acuerdos con terceros. La suma de los procedentes de los grandes estudios y de los producidos o distribuidos por *Sogecable* directa o mediatemente arrojaba la cifra de 30 canales de los 45-50 que componían la parrilla de programación de *Canal Satélite Digital*. Los otros 15-20 eran de producción independiente internacional y en algunos casos distribuidos de forma gratuita.

De la situación así descrita se seguirían limitaciones estructurales al juego de la competencia: tras de la contracción de la demanda iría la de la oferta, controlada además, mediata o inmediatamente, por la nueva plataforma, erigida en la posición de portero para las

restantes cadenas de pago que dependerían de ella para ofrecer una programación variada y atractiva.

Clarificadora fue la exposición de *Planeta 2010* realizada en el expediente. Era ésta una entidad perteneciente a la nueva división de negocios de *Grupo Planeta* y dedicada a la producción, empaquetado y comercialización de canales temáticos (*Beca TV* y *Geoplaneta TV*) a través de las dos plataformas de difusión multicanal existentes en el mercado español cuya fusión se pretendía. Dicha entidad proponía diferenciar en el campo de los canales temáticos: canales internacionales, canales nacionales vinculados a las plataformas de TV de pago y canales editados por empresas independientes nacionales. Lo anterior era así porque los efectos de la operación variarían según fueran referidos a una u otra clase de las enumeradas. Los internacionales quedaban vinculados a los *output deals* suscritos con los *majors*, por lo que en nada resultarían afectados por la operación. Lo mismo cabría decir en cuanto a la categoría de los ligados a las plataformas de TV de pago. Es decir, en los dos anteriores casos la operación tendría un alcance meramente cuantitativo de reducción de dos a uno el número de clientes, pero manteniéndose prácticamente intacto el número de abonados a TV de pago demandantes de esos canales.

Muy otro sería el caso de los canales nacionales procedentes de editoras independientes que tenían en *Vía Digital* su primer cliente (*Canal Satélite Digital* no adquiriría ninguno). Desde la perspectiva de la demanda de canales temáticos, habría un paso de una situación de oligopolio en el mercado descendente de la TV de pago – *Canal Satélite Digital*, *Vía Digital* y cableoperadores - a otra de duopolio, con *Vía Digital* ya fuera de juego merced a su integración en la otra plataforma, y con un claro desequilibrio entre *Canal Satélite Digital* y las operadoras de cable, constatado que éstas quedarían con una cuota de mercado muy inferior a la de aquélla y rayana en los dos millones de abonados, cifra considerada como umbral para la producción de canales temáticos de calidad.

Contrastando con estas manifestaciones, la compañía notificante *Sogecable* insistió en la multitud de ofertas procedentes de ella misma, de los propios *majors*, de los productores en abierto y de los independientes, ofertas todas ellas de las que podrían aprovecharse las cableoperadoras. También recalcó que *Vía Digital* no ofrecía esta clase de canales a terceros razón por la que la concentración no llevaría aparejada la consecuencia de la adición de cuotas de mercado.

Desde la perspectiva de la demanda, *Sogecable* apuntó que el suministro de canales temáticos contaría con salidas en el mercado diferentes a las proporcionadas por las dos grandes plataformas digitales, que existía un mandato jurídico – el dimanante de la Ley 17/1997, de 3 de mayo (hoy derogada), que tanto *Canal Satélite Digital* como *Vía Digital* habían venido cumpliendo a rajatabla – por fuerza del que un 40 % de la capacidad de los operadores había de reservarse a programadores independientes, que la necesidad de neutralizar las ventajas competitivas inherentes a la oferta integrada de servicios por parte de las cableoperadoras forzaría a ambas plataformas digitales de TV por satélite a suministrar una variada gama de canales lo que no podrían hacer valiéndose, exclusivamente, de sus propios productos y, finalmente, que lo ventajoso de su propia posición en el ámbito de los contenidos quedaría a un punto de invertirse una vez los cableoperadores tomaran la decisión de entrar en la puja por dichos contenidos.

Tras el caso *Vía Digital*, las editoras de canales temáticos en España hubieron de buscar plataformas alternativas para dar salidas a sus canales. *Sogecable* destinó 113 millones de

euros a la rescisión de los contratos que tenía suscritos con editoras de canales temáticos. *Telefonica* alcanzó acuerdos con *Multicanal* y *Planeta 2010* para la inclusión de sus canales en la oferta de *Imagenio*. *Mediapark*, editora de canales temáticos, con contratos suscritos con *Vía Digital* y su principal proveedora de esta clase de canales, hubo de afrontar un fuerte proceso de reestructuración, reduciendo de 220 a 80 su número de empleados, tras ver rescindido su contrato con *Sogecable* después de la fusión. Las consecuencias podían haber sido peores de no haber tenido presencia *Mediapark* en la parrilla de programación de los cableoperadores.

Últimamente, para mejorar su situación, las editoras de canales temáticos han buscado reforzar su posición dentro del mercado de la publicidad televisada y de la TV en abierto, como consecuencia de la digitalización de la TV terrestre que permite la inclusión de esta clase de canales también en las ofertas en abierto. A tal fin, se unieron bajo la asociación *Conect* para mejorar la comercialización de su publicidad que, al presentar una menor saturación que en los canales generalistas, aumentaría el nivel del recuerdo publicitario, además de proporcionar una mayor eficiencia de las inserciones como consecuencia de la segmentación de las audiencias. A 25 de junio de 2008, estos canales presentaban un nivel de ocupación por publicidad del 6 % frente al del 58 % de los generalistas. En el primer semestre de 2007, el mayor crecimiento dentro del mercado nacional de la publicidad lo experimentaron Internet y los canales temáticos. (Fuente: *Cinco Días e Infoadex*).

(2) Condiciones impuestas por el TDC para preservar el juego de la competencia en el mercado de la comercialización de canales

En relación con este mercado, las condiciones que el TDC consideró necesarias para salvaguardar el juego de la competencia en el mismo fueron:

- a) *Sogecable* había de garantizar que un porcentaje significativo de los canales emitidos a través de su plataforma de TV fueran de la propiedad de terceros. La determinación concreta del porcentaje y las condiciones de acceso debían ser establecidas por el Gobierno con arreglo a criterios equitativos, transparentes y no discriminatorios.
- b) *Sogecable*, en beneficio del resto de operadores de TV pago, debía mantener la comercialización de los canales temáticos producidos por empresas de su grupo, directamente o mediante acuerdos con terceros, en condiciones de mercado transparentes y equitativas, de forma individual y sin agrupación de dichos canales por paquetes.
- c) *Sogecable* debía renunciar a actuar como agente para España de los canales temáticos producidos o distribuidos por los grandes estudios o por productores o distribuidores internacionales independientes.

Estas condiciones fueron recogidas en el primero de los dos acuerdos dictados por el Consejo de Ministros (condiciones 10ª a 12ª) para cumplimentar las condiciones impuestas en el informe del TDC.

Además de las anteriores, que eran condiciones que proyectaban directamente sus efectos sobre el mercado de la edición y comercialización de los canales temáticos, había otras (condiciones 1ª a 3ª del Acuerdo del Consejo de Ministros) que desarrollaban las obligaciones como *carrier* de la nueva plataforma y que también tenían incidencia sobre el

mercado que nos ocupa, en la medida en que tendían a preservar que cualquier canal temático, aún no integrado en la oferta de TV de pago *Digital Plus*, sí, al menos, tuviera salida a través de la plataforma tecnológica satelital de *Sogecable*:

“Primera: Sogecable deberá ofrecer sus servicios mayoristas de plataforma digital, en la medida en que lo permita su capacidad disponible, a cualquier tercer programador que desee transmitir sus canales a través de dicha plataforma.

En todo caso, Sogecable deberá poner un número adicional de canales equivalente al menos al 20% de los actualmente emitidos a través de su plataforma de televisión a disposición de terceros programadores diferentes de aquellos cuyos canales ya viniesen operando a través de Canal Satélite Digital con anterioridad a la operación de concentración.

Se entenderá por terceros programadores aquellos programadores de contenidos audiovisuales de calidad adecuada no controlados por Sogecable o sus socios de referencia, bien directamente o bien a través de empresas en participación.

Segunda: Adicionalmente, Sogecable deberá en todo caso poner a disposición de terceros su plataforma y demás servicios conexos para la emisión de canales temáticos informativos de programadores independientes de Sogecable y de sus socios de referencia.

Tercera: La puesta a disposición por Sogecable de todos los servicios necesarios para el acceso de terceros para la emisión de canales a través de su plataforma de televisión deberá realizarse en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias.

En particular, el precio cobrado por los servicios prestados deberá estar basado en los costes derivados de los mismos. Para ello, Sogecable deberá llevar una contabilidad separada para sus servicios como mayorista de plataforma digital y para el resto de sus servicios, que permita identificar claramente los costes derivados de cada una de dichas actividades”.

Precisamente, estas condiciones 1.^a a 3.^a fueron el objeto del recurso contencioso-administrativo interpuesto por las entidades mercantiles “*Telecable de Asturias, SA*”, “*R. Cable y Telecomunicaciones Galicia, SA*”, “*R. Cable y Telecomunicaciones Coruña, SA*”, “*Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León, SA*”, “*Tenaria, SA*” y “*Euskatel, SA*” finalmente desestimado por Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), de 29 noviembre 2005 (RJ 2006\107) (Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González). La razón de fondo del recurso planteado por las cableoperadoras podía encontrarse en su interés por no contar con la plataforma satelital como competidora a la hora de dar salida a todos esos canales. El Tribunal Supremo entendió que dichas condiciones evitaban “*el peligro de que la operación de concentración supusiese una disminución de estos canales a disposición de terceros en la misma proporción que los que eran emitidos por Vía Digital, por no tener Sogecable interés en su emisión*” y, con ello, “*el mantenimiento del pluralismo informativo que pudiera verse menoscabado como consecuencia de la concentración se remedia mediante la obligación de puesta a disposición de terceros de su plataforma y demás servicios conexos para la emisión de canales temáticos informativos de programadores independientes*”.

También fueron dichas condiciones impugnadas por *Sogecable* cuyo recurso fue también desestimado por Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), de 7 noviembre 2005 (RJ 2005\7664) (Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González). Aunque las motivaciones de *Sogecable* eran, lógicamente, diferentes a las de los cableoperadores – buscaba no tener que dar salida a través de su plataforma de satélite a canales competidores –, las razones de la desestimación fueron sustancialmente las mismas.

e) Los mercados de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión en el caso de la integración de Cuatro en Telecinco (caso Cuatro)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión)

Podríamos remitirnos a los epígrafes respectivos dentro de los siguientes mercados ya estudiados: TV en abierto, publicidad televisada, contenidos *Premium* deportivos para TV en abierto o de pago y contenidos cinematográficos y series. Se trataba de que *Telecinco* se hacía con el control exclusivo de *Cuatro* (Expediente C/0230/10), planteándose esta operación al mismo tiempo que otra de concentración económica consistente en la adquisición por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)* (expediente C/0231/10). La tramitación acumulada de ambos expedientes quedó al final sin efecto, pero, para permitir bajo compromisos la primera de esas operaciones, la DI consideró los efectos que podían derivarse de la segunda (de esta última finalmente desistieron las partes notificantes).

ii) Análisis pre-concentración de la estructura de los mercados de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión en el caso Cuatro

Apuntamos más arriba, al tratar del mercado de producto que, en el caso *Cuatro*, se diferenció por la DI el nivel de la edición de canales de televisión, el de la comercialización de los canales de televisión y el de la distribución de los canales de televisión:

- ❖ **Edición de canales de televisión.** La edición de canales de televisión, por definición, iba referida a la emisión lineal. Así, podían ser editados los canales para TV en abierto (p.e., *Telecinco*, *Cuatro*, *Antena 3*, *La Sexta*, etc.) o para TV de pago (p.e., *Imagenio* en ADSL, *ONO* en cable, *Digital +* o *Canal + Liga* en satélite o *Gol Televisión* en TDT), siempre que en este último mercado no se tratara de video bajo demanda. El editor del canal podía difundirlo a través de su propia plataforma de TV en abierto o de pago, si contaba con ella, o comercializarlo a otras plataformas, o las dos cosas (p.e., el canal *Gol Televisión* era emitido por la propia *Gol Televisión* y además comercializado a terceros).
- ❖ **Comercialización de canales temáticos.** La comercialización a terceros nos situaba en el siguiente nivel aguas abajo que era el de la comercialización de canales de televisión para TV lineal en abierto o de pago. Esto suponía un flujo de fondos desde la plataforma que adquiría el canal de televisión hacia el editor que lo comercializaba. Estos canales comercializados lo más frecuente era que fueran temáticos, pero nada impedía que fueran comercializados canales generalistas. Podía diferenciarse, nuevamente, entre la *estructura de la oferta* y la *estructura de la demanda*:
 - ***Estructura de la oferta.*** Del lado de la oferta estaban presentes los **editores de canales independientes que no contaban con su propia plataforma de TV**, los

operadores de pago (p.e., *Gol TV*, que comercializaba su canal a terceros) y también los **operadores en abierto** que, con la digitalización, se habían sumado a esa oferta. Así:

- **Editores de canales independientes que no contaban con su propia plataforma de TV.** Entre éstos se encontraban los *majors* norteamericanos que vinculaban la adquisición de canales temáticos a la de sus obras cinematográficas. Su poder de mercado les permitía imponer un sistema de mínimos garantizados frente a otro de ingresos compartidos. En el caso de los canales temáticos, los mínimos se fijaban en función del mercado potencial en términos del % de clientes que contrataban la oferta de pago y un precio mínimo.
- **Operadores de pago.** Un operador verticalmente integrado que jugaba un papel importante en este mercado era *Mediapro*, que desde 2008 editaba y comercializaba *Gol Televisión*, incluyendo partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol desde la temporada 2009/2010. Este canal de televisión se retransmitía a través de TDT de pago, en el múltiple de *La Sexta*, que formaba parte del mismo grupo empresarial que *Mediapro*, y en las plataformas de televisión de pago y televisión móvil de distintos operadores, entre ellos *Telefónica*.

En este mercado, había que destacar el papel de los operadores que eran a la vez oferentes y demandantes de canales de televisión. Fundamentalmente, cabía señalar a *Digital +*, que producía o editaba 17 de los 93 canales temáticos de televisión de pago distribuidos en España. De estos canales, 10 se componían de contenidos *Premium* en exclusiva que eran editados por *Digital+* para su distribución a través de su propia plataforma y que tradicionalmente no habían sido comercializados a ninguna otra televisión de pago, aunque esto estaba cambiando para algunos de ellos.

El resto de la oferta de canales de televisión de pago correspondía a operadores como *Chello Multicanal*, que contaba con 17 canales, *Eurosport*, *Discovery* y las grandes productoras americanas (*Warner*, *Disney*, *Fox*, *Sony* y *Viacom*), cuyos canales emitían fundamentalmente series y, en menor medida, películas de catálogo de producción propia. Estos canales de televisión estaban en la oferta de las principales plataformas de televisión de pago en España.

- **Operadores en abierto.** La propia *Telecinco* era un oferente de este tipo de canales de televisión de pago, fundamentalmente por la comercialización de *Gran Hermano TV*, que era un canal estacional ligado a este programa.

Así, la estructura de la oferta de este mercado, sin recoger los ingresos derivados de los canales de televisión que se explotaban en la propia plataforma del editor (autoconsumo), era:

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN (VERSIÓN NO CONFIDENCIAL)	
EDICIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE CANALES EN ESPAÑA (2009)	
EDITORES	%
MEDIAPRO	[20-30%]
NBC	[10-20%]
SONY	[10-20%]
DISNEY	[0-10%]
WARNER	[0-10%]
MTV	[0-10%]
CHELLO	[0-10%]
SOGECABLE	[0-10%]
EUROSPORT	[0-10%]
TELECINCO	[0-10%]
OTROS*	[0-10%]
TOTAL**	100,0 %
* Esta cifra corresponde fundamentalmente a FOX	
** No incluye los datos de algunos operadores de televisión de pago	
FUENTE: Telecinco, Prisa y Telefónica y respuestas a requerimientos de información	

- **Estructura de la demanda.** Del lado de la demanda, se situaban las plataformas de TV de pago que, además de editarlos ellas mismas, podían adquirir esos canales de terceros e, igualmente, las plataformas de TV en abierto que, con la digitalización y la multiplicación de canales, habían pasado de sólo editarlos a también adquirirlos de otros editores. Así pues, en el mercado de la comercialización de canales de televisión, tanto *Telefónica* y *Digital +*, como el resto de plataformas de televisiones de pago y de TDT eran demandantes de canales temáticos.
- ❖ **Distribución de los canales de televisión.** Si la comercialización se daba cuando el flujo de fondos iba de la plataforma de TV al editor del canal, la distribución existía cuando se daba lo contrario, es decir, cuando el editor pagaba a la plataforma de TV por la distribución de sus canales. Aquí, nuevamente, podían diferenciarse la **estructura de la oferta** y la **estructura de la demanda**:
 - **Estructura de la oferta.** Del lado de la oferta, los oferentes eran las distintas plataformas de televisión, especialmente los titulares de múltiples de TDT, que alquilaban a terceros todos o parte de los canales para los que contaban con licencia.

La configuración de este nivel por el lado de la oferta se había visto afectada por cambios regulatorios. En concreto, la Ley General de Comunicación Audiovisual permitía a los titulares de licencias de difusión de canales de TDT en abierto, bajo ciertas condiciones, explotar su licencia mediante arriendo de parte de la capacidad que tenían asignada a terceros operadores en modalidades tanto de

abierto, como de acceso condicional (pago). La opción del alquiler de capacidad de emisión de canales de televisión que tenían los titulares de licencias de TDT podía tener un efecto positivo sobre la competencia en los mercados de difusión de canales, al aumentar el número de oferentes. Sin embargo, si esta capacidad de canales de televisión era alquilada por otros titulares de licencias, el efecto podría ser el contrario, lo que afectaría a los mercados ascendentes y descendentes, al concentrar la demanda de contenidos y la oferta de espacios publicitarios en un mismo operador.

En lo que respecta a la TDT, cabía destacar el papel que estaba jugando *Net*, que había alquilado casi toda su capacidad de difusión a terceros (*Disney Channel*, *Intereconomía* y *MTV*). Asimismo, *La Sexta* o *Veó* habían cedido parte de su capacidad de emisión a terceros, a *Gol TV* (de pago), en el primer caso, y a *AXN* (de pago) y *13 TV*, en el segundo. También estaba el caso especial de *Marca TV*, que se emitía dentro del múltiple de *Veó*, y cuya edición era fruto de un acuerdo entre *Unedisa* (matriz de *Veó*) y *Mediapro*. Adicionalmente, *Telecinco* y *Cuatro*, junto con *Veó*, habían cedido capacidad de emisión a canales de televenta 24 horas, si bien en fechas recientes habían dejado de emitirse los canales de televenta correspondientes a *Telecinco*. Además, *Telecinco* y *Digital+* tenían previsto que *Digital+* tomara en arrendamiento dos canales de TDT de *Telecinco* para su explotación en televisión de pago.

- **Estructura de la demanda.** Del lado de la demanda estaban activos los editores que demandaban tales servicios para distribuir sus canales a los hogares y obtener ingresos por publicidad y otras formas de comunicación comercial audiovisual. En el caso de las plataformas de televisión de pago, el peso de este tipo de canales de televisión era muy reducido, y solía ceñirse a los canales de televenta.

Como ya se apuntó, estaba el caso particular de los canales de TV en abierto que se retransmitían también en las plataformas de TV de pago, sin que mediara flujo monetario ni en un sentido ni en el otro. En estos casos tanto el editor del canal de televisión en abierto, como la plataforma de televisión de pago obtenían un rendimiento económico (derivado de la mayor difusión en el primer caso, y de la mayor oferta de canales de televisión en el segundo, al permitir a sus abonados el acceso a los canales de TDT en abierto sin necesidad de cambiar de mando televisivo - de hecho, los canales de TDT en abierto solían ser los de más audiencia en todas las plataformas de televisión de pago). Por estas razones, los canales de televisión en abierto que se retransmitían en las plataformas de televisión de pago formaban parte simultáneamente del nivel de la comercialización y del de la distribución de canales de televisión.

No obstante, como consecuencia de la nueva regulación, quedaba abierta la puerta a que las distintas plataformas de televisión de pago o los distintos editores de canales de TDT en abierto (con la excepción de *RTVE*), pretendieran cobrar por permitir la emisión del canal de TDT en abierto en la plataforma de pago. La Ley 7/2010, General de la Comunicación audiovisual, establecía en su artículo 31.3, la obligación de ofertar canales de televisión (“must offer”) tanto a *RTVE* como a los licenciarios privados, a los prestadores de los servicios de difusión de televisión por cable, satélite y por protocolo de internet (IP). En concreto, *RTVE* cumpliría esta obligación sin derecho a contraprestación económica, y los licenciarios privados de ámbito estatal lo harían, respecto a sus canales de televisión principales, previa negociación para fijar dicha contraprestación entre las partes. Respecto a

la obligación denominada “must carry”, la legislación vigente (disposición adicional séptima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones) establecía que el Gobierno podría imponer, como obligación de servicio público exigencias razonables de transmisión de canales de televisión y servicios de programas de radio y televisión a los operadores que explotasen redes de comunicaciones electrónicas utilizadas en la distribución de programas de radio o televisión al público.

En todo caso, debemos recordar que la DI no consideró necesario pronunciarse sobre donde estaba la separación exacta entre el mercado de edición y comercialización de canales de televisión por un lado, y el de distribución de canales de televisión por otro, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión en el caso Cuatro

Como se ha venido comentando, la DI se refirió a las implicaciones que podían tener sobre la competencia efectiva los acuerdos que acompañaban a la operación de concentración, con independencia de su consideración o no como restricciones accesorias. Estos acuerdos de *Telecinco* con *Digital+*, *Prisa* o *Telefónica* reforzaban las vinculaciones estructurales entre estos operadores, lo que a su vez fortalecía la mayor capacidad e incentivo de los mismos para actuar de forma coordinada en los diversos mercados, facilitando y generando un reparto de tareas y unos espacios de colaboración entre las partes de los mismos, y acentuando los efectos restrictivos de la competencia de la operación *Telecinco/Cuatro*. Esta coordinación podía tener lugar mediante la reserva de espacios de actuación a una de las partes, o mediante la colaboración entre las mismas, normalmente a través de acuerdos de prestación preferente de servicios.

En primer lugar, los acuerdos de toma en arrendamiento por *Prisa* y *Digital+* de canales de TDT gestionados por *Telecinco*, unidos a la prestación preferente por parte de *Telecinco* de servicios de producción del canal de televisión de noticias de *Prisa*, fomentaban la coordinación entre *Telecinco*, *Prisa* y *Digital+* en los mercados de producción y comercialización de contenidos audiovisuales, así como en los mercados de edición, comercialización y distribución de canales de televisión, y desincentivaban que *Prisa* o *Digital+* implementasen actuaciones que pudieran perjudicar a *Telecinco* en los mercados de televisión en abierto y de la publicidad en televisión.

Telecinco, *Cuatro*, *Digital+*, *Prisa* y *Telefónica*, en su conjunto, se encontraban presentes en la totalidad de segmentos de demanda de contenidos, ya fueran lineales, no lineales, canales Premium y canales temáticos, y estaban presentes tanto en la televisión de pago como en la televisión en abierto. Esta singular posición les permitiría intervenir en la adquisición de contenidos, programas y canales de televisión realizando ofertas de compra empaquetadas, que serían irreplicables por terceros adquirientes y tendrían un menor coste por ventana de explotación.

Esta coordinación de comportamientos de *Telecinco/Cuatro*, *Digital+*, *Prisa* y *Telefónica* en la adquisición de contenidos audiovisuales no sólo podía llevar a la expulsión de los productores, comercializadores de contenidos y editores de canales de televisión más

pequeños, sino que además podía llevar aparejada la imposición de limitaciones, expresas o implícitas, para la contratación con terceros operadores de televisión en abierto.

Para que la operación llegara a ser autorizada, *Telecinco* se comprometió, mientras fuera accionista de control de *Digital+* - lo que sabemos ya que no llegó a materializarse en la práctica-, a garantizar la distribución de sus canales de televisión en abierto en otras plataformas de pago distintas de las de *Digital+* y *Telefónica*, sin exigir contraprestación económica, siempre que (i) al menos una de las dos anteriores los distribuyera, (ii) tales plataformas garantizaran un sistema fiable de medición de audiencias, y (iii) no se exigiera a *Telecinco* el pago de contraprestación alguna.

f) Barreras a la entrada en el mercado de los canales temáticos

No parece que pueda plantearse la existencia de **barreras de entrada de tipo tecnológico** especialmente importantes directamente relacionadas con el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos para TV de pago. Tal vez cupiera destacar en este punto la importancia de las Guías Electrónicas de Programación en cuanto que pasarelas que permiten el acceso a los canales.

En este sentido, parece digno mención el contenido del Art. 61 del borrador de anteproyecto de Ley General audiovisual conforme al que dichas guías “*deberán ofrecer un procedimiento sencillo y fácilmente accesible que permita a los usuarios ordenar los canales de televisión, de acuerdo con sus preferencias individuales*”, debiendo la presentación de canales, por defecto, dar la debida preeminencia a los de servicio público. Esta previsión no se mantiene, sin embargo, en la LGCA. Por otra parte, la oferta de esta clase de canales sobre plataforma de TV terrestre arrostraría todas las barreras de entrada de índole tecnológica asociadas al despliegue de la TDT.

En lo que a las **barreras de entrada de carácter normativo** se refiere, tampoco cabría imaginar ninguna de especial significación en este mercado que estudiamos. En cuanto a la necesidad de disponer de título habilitante para la edición y comercialización de canales temáticos, acabamos de ver cómo en el borrador de la Ley General Audiovisual se exigía la previa notificación a la Administración para el desarrollo de esta actividad. Lo anterior suponía, con respecto a la situación anterior, un plus de intervención administrativa contra la tónica general del borrador que era, precisamente, la de atenuar dicha intervención. Tal vez por esta razón tal previsión no se haya mantenido en la LGCA.

Dentro también de las barreras normativas, podría hacerse alguna mención a la necesidad de frecuencias o de espectro. Y es que, como se dejó dicho más arriba, la opción de los canales temáticos nace con el multiplexado, técnica asociada a la digitalización que permite un más racional aprovechamiento del espectro y la existencia de canales múltiples.

Y cabría aún, sin abandonar el plano de las barreras de origen reglamentario, apuntar la existencia de ciertas restricciones normativas indirectas todas mencionadas al examinar el entorno normativo nacional. De éstas, yendo de más a menos cabría destacar: (a) dada la existencia de una oferta de servicios de comunicaciones electrónicas, las obligaciones de servicio público relativas a la transmisión de ciertos canales impuestas a los operadores de redes de comunicaciones electrónicas (Art. 56 del Real Decreto 424/2005); (b) partiendo de

la existencia de una determinada oferta multicanal, la obligación de incluir determinados canales generalistas o de titulares independientes (Arts. 55 a 57 del borrador de la Ley General audiovisual); (c) supuesta la existencia de un concreto canal, la obligación de destinar cierto tiempo de emisión a obras europeas y de productores independientes (Disposición adicional quinta de la Ley 25/94). Las referidas bajo las letras (b) y (c) no se mantienen, sin embargo, en la LGCA.

Finalmente y para terminar con las barreras normativas, tan sólo remitirnos a los obstáculos derivados de la normativa protectora de los derechos de propiedad intelectual expuesta, más que cumplidamente, al estudiar las barreras normativas en el mercado de la TV de pago.

Pero, dejando atrás las tecnológicas y las normativas, y ciñéndonos al caso español de la fusión digital, las barreras de entrada de mayor entidad en este mercado eran de carácter económico y se presentaban, más bien, del lado de la demanda y por la existencia de un importante poder de compra. Éste existe cuando toda la producción de uno o varios oferentes es demandada por uno o unos pocos compradores con facultad de imponer sus condiciones: monopsonio u oligopsonio.

La cuestión del poder de compra ha sido enfrentada por la Comisión, por ejemplo, en los casos de concentración de cadenas de distribución alimentaria. En el caso *Kesko/Tuko* (decisión de 20 de noviembre de 1996, asunto IV/M.784, Art. 22.4 y Art. 8.3, DOCE 1997 L 110/53) dicha institución concluyó que la concentración entre esas dos cadenas finlandesas crearía una posición dominante en el mercado finés de la distribución alimentaria minorista permitiendo a la entidad resultante de la concentración imponer condiciones casi draconianas con respecto a la industria agroalimentaria. (Briones/Folguera/Font/Navarro: “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Págs. 254 y Ss.)

Esta situación resultaba poco concebible en el ámbito de los contenidos *Premium*, deportivos o cinematográficos, donde el poder negociador se situaba más del lado de los agentes que ofrecían los derechos sobre dichos contenidos. Sin embargo, sí cabía plantearse en relación con la adquisición de canales temáticos procedentes de sociedades españolas independientes, tal y como se expuso, dado el fortísimo poder de compra de la nueva plataforma resultante de la fusión.

Aparte, los efectos de lo anterior relacionados con la exclusión del mercado de venta de canales y el bloqueo de clientes se verían hasta cierto punto acentuados a consecuencia de que los *output deals* suscritos con los grandes estudios americanos, con sus características de larga duración y exclusividad, comprendieran también una oferta de canales temáticos.

g) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los canales temáticos (remisión)

La similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados de contenidos para TV, llevará a que agrupemos todas esas conclusiones tras ocuparnos del último de ellos (producción de programas para TV).

6) EL MERCADO DE LA PRODUCCIÓN DE PROGRAMAS PARA TELEVISIÓN

a) Definición del mercado de producto pertinente de la producción de programas para televisión

Partiendo del Informe de la CMT para 2004:

- Las cadenas de **televisión en abierto** tienen una parte de producción propia, centrada fundamentalmente en programas informativos y de entretenimiento, pero existía una tendencia, incluso en las televisiones públicas, a emitir producciones ajenas. El porcentaje de producción ajena, excluyendo el cine, fue en 2004 del 45 % para las televisiones privadas y del 20 % para las cadenas públicas. Dado que los programas de más éxito en la televisión en abierto tenían carácter local, las principales productoras de televisión eran de origen español. En lo que se refiere a la programación cinematográfica, que representaba entre el 10 y 15 % del total, dominaban las producciones extranjeras. Más recientemente, la Edición Digital de *Cinco Días* de 20 de mayo de 2009, se hacía eco de una información facilitada por *Corporación RTVE* a tenor de la cual la producción propia en *La 1* y *La 2*, las cadenas generalistas de *TVE*, alcanzó el 64 % del total de horas de emisión en esas cadenas en el primer trimestre del año 2009.
- En lo que respecta a la **televisión de pago**, la mayor parte de la producción era extranjera, habiendo llegado a suponer cerca del 90 % del total en el año 2004. A diferencia de la televisión en abierto, la principal oferta de las televisiones de pago, excluidos los deportes, estaba constituida por películas y series, mayoritariamente de producción extranjera.

Refiriéndonos a los casos estudiados:

- ❖ **Caso Vía Digital**. En el caso de la integración de las plataformas digitales en España, el TDC, de nuevo, consideró como mercado afectado el de las obras audiovisuales para TV. Para el Tribunal, la producción y comercialización de obras audiovisuales para TV guardaba relación tanto con la TV de pago, como con la emitida en abierto, por lo que ni tan siquiera daban a la primera un valor de opción frente a la segunda. Si a lo anterior se añadía el alto grado de sustituibilidad existente entre dichas obras, podía comprenderse que tampoco fuera precisa una mayor acotación del mercado (véanse las decisiones de la Comisión los asuntos *RTL/Verónica/Endemol* y *Telefónica/Endemol*).
- ❖ **Caso HMG**. En el caso de la creación de HMG, la DG4 identificó como mercado relevante el de la producción independiente de programas para TV con exclusión de la producción propia. La Comisión observó aquí que el mercado de la producción independiente de programas de TV se asentaba en la relación comercial que vinculaba a la entidad de difusión, demandante de programas que emitir a través de sus cadenas, y a los productores independientes, oferentes de dichos programas. El mercado identificado en tales términos no comprendía y era distinto al de la producción propia de las entidades de difusión que éstas destinaban principalmente a su consumo interno,

razón por la cual dicha producción propia no entraba en competencia con la de los productores independientes.

Aún cuando no sea uno de los casos estudiados, en su Informe N-03023 relativo al asunto *Kort Geding/Antena 3TV*, de 3 de junio de 2003, sentó el Servicio de Defensa de la Competencia que la producción de programas para TV constituía un mercado separado en el que los operadores podían ser tanto los grupos de comunicación que producían para las cadenas de TV emparentadas con ellos, como operadores independientes que lo hacían para terceros. Sin embargo, de acuerdo con las decisiones de la Comisión (IV/M.1574, *Kirch/Mediaset*, de 3 de agosto de 1999 y IV/M.553, *RTL/Veronica/Endemol*, de 17 de julio de 1996) y, también, a los precedentes sentados por el TPI (sentencia de 28 de abril de 1999 dictada en el asunto T-221, *Endemol Entertainment Holding*), sentó el TDC que el mercado de la producción de programas de televisión independientes había sido definido como diferente mercado de producto respecto al de la producción de programas para el consumo interno de la propia compañía de TV en su informe C 68/01 de 21 de diciembre de 2001 (*Grupo Correo/Prensa Española*).

- ❖ **Caso Cablevisión.** En el asunto *Cablevisión*, el TDC identificó como mercado genérico potencialmente afectado por la operación el de los derechos sobre programas audiovisuales, en términos tan amplios como para comprender dentro de él los ya estudiados de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos, de los canales temáticos y éste de las obras audiovisuales para TV. En esta misma línea, la entidad notificante *Sogecable*, en el caso posterior de *Vía Digital*, propuso la definición de un mercado genérico de contenidos con la intención de dar lugar a una dilución de los efectos de la operación sobre el juego de la competencia que pudiera conducir a su aprobación.
- ❖ **Caso Cuatro.** En el caso *Cuatro* vimos ya, al tratar de otros mercados, que la DI identificó los mercados situados en el ***nivel de la producción de contenidos*** audiovisuales y mercados situados en el ***nivel de la comercialización de esos mismos contenidos audiovisuales***. La identificación fue algo más compleja que en otros casos y, aguas abajo de los anteriores, se refirió también a los niveles de la edición, comercialización y distribución de canales de televisión, de los cuales nos hemos ocupado en el anterior apartado 5 de la tesis:
 - ***Nivel de la producción de contenidos.*** En lo más alto de la cadena de valor se situaban, por tanto, las actividades de producción de los distintos contenidos audiovisuales, entre los que, además de los ya estudiados, se situaban el de la producción de noticias y el de la producción de programas de televisión que luego eran emitidos por los canales de TV. Además, los mercados situados en este nivel podían integrarse verticalmente con los mercados de comercialización de contenidos audiovisuales que pasaremos a referir, dado que muchas veces un mismo operador producía y comercializaba a terceros esos contenidos audiovisuales. E, incluso, podía suceder que esa integración vertical aguas abajo llegara incluso más abajo, hasta el punto de integrar o plegar en un solo mercado los niveles de la producción de contenidos, de la comercialización de los mismos y de la edición de canales.

Así, en la mayoría de los casos, los productores eran independientes de los editores de los canales de televisión, que configuraban la programación del canal de

televisión a partir de la suma de diversos contenidos ordenados para su emisión en continuidad. No obstante, en algunos ámbitos, especialmente en lo referido a la producción de noticias y programas de televisión, el propio editor del canal de televisión actuaba como productor, utilizando medios propios para generar el contenido audiovisual que luego iba a retransmitir. Estos programas producidos por editores de canales solían ser para consumo del propio canal de televisión, si bien existían ciertos casos en los que el programa era emitido por terceros canales de televisión.

La DI consideró que, dentro de este nivel, se podrían distinguir mercados según el tipo de contenido producido, dado su diferente gancho desde la perspectiva de la demanda, así como las distintas necesidades de inversión necesarias para producirlo. Desde el punto de vista de la oferta, sin embargo, los medios y recursos necesarios para llevar a cabo la producción de contenidos audiovisuales eran en algunos casos comunes para los distintos tipos de contenidos citados, por lo que existía cierto grado de sustituibilidad por el lado de la oferta entre los mismos.

Desde el punto de vista de la producción de programación para televisión (cualquier tipo de programas), la distinción entre producción propia y ajena no siempre resultaba nítida. En concreto, se podían distinguir las siguientes modalidades en esta actividad:

- **Producción propia en sentido estricto.** Se trataba de programas producidos por el editor audiovisual, con sus propios medios y recursos, incluyendo a las empresas controladas directa o indirectamente por él. Se trataba de una modalidad de organización empresarial de uso decreciente y que respondía al concepto de producción propia en su sentido más estricto.
- **Producción propia en sentido amplio, externalizada o sub-contratada.** Se trataba de programas producidos por el editor con la participación de terceros, con distintos grados de intensidad. El grado de colaboración era decidido por el editor, quien establecía qué parte de la producción externalizar: toda la producción o actividades concretas vinculadas a la misma. Como resultado de la colaboración, el editor era el titular, único o compartido, de todos o de parte de los derechos de explotación; y lo era en su origen, no por cesión de un tercero. Se trataba, por tanto, de una producción a la medida que podía conceptualmente considerarse producción propia, puesto que quien asumía todos los riesgos inherentes a la misma era la empresa audiovisual que producía para sí, con la colaboración de otros. Esta modalidad estaba muy extendida y, en la mayoría de los casos, eran los editores audiovisuales los que retenían, en su totalidad, los derechos de los programas que encargaban “en exclusiva”.
- **Producción ajena.** Se trataba de programas producidos por terceros, en los que el editor era un mero adquiriente, que competía con más compradores potenciales para la adquisición de un producto que ya estaba terminado y sobre cuya elaboración no había tenido la menor influencia. Este sería el caso de la producción ajena pura.

Desde el punto de vista del análisis de los mercados de producción de contenidos, resultaba relevante la producción ajena pura y la producción propia externalizada, en

la medida que al menos una parte de la misma pasaba por la contratación de terceros oferentes de servicios de producción.

Los operadores de televisión presentes en estos mercados como productores de contenidos solían dedicar casi toda su producción a consumo interno. Éste era el caso de *Telecinco* y *Cuatro*. Por este motivo, y como las cuestiones de competencia eran las mismas para todos los mercados de contenidos, entendió la DI que no resultaba necesario cerrar la definición exacta de estos mercados, dejándose abierta esta cuestión a los efectos del expediente, en la medida que no afectaba a las conclusiones del análisis del mismo.

- **Nivel de la comercialización de contenidos.** En cuanto al nivel de la comercialización de contenidos audiovisuales, el productor del contenido audiovisual, que era el *input* para la edición de canales de TV, podía ceder la comercialización del mismo a un distribuidor, que se ocupaba de venderlo a los distintos editores de canales de televisión. Este distribuidor podía ser una empresa del propio grupo del productor, o un tercero independiente.

Adicionalmente, las actividades de comercialización de contenidos audiovisuales eran de vital importancia para poder competir en los mercados aguas abajo, en la medida en que los contenidos eran inputs necesarios para poder ofrecer una programación atractiva y diferenciada que permitiera captar abonados y espectadores.

Al margen de la producción propia de contenidos, los operadores de televisión tenían dos alternativas a la hora de configurar su parrilla, a saber:

- La **primera alternativa** era acudir de forma directa a este mercado como demandantes, a fin de adquirir derechos de emisión de contenidos ya fuera para modalidades de emisión no lineal, sólo disponibles para operadores de televisión de pago (pago por visión -PPV-; video bajo demanda -VoD-), ya para modalidades de emisión lineal (lo que obligaba a integrar los contenidos adquiridos dentro de un canal de televisión editado por el propio operador de televisión en abierto o de pago). Entre los contenidos para emisión lineal se encontraban también con programas de televisión (concursos, magazines, etc.) que eran producidos por el editor del canal de televisión o bien por terceros con la colaboración directa del editor de dicho canal, para su integración en la programación del canal.
- La **segunda alternativa** era adquirir los derechos de emisión de un canal de televisión ya editado por un tercero, que era quien se ocupaba de producir sus propios programas y/o adquirir los derechos de emisión de los contenidos audiovisuales que se emitían en el canal de televisión.

De lo anterior se deducía que en estos mercados confluían como demandantes los distintos editores de canales de televisión, estuvieran o no verticalmente integrados con plataformas de televisión de pago o en abierto, y las distintas plataformas de televisión de pago (para los derechos de emisión no lineal).

Los distintos precedentes nacionales y comunitarios habían distinguido diferentes mercados de comercialización de contenidos según la naturaleza del contenido (películas, series, partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey, otros partidos de fútbol, etc.). Esta diferenciación se basaba en que cada tipo de contenido tenía un atractivo diferente para los distintos demandantes, sin que llegasen a ser suficientemente sustitutivos entre sí. Asimismo, cada uno de estos contenidos solía tener un sistema de explotación o tarifario muy distinto. El sistema de comercialización de los distintos contenidos audiovisuales podía ser también diferente según la naturaleza del mismo contenido (películas, deportes, series, etc.).

En todo caso, había que tener en cuenta que *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* no solían ser oferentes significativos de estos derechos y que los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el Pliego de Concreción de Hechos en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes. A la vista de lo anterior, se consideró como mercado relevante en este nivel de la comercialización de contenidos, además de otros ya examinados, un mercado cajón de sastre de los derechos de retransmisión de otros programas de televisión (documentales, concursos, magazines, etc.).

Prescindiendo de los anteriores, que serían los casos de mayor estudio, en el informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-06022 *Mediapro/Arbol Producciones* se trataba de la constitución de una empresa en participación, *NewCo*, a la que se aportarían las acciones correspondientes al 100% del capital de las sociedades cabeceras de ambos grupos, *Mediaproductio Properties BV* (*Mediapro*) y *Árbol Producciones, S.A.* (*Árbol*). Las concentradas estaban activas, entre otros mercados pertenecientes a otros segmentos, en varios pertenecientes al de los contenidos; **(i)** *Mediapro* en: **(i.a)** edición y comercialización de canales temáticos, **(i.b)** producción de contenidos audiovisuales para TV, **(i.c)** producción de largometrajes y servicios interactivos, y **(i.d)** gestión de derechos deportivos y cinematográficos; **(ii)** *Arbol* en producción de contenidos audiovisuales para TV.

En lo que a los mercados de los contenidos se refiere, el Servicio de Defensa de la Competencia centró sus consideraciones sólo en el de la producción de contenidos audiovisuales para TV porque: **(a)** en los demás (gestión de derechos deportivos, y cinematográficos, edición y diseño de canales temáticos, servicios interactivos, producción de largometrajes) las cuotas de las partes estaban por debajo del umbral del 10 %; **(b)** sólo en el de la producción de contenidos audiovisuales para TV estaban activas tanto *Arbol*, como *Mediapro*.

Este mercado comprendía la producción de programas de TV en el que operaban tanto empresas integradas en grupos de comunicación que, en principio, producían principalmente para éstos, como operadores independientes que vendían a terceros. La oferta estaba integrada por los productores de contenidos y la demanda por los operadores de televisión. En este sentido, la Comisión Europea (Caso COMP/M.1943 *Telefónica/Endemol*) había considerado que si los programas producidos por los operadores de TV sólo se limitaban al consumo propio debían excluirse del mercado, en la medida en que no competían con los de los operadores independientes. La dimensión de este mercado podía considerarse nacional por razones lingüísticas y culturales aunque algunos contenidos fueran producidos en otros países.

El mercado de producción de programas de televisión era un mercado muy atomizado en el que coexistían más de 130 productoras independientes con las producciones realizadas por las cadenas de TV. Tras la operación, la cuota conjunta de las partes se elevaba al [10-20] % y ello sin computar la producción de las cadenas de TV para terceros, lo que supondría una minoración de esa cuota combinada. Además no existían barreras de entrada significativas y sí, en cambio, un fuerte poder de compra de las cadenas de TV que podían rescindir los contratos para el caso de que no se alcanzaran ciertos niveles de audiencia. A la vista de todo lo anterior entendió el Servicio de Defensa de la Competencia que no debía ser la operación sometida a la consideración del Tribunal.

Prescindiendo de casos concretos, concluir, en fin, que lo que dota de individualidad a este mercado con respecto al de los contenidos *Premium* cinematográficos es el hecho de referirse a una producción de obras audiovisuales orientadas de forma específica a su difusión en TV y no en salas de cine. Y con respecto al de los contenidos *Premium* deportivos, la nota diferenciadora radica en que no se trata de la retransmisión de acontecimientos de esta índole, sino de la confección de obras audiovisuales, normalmente de ficción, para su difusión televisiva. Por último, el punto de distinción con respecto al mercado de la edición y comercialización de canales temáticos habrá que cifrarlo en que estos últimos suponen una oferta empaquetada para TV. Naturalmente, habrá otras diferencias como el menor coste de adquisición de estas obras frente, Vg., al de los contenidos *Premium* de cine.

De lo anterior podría inferirse que el carácter de este mercado es residual con respecto a los demás de los contenidos que hemos venido viendo. Partiendo de lo anterior, en la medida en que la aplicación del test del monopolio hipotético nos sirvió para la identificación de esos otros mercados de contenidos, tendríamos que inferir la identidad propia de éste que nos ocupa de la producción de programas para TV.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la producción de programas para televisión

El mercado de las obras audiovisuales, tanto para TV de pago como en abierto, tenía, según opinión del TDC expresada en el *caso Vía Digital*, dimensión nacional, pues la adquisición de los derechos tenía lugar sobre unas bases lingüísticas y para un determinado mercado nacional. En parecido sentido, la DG 4 en el *asunto HMG* fue del parecer de que el mercado geográfico de referencia en la producción independiente de programas para TV vendría a estar constituida por la comunidad lingüística neerlandesa. Muy diversamente, el TDC en el *asunto de Cablevisión* apuntó a una dimensión mundial del mercado genérico de los derechos sobre programas audiovisuales.

En el *caso Cuatro*, como se ha venido diciendo, la DI atendió a los precedentes nacionales y comunitarios para entender que los distintos mercados de productos definidos tenían una dimensión nacional, entre otros motivos, por el hecho de que la estrategia competitiva de los operadores se basaba en factores como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias. En todo caso, en el caso a examen, sólo era relevante analizar los efectos de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro* en los mercados de producto definidos a escala nacional, dado que éste era el ámbito de actuación de esos dos operadores. A la vista de lo anterior, no se hacía preciso cerrar la definición exacta de los ámbitos geográficos relevantes, dejándose abierta esta cuestión, toda vez que no afectaba a las conclusiones del análisis de los mercados.

La dimensión nacional de este mercado tendría que venir confirmada por la aplicación del test del monopolio hipotético: **(a)** ante un IRSNTP aplicado por un monopolista oferente en España de obras audiovisuales para TV no cabría que los organismos de radiodifusión españoles pudieran acudir a la compra de las obras de una productora, p.e. portuguesa, toda vez que estas últimas difícilmente se adaptarían a las preferencias del público español (sustituibilidad de la demanda); **(b)** ante ese mismo IRSNTP difícilmente una productora portuguesa podría, en el corto plazo y sin grandes inversiones (en guionistas españoles o en estudios de mercado sobre las preferencias del público español), pasar a producir obras para TV del gusto de los televidentes españoles (sustituibilidad de la oferta).

c) Entorno normativo del mercado de la producción de programas para televisión

i) Europeo

A escala europea, ciertas normas concernientes a este mercado podían encontrarse en la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual, en la redacción dada por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaba la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Dichas normas se localizaban en el Capítulo III que llevaba la rúbrica de “*Promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos*”. Podía comenzar por sentarse que las medidas encuadradas dentro de este capítulo, cuya finalidad era la de la promoción de las obras europeas y de productores independientes, no eran de aplicación a las emisiones de TV destinadas a una audiencia local y que no formasen parte de una red nacional (Art. 9).

Dicho lo anterior, cabría seguir con el Art. 4 que mandaba a los Estados miembros velar, en la medida de lo posible, por que los organismos de radiodifusión reservasen para obras europeas una proporción mayoritaria de su tiempo de difusión. Esta afirmación podía completarse aún con dos precisiones, a saber: **(a)** para el cómputo o determinación de esa proporción se excluiría el tiempo de emisión dedicado a las informaciones, a manifestaciones deportivas, a juegos, a la publicidad, a los servicios de teletexto y a la televenta; **(b)** el concepto de obra europea se perfilaba en el Art. 1, de modo que por tal debía tener no sólo la que fuera originaria de un Estado miembro, sino también, y siempre que a la recíproca no existiera discriminación, la que lo fuera de un tercer estado europeo que fuera parte del Convenio europeo de difusión transfronteriza o de un tercer estado no parte de ese convenio, siempre que, en este último caso, se diesen ciertos vínculos con la UE como los determinados por la existencia de un acuerdo internacional o por la intervención de productores, autores o trabajadores de algún Estado miembro.

Por su parte, el Art. 5 forzaba a los Estados miembros a velar, también en lo posible, por que los organismos de radiodifusión reservasen, como mínimo, el 10 % de su tiempo de emisión (con las mismas exclusiones en cuanto al cómputo que acabamos de ver con el Art. 4) o, alternativamente y a elección del Estado miembro, el 10 % como mínimo de su presupuesto de programación, a obras europeas de productores que fueran independientes de los organismos de radiodifusión televisiva.

En lo demás, cada Estado miembro, a intervalos de dos años, trasladaría a la Comisión un informe sobre la aplicación de los dos anteriores artículos para que dicha institución lo diese a conocer en los demás Estados miembros y en el Parlamento europeo acompañándolo de un dictamen elaborado por ella. P.e., en su Séptima comunicación relativa a la aplicación de los artículos 4 y 5 de la Directiva 89/552/CEE “televisión sin fronteras”, modificada por la Directiva 97/36/CE, en el periodo 2003-2004 (COM/2006/0459 final) sentó la Comisión conclusiones como las siguientes. Pese al ligero descenso, en ese periodo, de la programación de las obras europeas a que se refería el Art. 4, esta última se había estabilizado en la UE en un nivel muy superior al 60 % del tiempo de difusión total computable. En cuanto a las obras europeas de productores independientes a que se refería el Art. 5, se produjo en el periodo de referencia un ligero incremento (+ 0,11 puntos porcentuales) y las proporciones se habían venido manteniendo muy por encima del porcentaje del 10 % previsto en la Directiva. En síntesis, los mandatos de los Arts. 4 y 5 de la Directiva se habían venido cumpliendo sin dificultades tanto en el periodo 2003-2004 como en los anteriores.

La anterior regulación es la que, esencialmente, se mantiene en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).

En el preámbulo de la nueva Directiva de Servicios de comunicación audiovisual se comienza haciendo referencia a la excepción cultural: *“En sus Resoluciones de 1 de diciembre de 2005 (DO C 285 E de 22.11.2006, p. 126) y 4 de abril de 2006 (DO C 293 E de 2.12.2006, p. 155) relativas a la Ronda de Doha y la Conferencia Ministerial de la OMC, el Parlamento Europeo exige que los servicios públicos básicos, tales como los servicios audiovisuales, se excluyan de la liberalización en el marco de la Ronda de negociación relativa al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). En su Resolución de 27 de abril de 2006 (DO C 296 E de 6.12.2006, p. 104), el Parlamento Europeo brinda su apoyo a la Convención de la Unesco sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales y afirma, en particular, «que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si solo tuviesen un valor comercial». La Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (DO L 201 de 25.7.2006, p. 15), aprobó en nombre de la Comunidad dicha Convención de la Unesco. La Convención entró en vigor el 18 de marzo de 2007. La presente Directiva respeta los principios de dicha Convención”*.

Los ejes de la definición de la obra europea se mantienen en el Art. 1 Aps. 1.ª, 2, 3 y 4 de la nueva Directiva. El anterior Capítulo III pasa a ser ahora el Capítulo VI, manteniendo la rúbrica de *“Promoción de la distribución y de la producción de programas televisivos”*. Dentro de él, el Art. 16 es el que viene a corresponderse con el anterior Art. 4 imponiendo a los estados miembros velar por que los organismos de radiodifusión televisiva reserven la mayor parte de su tiempo de difusión a obras europeas, siempre que ello sea posible, y, de no serlo, se dispone que la proporción no podrá ser inferior a la media comprobada en 1988 en el Estado miembro de que se trate o, en el caso de Grecia y Portugal, en 1990.

La regulación del antiguo Art. 5 pasa ahora a contenerse en el Art. 17 en términos prácticamente idénticos en lo concerniente a la reserva de tiempos de emisión o, a elección del difusor, de parte de su presupuesto para la promoción de obras europeas de productores independientes. También el Art. 18 recoge el mandato del antiguo Art. 9 en cuanto a la no aplicabilidad de estas reglas a las cadenas de ámbito local.

Finalmente, podría tal vez destacarse como principal novedad con respecto a la anterior Directiva de Servicios de comunicación audiovisual la inclusión, fuera de ese Capítulo VI, de un Art. 13 en el que se dispone que los Estados miembros velarán por que los servicios de comunicación audiovisual a petición ofrecidos por los prestadores del servicio de comunicación bajo su jurisdicción fomenten, cuando sea factible y con los medios adecuados, la producción de obras europeas y el acceso a las mismas. Dicho fomento podrá llevarse a cabo, entre otras formas, mediante la contribución financiera de dichos servicios a la producción y adquisición de derechos de obras europeas o mediante la inclusión y/o prominencia de obras europeas en el catálogo de programas ofrecidos por el servicio de comunicación audiovisual a petición. A lo más tardar el 19 de diciembre de 2011 y, posteriormente, una vez cada cuatro años, los Estados miembros informarían a la Comisión de la aplicación de esas medidas de fomento y, sobre la base de esta información y de un estudio independiente, la Comisión, a su vez, informaría al Parlamento europeo y al Consejo

ii) Nacional

De la **Ley 46/83 reguladora del Tercer canal de televisión**, y dado que este mercado de que ahora nos ocupamos puede comprender la producción de obras audiovisuales tanto para TV de pago como en abierto, podían hacerse algunas menciones. El Art. 12 preveía que tanto el ente público RTVE – hoy corporación – como los organismos autonómicos creados para la gestión del tercer canal podrían formalizar entre sí convenios para el intercambio de programas, pero sin que resultase posible ex Art. 15 que los segundos adquirieran en exclusiva programas que impidieran su proyección en un ámbito territorial distinto al de su propia comunidad. Esta Ley ha sido, sin embargo, ya derogada por la LGCA de 2010 a que pasaremos a referirnos.

La función de servicio público de TV del Estado engloba la producción de contenidos que emitir por este medio, si nos atenemos a la **Ley 17/2006 de Radio y televisión de titularidad del Estado**. Puede recordarse en este punto, por ejemplo, que en el caso de la creación de HMG por Verónica y Endemol la DG4 entendió que el mercado relevante era el de la producción independiente de programas para TV con exclusión de la producción propia que las propias cadenas de difusión destinaban a su propio consumo.

Podría también ser traída a colación la **normativa, ya estudiada a propósito del mercado de los contenidos Premium cinematográficos**, que exigía para la distribución y venta de material audiovisual la previa obtención de un certificado de calificación expedido por el Ministerio de Cultura y que se encuentra ya derogada por la LGCA y por su normativa de desarrollo, de modo que los trámites han sido enormemente simplificados.

También podía citarse la **Ley 25/1994, de 12 de julio**, que supuso la transposición en nuestro país de la Directiva de Televisión sin fronteras (hoy de servicios de comunicación audiovisual) y, en particular, de los preceptos de la misma dirigidos a la promoción de obras europeas y de productores independientes. Dentro de ella, el capítulo II de la Ley llevaba la rúbrica de la “*Promoción, difusión y producción de determinados programas televisivos*”.

Era el Art. 5 el que se centraba en las obras europeas (definidas éstas en términos casi idénticos a los de la Directiva) y comenzaba mandando a los operadores de TV reservar el 51 % de su tiempo de emisión anual a la difusión de las mismas; a su vez la mitad de este tiempo se reservaba a la emisión de obras europeas en expresión originaria española. El Art. 7 de la Ley reproducía el contenido de la directiva que vimos en el anterior epígrafe relativo a las exclusiones a tener en cuenta para fijar el tiempo de emisión sobre el que practicar el cómputo; pero además establecía, en su apartado 2, una regla especial al disponer que en los servicios de TV de pago se tomaría, sin tales exclusiones, el tiempo total de emisión.

Dejando aparte las obligaciones mencionadas en el párrafo anterior, las cuales versaban sobre la dedicación de cierto tiempo de emisión a cierta clase de obras audiovisuales, existían, dentro del mismo Art. 5, otras de financiación anticipada de la producción de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para TV europeos y que se imponían a los operadores de TV que, además, asumieran la responsabilidad editorial de los canales de TV en cuya programación se incluyeran largometrajes cinematográficos de producción actual, entendiéndose por tales los que tuviesen una antigüedad de menos de siete años contados desde su fecha de producción. A esa financiación anticipada debía destinarse por dichos operadores el 5 % de la cifra total de ingresos devengados durante el último ejercicio conforme a su cuenta de explotación (de esta aportación, un 60 % debía destinarse a producciones cuya lengua original fuera cualquiera de las oficiales españolas).

El Tribunal Supremo decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional sobre el artículo 5 de la Ley de 1994 (y sus posteriores versiones de 1999 y 2001) que incorporó la Directiva Europea de Televisión Sin Fronteras, en relación con la aportación obligatoria del 5 % de los ingresos de las cadenas de televisión a la producción cinematográfica. Esta resolución fue consecuencia de un recurso planteado por la *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)* contra el real decreto que desarrollaba la citada ley. En la cuestión de inconstitucionalidad el Supremo señalaba que *“la imposición por ley a una o a varias empresas del destino obligatorio que han de dar a sus inversiones, con la consiguiente vinculación de una parte de sus recursos propios, constituye una restricción de la libertad que les garantiza el artículo 38 de la Constitución”* [sobre libertad de empresa]. Para el Supremo, esta restricción *“es tanto más relevante cuanto que el destino forzoso de las inversiones no corresponde al objeto propio de la actividad (la difusión televisiva) sino a un sector económico diferente (la producción cinematográfica)”*. La sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal, presidida por Ramón Trillo, establecía también que *“libertad de inversión”* debía ser *“ajena a imposiciones forzadas por los poderes públicos”*, y recordaba que el Estado dispone de instrumentos como los impuestos, las subvenciones o los incentivos para ayudar a un sector. *“Lo que no puede el legislador, salvo que esté fundado en razones imperiosas de interés general, es imponer por sí mismo el destino de las inversiones empresariales”*, señalaba. La resolución dejaba claro que la Directiva de Televisión Sin Fronteras *“no ofrece base para obligar a los operadores a destinar una parte de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y para la televisiones europeas, incluidas las españolas”* (Fuente: *Público.es* de 22/12/2009).

Los aspectos instrumentales de este deber de financiación anticipada (Vg.: acreditación de ingresos computables o de la financiación efectuada) se encuentran en el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio (BOE nº 174, 20-Jul-2004), por el que se aprueba el Reglamento que regula la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y

cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles. Esta norma se declara vigente en la Transitoria Primera de la Ley del Cine hasta el momento en que llegue producirse el desarrollo reglamentario de esta última sobre el particular.

En cuanto a las obras europeas de productores independientes, el Art. 6 de la Ley 25/1994 obligaba a los operadores de TV a reservar un mínimo del 10 % de su tiempo total de emisión a esta clase de obras de las que la mitad debían haber sido producidas dentro de los últimos cinco años. La Ley 25/94 no daba una definición de productor independiente y, en esto, sus previsiones habrían de completarse con las de otras leyes, en especial, de las reguladoras del sector audiovisual y cinematográfico que referiremos.

Es de notar que, en toda esta regulación, las obras audiovisuales que se busca promover no comprenderían los contenidos *Premium* cinematográficos - que, ya vimos, conformarían un mercado independiente integrado, en opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia, sólo por las producciones de Hollywood –, sino las obras cinematográficas europeas sin ese valor *Premium*, así como las películas para TV. A estos efectos, por películas para televisión había que entender con el legislador español de 1994 *“las obras audiovisuales de características similares a los largometrajes cinematográficos, es decir, obras unitarias de duración superior a sesenta minutos con desenlace final, con la singularidad de que su explotación comercial no incluye la exhibición en salas de cine”* (Art. 5.1.p.2.º de la Ley 25/94).

Puede notarse que toda esta normativa que acabamos de ver contenida en la Ley 25/94 se respeta prácticamente en la **LGCA de 2010**. En su Art. 2.6.a se define el programa de televisión, incluido dentro de la definición más amplia de los programas audiovisuales, como *“conjunto de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que constituye un elemento unitario dentro del horario de programación de un canal o de un catálogo de programas. En todo caso son programas de televisión: los largometrajes, las manifestaciones deportivas, las series, los documentales, los programas infantiles y las obras de teatro originales, así como las retransmisiones en directo de eventos, culturales o de cualquier otro tipo”*.

Dentro de esta categoría de los programas de televisión se incluyen: **(i)** la película cinematográfica de largometraje, que es *“la película cinematográfica que tenga una duración de sesenta minutos o superior, así como la que, con una duración superior a cuarenta y cinco minutos, sea producida en soporte de formato 70 mm., con un mínimo de 8 perforaciones por imagen”* (Art. 2.17); **(ii)** la película cinematográfica de cortometraje, que es *“la película cinematográfica que tenga una duración inferior a sesenta minutos, excepto las de formato de 70 mm. que se contemplan en la letra anterior”* (Art. 2.18); **(iii)** la película para televisión, que es *“la obra audiovisual unitaria de ficción, con características creativas similares a las de las películas cinematográficas, cuya duración sea superior a 60 minutos e inferior a 200 minutos, tenga desenlace final y con la singularidad de que su explotación comercial esté destinada a su emisión o radiodifusión por operadores de televisión y no incluya, en primer término, la exhibición en salas de cine; cuando sea oportuno en razón de su duración, podrá ser objeto de emisión dividida en dos partes”* (Art. 2.19); **(iv)** las miniseries de televisión, que son *“aquellas películas para televisión que, por razón de su duración, puedan ser objeto de emisión dividida en dos partes y que, cuando tenga lugar su emisión en estas condiciones, la duración conjunta de estas películas no supere los 200 minutos”* (Art. 2.20); y **(v)** la serie de televisión, que es *“la obra audiovisual formada por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental con o sin título genérico común, destinada a ser emitida o radiodifundida por operadores de televisión de forma sucesiva y*

continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente” (Art. 2.21).

También en el Art. 2.12 de la LGCA se incluye una definición de obra europea en línea con la incorporada a las directivas que dejamos estudiadas. Por otra parte, la figura del productor se define en el Art. 2.22: *“es la persona física o jurídica que asume la iniciativa, la coordinación y el riesgo económico de la producción de contenidos audiovisuales”*. En el Art. 2.23 se define la figura del productor de obras audiovisuales para televisión como *“la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de la creación de una obra audiovisual que no esté destinada a ser exhibida en salas cinematográficas, incluyendo las retransmisiones en vivo de acontecimientos que, en su origen, sean producidas con técnicas de televisión y sean susceptibles de exhibición en salas cinematográficas”*. La figura del productor independiente se define, asimismo, en el Art. 2.22: *“es la persona física o jurídica que produce esos contenidos, por iniciativa propia o por encargo, y a cambio de contraprestación los pone a disposición de un prestador de servicio de comunicación audiovisual con el que no está vinculado de forma estable en una estrategia empresarial común”* (presumiéndose que están vinculados de forma estable cuando son parte del mismo grupo de sociedades conforme al artículo 42 del Código de Comercio, o cuando existen acuerdos estables de exclusividad que limitan la autonomía de las partes para contratar con terceros).

El Art. 5, bajo la rúbrica de *“el derecho a la diversidad cultural y lingüística”* recogía los mandatos del también Art. 5 de la Ley 25/94 sobre porcentajes de emisión de obras europeas y, dentro de éstas, de obras en lenguas oficiales españolas, así como del Art. 6 sobre reservas de tiempos de emisión a las obras de productores independientes. Como novedad podía destacarse la de que los prestadores de un catálogo de programas debían reservar a obras europeas el 30 % del catálogo y, de esa reserva, la mitad lo sería en alguna de las lenguas oficiales de España.

También se reproducían los mandatos sobre financiación anticipada del Art. 5 de la Ley 25/94 en términos prácticamente coincidentes y con algunas especialidades, a saber: **(i)** para los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública de cobertura estatal o autonómica se elevaba del 5 al 6 %, el porcentaje del presupuesto que debía destinarse a la financiación de la producción europea; **(ii)** como mínimo, el 60 % de la obligación de financiación, y el 75 % en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, debía dedicarse a películas cinematográficas de cualquier género [en virtud de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Boletín Oficial del Estado: 5 de marzo de 2011, Núm. 55), y de su Disposición final cuadragésima primera, *“en todo caso, el 60 por ciento de esta obligación de financiación se destinará a la producción en alguna de las lenguas oficiales en España”*]; **(iii)** del anterior importe al menos el 50 % debía aplicarse en el conjunto del cómputo anual a obras de productores independientes; **(iv)** los prestadores de servicios de comunicación audiovisual debían dedicar como mínimo un 40 %, y el 25 % en el caso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública, del total de su respectiva obligación de financiación a películas, series o miniseries para televisión y, dentro de estos porcentajes, los prestadores de servicios de comunicación audiovisual de titularidad pública debían dedicar un mínimo del 50 % a películas o miniseries para televisión; **(v)** quedaban sometidos a la obligación de financiación establecida en el Art. 5 de la LGCA los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundieran canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas (prestadores de servicios de comunicación audiovisual a petición).

Terminando con la LGCA, en el Art. 40 se dispone que el objeto del servicio público de comunicación audiovisual comprende “*la producción, edición y difusión de un conjunto de canales de radio, televisión y servicios de información en línea con programaciones diversas y equilibradas para todo tipo de público, cubriendo todos los géneros, destinadas a satisfacer las necesidades de información, cultura, educación y entretenimiento de la sociedad y a preservar el pluralismo en los medios de comunicación*”. A tal fin, se busca en el mismo precepto estimular la producción propia cuando se prohíbe a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual ceder a terceros la producción y edición de los programas informativos y de aquellos que expresamente determinen los mandatos marco y, asimismo, cuando se ordena impulsar la producción propia de su programación de forma que ésta abarque la mayoría de los programas difundidos en las cadenas generalistas.

Junto con la LGCA la segunda ley con una especial incidencia sobre este mercado sería la **Ley 55/2007 del Cine**. Esta Ley establece un régimen general no sólo para las obras cinematográficas, sino para todas las audiovisuales, dentro de las cuales quedarían incluidas las producciones para TV. La razón de lo anterior, ya puesta de relieve al tratar del entorno normativo nacional del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, habría que encontrarla en la interrelación existente entre las industrias cinematográfica y televisiva: las parrillas de TV se alimentan, además de otros, de contenidos de cine y, a su vez, la TV viene a ser medio de difusión, promoción y financiación de las obras cinematográficas.

Así, la sistemática de la Ley (Art. 4) es la de partir del concepto amplio de obra audiovisual que abarcaría las películas cinematográficas (sobre la definición de éstas véase más arriba el epígrafe dedicado al entorno normativo del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos) y “*otras obras audiovisuales*” cuyo rasgo común sería el de no estar destinadas a ser exhibidas en salas cinematográficas. Dentro de estas últimas, se hace una especial referencia a las películas de TV (definidas en términos prácticamente coincidentes con los empleados por la LGCA) y, además, a las series de TV que se definen como “*obras audiovisuales formadas por un conjunto de episodios de ficción, animación o documental con o sin título genérico común, destinadas a ser emitidas o radiodifundidas por operadores de televisión de forma sucesiva y continuada, pudiendo cada episodio corresponder a una unidad narrativa o tener continuación en el episodio siguiente*”.

Por otro lado, el Art. 4 define el concepto de “*productor independiente*” - teniendo por tal a toda persona natural o moral que no soporte una influencia dominante de un prestador de un servicio de comunicación o difusión audiovisual o de un titular de un canal privado de TV ni tampoco la ejerza sobre ellos - y establece una enumeración ejemplificativa de supuestos en los que cabría apreciar lo anterior como, por ejemplo, cuando hubiera grupo de sociedades conforme al Art. 42 del Código de Comercio o participaciones superiores al 20 % del capital social.

Dentro del capítulo II de la Ley (“*Ordenación de la cinematografía y del audiovisual*”) habría disposiciones comunes a todas las obras audiovisuales, incluidas las cinematográficas, como las concernientes a su nacionalidad, a la inscripción en el Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales, a la calificación por grupos de edades o a la defensa de la competencia. Por otro lado, el capítulo III (“*Medidas de fomento y ayudas a la cinematografía y al audiovisual*”) incluiría el régimen general de ayudas para todas las obras audiovisuales en general, incluidas también las cinematográficas. A todos estos extremos hicimos alguna relación al tratar del entorno normativo nacional del mercado de los

contenidos *Premium* cinematográficos. Dignas de mención, dentro del Capítulo III citado, podrían ser las previsiones de los Arts. 34 y 35 los cuales se ocuparían, respectivamente, de “*los incentivos para la realización de obras audiovisuales que, utilizando nuevas tecnologías e innovaciones que se vayan produciendo en este campo, se destinen a su difusión en medios distintos a las salas de exhibición, televisión o vídeo doméstico*” y de las “*ayudas a las empresas cinematográficas y audiovisuales para la realización de actividades de I+D+i*”.

Finalmente y para terminar con el dibujo del entorno regulador que envuelve a este mercado, tan sólo hacer dos menciones: la primera referida a la vigencia, también en este ámbito, de la **normativa sobre derechos de propiedad intelectual** ya expuesta en otras partes de este trabajo; la segunda relativa a la existencia entre la legislación autonómica de **normas muy similares a las de ámbito estatal que acabamos de estudiar orientadas a la promoción de las obras audiovisuales originarias de ciertas Comunidades** (Vg., Capítulo III del Título III de la Ley valenciana 1/2006, de 19 de abril, del Sector Audiovisual: “*Reserva de programación televisiva*”; Capítulo I del Título VIII de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña: “*Obligaciones de los prestadores de servicios de televisión*”; Capítulo II de Ley Foral 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra y se crea el Consejo Audiovisual de Navarra: “*De la promoción, difusión y producción de determinados programas de radio y televisión*”) (norma derogada por su incompatibilidad con la LGCA a través de la Ley Foral 15/2011, de 21 de octubre; BO. Navarra 31 octubre 2011, núm. 216, [pág. 14921]).

e) El mercado de la producción de programas para televisión en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Vía Digital (remisión)

En el caso español de la integración de las plataformas digitales por satélite, ya hemos dicho, el mercado de producto identificado por el Tribunal de Defensa de la Competencia fue el de la producción y comercialización de obras audiovisuales para TV. Dado que este mercado iba, en opinión del TDC, referido tanto a la TV de pago, como en abierto, sus perfiles vendrían a ser más amplios que los del mercado de la producción independiente de programas de TV que la DG 4, en el asunto de HMG, identificó como mercado vinculado al de la difusión en abierto. En cualquier caso, y por mantener un cierto criterio en la exposición, mantenemos en esta sede el estudio de ambos. En lo demás referente a la identificación de las partes implicadas y a la descripción general de la operación valdría con remitirse a lo dicho, por ejemplo, al tratar del mercado de la televisión de pago.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la producción de programas para televisión y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Vía Digital

Aquí la demanda aparecía integrada por las TVs en general, en abierto y de pago, necesitadas de contenidos que emitir a través de sus canales sin distinción de géneros, pues, ya vimos, el TDC no consideró necesaria una mayor segmentación del mercado. La oferta era la emanada de las empresas productoras y comercializadoras que suministraban dichos contenidos (para una visión sobre este mercado en nuestro país antes de la fusión digital, puede consultarse Bustamante & J. M. Álvarez Monzoncillo: *“España: La producción audiovisual en el umbral digital”*⁴).

Sogecable estaba presente, del lado de la oferta, como productora de documentales y películas de TV, fundamentalmente, y del de la demanda a través de *Canal +*. *Vía Digital* no producía programas de TV para su venta a terceros, pero *Telefónica* estaba presente en el mercado, no sólo como demandante, a través de *Antena 3*, sino también como oferente, por medio de *Endemol*. Las cuotas de mercado, en términos de número de horas emitidas en TV de esta clase de programas, eran de un 6 %, en el caso de *Sogecable* y de un 12,9 %, en el de *Telefónica*. En todo caso, estos datos no los consideró el TDC especialmente reveladores pues, en sus propias palabras, *“estas cifras no son suficientemente relevantes para determinar el verdadero poder de estos grupos en este mercado dado que no es lo mismo producir un programa normal que un éxito de audiencia”*.

Para la evaluación del juego de la competencia en este mercado el punto de partida era el de la presencia de *Telefónica* en varios de los segmentos que lo componían. Desde el punto de vista de la oferta, dicha entidad era ya propietaria de algunas de las principales productoras de obras audiovisuales para TV en España (*Endemol*); tras la operación, pasaría a participar en el accionariado y en el Consejo de administración de la empresa – *Sogecable* - que controlaba la mayor parte de los contenidos *Premium* para TV de pago. Del lado de la demanda, *Telefónica* jugaba también un papel en este mercado a través de su participación en *Antena 3 TV* y en *Canal +*.

De estas circunstancias resultarían importantes restricciones del juego de la competencia en el mercado considerado, toda vez que un único operador estaría presente en él tanto del lado de la oferta, como del de la demanda. De otra parte, *Sogecable* y *Telefónica* estarían incentivados para llegar a acuerdos de colaboración en perjuicio de los demás operadores de TV privada, así como de los productores y distribuidores de obras audiovisuales. El TDC se encargó también de recalcar en sus conclusiones como de lo anterior podían derivarse severos recortes del pluralismo informativo y de las libertades de prensa y expresión de las que la TV era uno de los principales vehículos. Sobre estos mismos riesgos advirtió también *ONO*, operador de cable que había comenzado a operar en España mediante el tendido de red de acceso de banda ancha en 1998.

⁴ Disponible en <http://ehu.es/zer/zer7/bustamante66.html>.

e) El mercado de la producción de programas para televisión en el caso de la creación de HMG por Verónica, Endemol y RTL (caso HMG)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso HMG (remisión)

El supuesto era, ya dijimos, el de tres empresas que se concertaban para la creación de una cuarta que habría de dedicarse a la edición y comercialización de programas televisivos para ser difundidos por ella misma o por terceros. El mercado de la producción independiente de programas para TV fue uno de los tres delimitados junto con el de la audiencia o de los telespectadores y el de la publicidad televisada. Para una referencia más completa de la operación y de los sujetos implicados nos remitimos a lo dicho al tratar del mercado de la audiencia o de la difusión.

No obstante esta última remisión, recordar la existencia de la decisión de la Comisión posterior a la de 1995 mediante la que dicha institución vino a declarar la operación compatible con el mercado común atendido el cumplimiento de una serie de condiciones entre las que se contaría, ya con relación a este mercado de la producción independiente, la de que *Endemol* saliera del capital de *HMG*.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la producción de programas para televisión y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso HMG

Los programas en lengua neerlandesa procedían de productores independientes o bien de las cadenas en el caso de la producción para autoconsumo o propia. Las cadenas privadas apenas si contaban con producción propia, a diferencia de las públicas que elaboraban ellas y para sí un gran número de programas. Éstos, muy al contrario de lo sucedido con los adquiridos por las privadas de productores independientes, agotaban su interés con una primera emisión y no constituían un valor permanente, razón por la cual no entraban en competencia con aquéllos, pues ni tan siquiera eran objeto de comercio.

Las entidades públicas disponían, sí, del *know-how* y de los costosos medios materiales y personales necesarios para la producción de esas obras desechables, pero carecían, en cambio, de la infraestructura precisa para la generación de aquellas otras obras con un valor más duradero. Éste era el motivo de que se encontraran en una situación de dependencia con respecto a los productores de programación independiente como *Endemol*.

Los efectos de la operación sobre el juego de la competencia en el mercado de que tratamos podrían resumirse como sigue: las ventajas competitivas que la operación reportaría a las partes en el mercado de la audiencia o de los telespectadores habría de traducirse también en un reforzamiento de su posición en el mercado publicitario del que derivarían mayores ingresos que invertir en la producción de nuevos programas.

Centrándonos en la situación en el mercado en un momento posterior a la aparición de *HMG*, la primera impresión podía ser la de que *Endemol*, al tomar una importante participación en aquella y cobrar un destacado papel en sus órganos de decisión, habría adquirido, paralelamente, un poder relevante en un mercado descendente con respecto al que le era propio. En resumidas cuentas, *Endemol* vería reforzada su posición ya dominante en el mercado de la producción independiente para TV al disponer de una sólida base de ventas en *HMG*. De aquí a que vetara la adquisición de contenidos procedentes de otras productoras habría sólo un paso. Por último, desde esa situación de fortaleza *Endemol* podría extenderse hacia otros nuevos segmentos de programación en los que no estaba aún presente, tales como los relativos a los documentales, en claro detrimento de otras productoras de más reducida dimensión.

Como se adelantó, a consecuencia de la decisión de 20 de septiembre de 1995, *Endemol* renunció a su participación en *HMG*, de la que había salido de forma efectiva en mayo de 1996, dejando a *RTL* con una participación del 65 % y a *Verónica* con el 35 % restante. Esta retirada se habría traducido en que el pacto de distribución entre *HMG* y *Endemol* se circunscribiera a las condiciones impuestas por el mercado, sin trato de favor de ninguna clase, lo que fue uno de los factores que indujeron finalmente a la Comisión a aprobar la operación en esa otra decisión posterior.

f) Los mercados de la producción y comercialización de programas para televisión en el caso Cuatro

i) Reseña de la operación e identificación de las partes de la misma en el caso Cuatro (remisión)

Podríamos remitirnos a los epígrafes respectivos dentro de los siguientes mercados ya estudiados: TV en abierto, publicidad televisada, contenidos *Premium* deportivos para TV en abierto o de pago, contenidos cinematográficos y series y edición, comercialización y distribución de canales de TV. El supuesto era el de que *Telecinco* se hacía con el control exclusivo de *Cuatro* (Expediente C/0230/10), planteándose esta operación a la vez que otra de concentración económica consistente en la adquisición por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* del control conjunto de *DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (Digital+)* (expediente C/0231/10). La tramitación conjunta de ambos expedientes quedó al final sin efecto, si bien, para autorizar bajo compromisos la primera de esas operaciones, la DI consideró los efectos que podían derivarse de la segunda, de la cual, por cierto, desistieron al final las partes notificantes.

ii) Análisis pre-concentración de los mercados de la producción y comercialización de programas para televisión en el caso Cuatro

En el caso *Cuatro*, como vimos, la DI diferenció el nivel de la producción de contenidos audiovisuales, por una parte, y el de la comercialización de contenidos audiovisuales, por otra. En cuanto al nivel de la producción, no entendió necesaria una mayor segmentación de mercados. En todo caso, sí se refirió a que dentro de este mercado se incluían, además de otros contenidos, la producción de programas de televisión y noticias que luego eran emitidos a través de los canales de TV.

En lo que concierne al nivel de la comercialización, la DI segmentó el mercado de la comercialización de otros programas de televisión, a modo de cajón de sastre en el que insertar todos aquellos contenidos audiovisuales que no fueran eventos deportivos, películas o series. Además, los mercados situados en este nivel podían integrarse verticalmente con los mercados de la producción, dado que muchas veces un mismo operador producía y comercializaba a terceros esos contenidos audiovisuales.

Y hasta podía suceder que esa integración vertical en sentido descendente llegara incluso más abajo, hasta el punto de integrar o plegar en un solo mercado los niveles de la producción de contenidos, de la comercialización de los mismos y de la edición de canales. Lo anterior sucedía cuando un mismo operador producía el contenido y lo integraba en el canal que el mismo editaba.

Finalmente, podía suceder que ese plexado de mercados llegara hasta el nivel minorista de la comunicación audiovisual cuando un mismo operador llegara a producir el contenido y lo insertara en el canal que el mismo editaba y difundía. Esto era lo que tendía darse en la producción de programas (documentales, concursos, *magazines*, etc.) y noticias en los que predominaba la producción propia o la producción por terceros con la colaboración directa del editor del canal que se hacía titular originario en virtud del contrato de producción, con lo que, en la práctica, se asimilaba a la producción propia. En todo caso, los operadores de televisión presentes en estos mercados como productores de contenidos solían dedicar casi toda su producción a consumo interno. El desarrollo de la TDT, con la multiplicación del número de canales de televisión, según la notificante, había reforzado el carácter de autoconsumo de la producción de estas cadenas, ya que contaban con un mayor número de canales a los que dotar de programación. Éste era el caso de *Telecinco* y *Cuatro*.

No obstante ser la anterior la regla general, sucedía también que el mismo operador que producía el programa para difundirlo en su canal podía asimismo comercializarlo a otros editores de canales u operadores de comunicación audiovisual. Sólo *Telecinco* producía programación (p.e., entretenimiento) para la comercialización a terceros (operadores de pago y en abierto, nacionales e internacionales). Era preciso destacar que la mayor parte del gasto de *Cuatro* y *La Sexta* con terceros iba dirigido a productoras de programas de televisión, mientras que en el caso de *Telecinco* y *Antena 3* el nivel de gasto con terceros era mucho menor ya que muchos programas eran de autoproducción.

Los mercados de producción de programas para la televisión se encontraban muy atomizados. Existía un elevado número de productoras de series y programas en España, incluyendo entre ellos *Globomedia*, *Videomedia*, *Cuarzo Producciones*, *Boomerang TV*, *Bocaboca Producciones*, *Europroducciones*, *Mediapro*, *El Terrat* o el *Grupo Endemol*, al que pertenecían diversas productoras como *Diagonal Televisió*, *Linze Televisión*, *Zeppelin*, *Gestmusic*, *Zenit* y *Nadir*. No obstante, muchas de ellas estaban vinculadas a un operador de televisión concreto.

Así, desde el punto de vista de la estructura de mercado era relevante señalar que algunas de las empresas involucradas en la operación *Telecinco/Cuatro* participaban, bien directa, bien indirectamente, en productoras. Así: (i) el *Grupo Endemol España Holding* (al que pertenecían las seis productoras anteriormente mencionadas) era filial de las sociedades *Endemol International Booking* (74 %) y *Endemol Nederland Holding* (26 %); el grupo *Endemol* estaba, a su vez, participado por *Mediacinco* (33 %) en la que participaba *Telecinco* (75 %); (ii) *Telecinco*, además, participaba en otras dos productoras (*Producciones*

Mandarina – 42,13%- y *La Fábrica de la Tele*- 30%-) a través de su filial al 100 % *Atlas España*; y (iii) *Plural Entertainment España, S.L.* pertenecía al grupo *Prisa* a través de la *Sociedad Media Capital Produções, S.A.*

Mención específica merecía la actividad de producción de noticias, actividad en la que estaban presentes:

- i. ***Compañía Independiente de Noticias (CINTV)***. Pertenecía a *Sogecable*, y tras la operación pasaría a ser propiedad de *Telecinco*. CINTV producía las noticias de *Cuatro* y *CNN+*. Según *Telecinco*, esta entidad no prestaba servicios de noticias a terceros.
- ii. ***Atlas***. Propiedad del Grupo *Telecinco*, *Atlas* era una agencia de noticias audiovisuales de habla hispana que ofrecía también servicios de *broadcast* y producción. *Atlas* contaba con una filial, *Salta*, dedicada a la creación y producción de programas. Según su web, junto a *Telecinco*, *Salta* proveía de formatos a las cadenas autonómicas y a las principales televisiones locales. Según *Telecinco*, las actividades de *Atlas* se dirigían fundamentalmente a empresas del Grupo *Telecinco*, siendo marginales respecto a la actividad total de la empresa los servicios (de agencia de noticias y de *broadcast*) que se prestaban a terceros. De su facturación total en 2009, un [10-20%] de los ingresos de *Atlas* correspondieron a ventas a terceros (de ellos, un [0-10%] fueron facturados a CINTV). El [80-90%] restante se facturó a empresas del grupo *Telecinco*.

En todo caso, había que tener en cuenta que *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* no solían ser oferentes significativos de estos derechos y que los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el Pliego de Concreción de Hechos en estos mercados derivaban del poder de demanda de las partes. Los medios de producción con los que contaban *Telecinco* y *Digital+* representaban, según *Telecinco*, menos del 5 % de la capacidad total de producción en España.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mercados de la producción y comercialización de programas para televisión en el caso Cuatro

En lo que concierne a la evaluación post-concentración, ésta sería común para todos los mercados incluidos en los niveles citados de la producción y comercialización de contenidos audiovisuales, por lo que la reservaremos para cuando nos ocupemos de las conclusiones. No obstante, cabría destacar como aspectos más estrechamente relacionados con la producción y comercialización de programas los que se pasan a detallar.

Acaba de mencionarse que *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* no solían ser oferentes significativos de estos derechos. Así las cosas, los riesgos, sabemos ya, se situaban en el refuerzo del poder de compra de la nueva *Telecinco* en los mercados de la comercialización de contenidos. Además, los acuerdos cooperativos expuestos más arriba contribuían a reforzar el incentivo y la capacidad a la coordinación de estrategias competitivas de las partes implicadas en las dos operaciones de concentración que se consideraban, a saber, no sólo la de toma de control por *Telecinco* de *Cuatro*, sino además la de adquisición del control conjunto de *Digital +* por parte de *Telefónica*, *Prisa* y *Telecinco*.

En efecto, si como consecuencia de la capacidad e incentivos a actuar de forma coordinada en la adquisición de contenidos, se conjugase la demanda de contenidos audiovisuales de *Telecinco/Cuatro*, *Digital+*, *Telefónica* y *Prisa*, se ampliaría el abanico de canales de televisión en abierto y de clientes de pago con los que estos operadores podían rentabilizar la adquisición de contenidos para las distintas ventanas de explotación.

Así, *Telecinco* llegó a presentar un tercer bloque de compromisos dirigidos a compensar los efectos verticales derivados del refuerzo de la entidad resultante como demandante de contenidos audiovisuales. Este refuerzo sería especialmente significativo de consumarse la entrada de *Telecinco* como accionista de control de *Digital+*, lo que le ayudaría a utilizar la presencia simultánea en televisión en abierto y de pago para acaparar contenidos audiovisuales.

En el sexto compromiso, *Telecinco* se comprometía a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos a tres años, sin incluir derechos de adquisición preferente o prórroga. Se establecía una excepción en relación con el periodo de explotación de las series y programas de entretenimiento individuales, que no se limitaba, porque en estos casos había una labor de desarrollo y promoción del producto muy significativa por parte de los operadores de televisión en abierto, que se vería desincentivada en el caso de *Telecinco* si se limitase temporalmente el periodo en el que esta entidad podía explotar individualmente este tipo de contenidos.

En el duodécimo compromiso, *Telecinco* se comprometía: **(i)** a no concluir contratos que implicasen derechos de exclusiva o primera opción para la adquisición de la totalidad de la producción con productoras nacionales de contenidos; **(ii)** a renunciar expresamente a ejercer en cualquier momento los derechos de exclusiva para la adquisición de la totalidad de la producción, o a los derechos de primera opción sobre más de dos programas, con productoras no creadas con el apoyo de *Telecinco*; y **(iii)** a no renovar en términos de exclusividad o de primera opción los contratos suscritos con las productoras que hubieran sido creadas con el apoyo de *Telecinco*. Con estos compromisos, *Telecinco* limitaba su capacidad para excluir a las productoras de televisión nacionales como oferentes de programas a competidores de televisión en abierto. De esta manera, aunque el mercado de producción nacional de programas televisivos tenía una oferta muy variada, se evitaba que *Telecinco* utilizase sus vínculos con estas productoras para excluirlas totalmente del mercado.

Los anteriores compromisos, como todos los demás, tendrían salvo indicación en contrario, una duración inicial de tres años. Transcurrido dicho plazo, la Comisión Nacional de la Competencia valoraría si se había producido una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados, que justificase el mantenimiento, adecuación o supresión de las condiciones correspondientes por un periodo adicional de dos años. No obstante la duración prevista de los compromisos anteriores, *Telecinco* podría solicitar a la Comisión Nacional de la Competencia la modificación de su contenido y duración, en caso de que se produjera una modificación relevante en la estructura o la regulación de los mercados considerados.

f) Barreras a la entrada en el mercado de la producción de programas para televisión

Apenas si tiene sentido plantearse la existencia de barreras de entrada en este mercado de que ahora tratamos. Desde luego no parece que las haya tecnológicas. En lo que a las de naturaleza normativa se refiere, acabamos de ver que la nueva Ley del Cine con un cierto talante proteccionista acentúa el intervencionismo de la Administración disponiendo la inscripción de los productores de obras audiovisuales para TV en un registro administrativo especial. Lo anterior, no obstante, no admitiría ser catalogado como barrera de entrada; no se trata de la obtención de título habilitante. Por otra parte, en el borrador de anteproyecto de la Ley General Audiovisual llamaba la atención que se exigiera la notificación a la Administración para la edición de canales temáticos y no, en cambio, para la producción de estas obras audiovisuales para TV. Tras la entrada en vigor de la Ley, en la que tal exigencia se suprime respecto de los canales temáticos, la observación deja de tener sentido.

Por otra parte, y siguiendo una terminología acuñada por el Tribunal de Defensa de la Competencia, cabría hablar de restricciones normativas indirectas derivadas de la obligación, como hemos visto, de dedicar tiempo de emisión y presupuesto a cierta clase de obras: las europeas y de productores independientes. Por último, la obligación de respetar los derechos de propiedad intelectual podrá también, en ciertos casos, erigirse en obstáculo que salvar para acceder al mercado. Ese tipo de restricciones normativas indirectas modulará la entrada tanto en el mercado de venta de obras audiovisuales como en el de compra: Vg., el hecho de que cierto difusor deba dedicar un tiempo mínimo de emisión a obras europeas mediatizará al propio difusor a la hora de adquirir obras americanas, pero también limitará la oferta de estas últimas. En cuanto a los difusores de servicio público, el dato de que, por ejemplo en España, esa función de servicio público se extienda a las labores de producción de contenidos sin duda limitará las posibilidades de que las producciones procedentes de aquellos puedan competir con las procedentes de productoras privadas (así ocurrió también en el caso *Endemol*).

En cuanto a las barreras de entrada de naturaleza económica, la diferencia principal con respecto al mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos habría que cifrarla en la menor intensidad de las mismas en el caso de este mercado que ahora nos ocupa. Lo anterior permite barajar la opción de la integración vertical de las labores de producción de obras audiovisuales para TV y de difusión televisiva en un solo operador (Vg., *Sogecable*), es decir, la de que el difusor cree su propia división de producción o, al menos, mantenga vínculos estructurales con una productora (Vg. *Mediapro* y *La Sexta*), opción, esta última, que resultaría impensable con relación a las grandes superproducciones de los *majors* (por motivos estrictamente económicos) y a los contenidos *Premium* deportivos (por motivos económicos y organizativos: el difusor no puede organizar su propio campeonato de fútbol).

g) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la producción de programas para televisión (remisión)

La similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados de contenidos para TV, llevará a que agrupemos todas esas conclusiones en el apartado siguiente de la tesis.

7) RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES SOBRE LOS MERCADOS DE LOS CONTENIDOS

a) Sobre la relación de los mercados de los contenidos con otros mercados

La nota común a todos los mercados de producto inscritos dentro del segmento de los contenidos es la de ser mercados ascendentes con respecto a los de la difusión televisiva. De esta manera, los mercados con los que presentarían una mayor vinculación serían el de la audiencia (o de los telespectadores: difusión televisiva en abierto) y el de la TV de pago. En los epígrafes que preceden hemos llegado a identificar hasta seis mercados de contenidos y aún cabría imaginar la existencia de más en función de las circunstancias del caso concreto que deba ser objeto de examen por la autoridad de la competencia.

P.e., en la Decisión de 31 de enero de 1995 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE (IV/33.375 - *PMI-DSV*; Diario Oficial n° L 221 de 19/09/1995 p. 0034 – 0040), la Comisión identificó el mercado de las imágenes e información (con comentarios) televisivas sobre carreras de caballos para los clientes de las oficinas de apuestas como mercado afectado y subordinado al principal de las apuestas, en la medida en que permitían a aquéllos disponer de datos útiles para la realización de sus apuestas, es decir, para acceder del lado de la demanda al mercado de las apuestas.

Tanto el mercado principal como el subordinado tenían, en opinión de la Comisión, una dimensión geográfica nacional atendiendo a factores como serían las diferencias existentes entre las legislaciones de los diferentes Estados o las diferentes costumbres (características básicas de la demanda) de los apostantes residentes en cada uno de ellos a la hora de optar por las carreras nacionales o por las extranjeras o por un sistema de apuestas a tanto fijo (el apostante apostaba contra el corredor a un determinado caballo a razón de una determinada proporción o cotización; p.e., 1 contra 5, etc.) o mutuas (se creaba un fondo común con todas las cantidades apostadas, el Estado se quedaba con el 70 %, el corredor de apuestas con el 15 % y los apostantes ganadores con el 15 % restante).

El caso era el de que *Pari mutuel international SA (PMI)*, empresa francesa encargada de comercializar fuera de Francia las imágenes e informaciones televisadas sobre carreras de caballos francesas, celebraba un contrato con *Deutscher Sportverlag Kurt Stoof GmbH & Co. (DSV)*, compañía alemana dedicada a la retransmisión entre los apostantes alemanes también de imágenes e informaciones televisadas sobre carreras de caballos. En ese contrato se incluía, entre otras, una cláusula por virtud de la que *DSV* no podría ceder o sublicenciar el uso de la imagen y el sonido de las carreras hípicas francesas a los corredores de apuestas que tuvieran la forma jurídica de personas morales o que no existieran aún en la fecha de conclusión de dicho acuerdo.

Se trataba, pues de un caso de colusión vertical, inscrita dentro del grupo de distribución limitada, que tenía el efecto de restringir la competencia intramarca entre distribuidores en el mercado alemán de las imágenes propiedad de *PMI* y la competencia intermarcas en el mercado descendente de la retransmisión de esas imágenes entre los apostantes. Lo anterior motivó que la sociedad *Ladbroke Racing (Deutschland) GmbH*, de Colonia (*Ladbroke Deutschland*), filial alemana de *Ladbroke Racing Ltd*, el principal corredor de apuestas

inglés, presentara una denuncia ante la Comisión contra *PMI* y *DSV* por infringir lo dispuesto en los artículos 85 (colusión) y/o 86 (abuso de posición dominante) del Tratado. El denunciante pedía a la Comisión que condenara a las partes concertadas a poner a su disposición esas imágenes en condiciones no discriminatorias invocando, entre otras razones, la doctrina sentada en el caso *Magill* (*Vid Infra* el mercado de las guías con los avances de programación).

La Comisión entendió que el contrato entre *PMI* y *DSV* no entraba en el ámbito de aplicación de los artículos 85 o 86 del Tratado, entre otras razones (considerando 12), porque: *“El artículo 85 del Tratado no puede ser aplicable a dicha cláusula, ya que el licenciante puede, en virtud de tales legislaciones, elegir libremente al licenciatarario y determinar la extensión del territorio que le concede. La omisión de esta cláusula transformaría la licencia en una licencia europea y privaría en concreto al licenciante del derecho de elegir libremente, por motivos comerciales, financieros o de moralidad, a sus sublicenciatararios en los demás Estados miembros. Asimismo, dicha omisión podría privar al licenciante del derecho de asegurarse de las capacidades técnicas del sublicenciatarario, como, por ejemplo, de su capacidad para retransmitir correctamente las imágenes y sonido que le son enviados, habida cuenta, concretamente, de que el mandato conferido a FCR para la retransmisión de los mismos sólo abarca el territorio concedido por el acuerdo de 4 de diciembre de 1990. El licenciante se vería, pues, privado de la posibilidad de llevar a cabo una gestión coordinada del conjunto de las retransmisiones de imágenes y sonido a otros Estados miembros”*.

Volviendo a los seis mercados de contenidos que hemos llegado a identificar, de ellos, algunos se relacionarían con la TV de pago (contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos o canales temáticos; en cuanto a estos últimos téngase en cuenta la advertencia de que la digitalización de la TV terrestre posibilita su existencia también en TV en abierto) y otros tanto con la TV en abierto, como con la de pago (derechos para TV sobre eventos deportivos importantes o producción de programas para TV). En cuanto al mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos, su identificación era más bien coyuntural y respondía a las especialidades de los mercados nórdicos de la difusión televisiva donde la preeminencia del operador de telecomunicaciones (*Telia* o *Telenor*) le permitía interponerse entre los organismos de radiodifusión televisiva y otros operadores de telecomunicaciones distribuidores de TV más pequeños para adquirir la señal de los primeros con los derechos sobre los contenidos para revendérselos a los segundos.

Además, partiendo de que, como vimos en su lugar, mercado de la publicidad televisada y mercado de la audiencia son mercados superpuestos, los mercados de los contenidos tanto para TV de pago como para TV en abierto (producción de programas para TV y, más aún, derechos sobre eventos deportivos importantes), se encuentran interrelacionados también con el de la publicidad televisada, al ser el carácter más o menos atractivo de esos contenidos lo determinante de los índices de audiencia y, por ende, de los ingresos por publicidad.

b) Sobre la situación de los mercados de los contenidos en Europa

Una idea esencial de la que partir es la de la interrelación existente entre los mercados de los contenidos y los de las telecomunicaciones (redes y servicios). Lo anterior es así porque: **(a)** la presencia de contenidos atractivos en la red incentivará a los usuarios para contratar con los operadores de las redes a través de los cuales los mismos son suministrados y a dichos operadores para invertir en la mejora de sus redes; **(b)** la existencia de redes aptas para el suministro de contenidos multimedia de calidad a los usuarios estimulará a estos para adquirir esos contenidos y a los productores de estos últimos para invertir en la mejora de su calidad (para esto último uno de los presupuestos sería también el de la existencia de unas técnicas adecuadas de protección de los derechos de propiedad intelectual de los autores de esos contenidos; en Europa ha llegado a advertir la Comisión – *Vid Supra* – de que el inadecuado desarrollo de esas técnicas podría llegar a determinar una mayor fragmentación, si cabe, del mercado europeo de los contenidos audiovisuales).

En el Viejo Continente, esa interrelación entre ambos segmentos no lleva consigo un tratamiento paralelo de ambos. Los mercados de las telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas (redes y servicios) no sólo son mercados liberalizados, sino que además son mercados en los que las autoridades nacionales de reglamentación (ANRs) intervienen *ex ante* imponiendo obligaciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado a fin de garantizar que la competencia juega de modo efectivo.

Contrasta con la anterior la situación de los mercados de los contenidos en los que sus connotaciones culturales conducen a respaldar en el ámbito comunitario las medidas adoptadas en instancias nacionales a fin de preservar la diversidad. Lo anterior contribuye a la consolidación de las barreras culturales y lingüísticas que dificultan la circulación intracomunitaria de obras audiovisuales europeas y, en consecuencia, la aparición de un auténtico mercado audiovisual europeo, con lo que ello lleva consigo de subordinación al mercado norteamericano, mucho más homogéneo (comparten el mismo idioma) y en el que las grandes superproducciones se amortizan ya en origen. Es partiendo de esta situación como se explica la subordinación de los difusores europeos de TV de pago a los *majors* norteamericanos. Por lo demás, las medidas de estímulo adoptadas en el seno de la UE (programas MEDIA) tampoco bastan por sí solas para revertir la situación.

Además de lo anterior, puede ser interesante hacer aquí la advertencia de que la multiplicación de las ventanas de salida de contenidos audiovisuales asociada a la digitalización hará más difícil la concentración de audiencias sobre una obra determinada. Para paliar los efectos económicos negativos de lo anterior posiblemente lleguen a aumentar las concentraciones en el sector de la producción.

Ciñéndonos a los contenidos deportivos, y más en concreto al fútbol, lo más importante será tener en cuenta la tendencia a que los derechos sean adquiridos por operadores de TV de pago integrados en grupos multinacionales con un enorme poder económico que los consideran elemento esencial para el enganche de abonados. Los operadores en abierto, integrados en la *UER*, aun manteniendo los derechos sobre contenidos importantes (Vg. Juegos Olímpicos), a lo largo de los últimos lustros han venido cediendo cuota de mercado a favor de aquellos.

c) Sobre la identificación de los mercados de contenidos como mercados de producto pertinente

Hemos venido viendo que la definición de un mercado de producto pertinente determinado dentro del segmento de los contenidos es especialmente sensible a las circunstancias del caso y del mercado nacional a los que en cada momento se enfrenten las autoridades de la competencia.

Otra situación particular era, por ejemplo, la comentada por el Profesor Díez Estella en *“Los partidos de bolos y el Derecho antitrust: encuentros y desencuentros”* (Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008; 3 parte Justicia Deportiva; Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008; BIB 2008\2190). En este caso, el mercado ascendente con respecto a los de la comunicación audiovisual era el de la inscripción de las peñas de bolos en competiciones oficiales de ámbito estatal. Las peñas de bolos necesitaban acceder a esas competiciones para generar derechos de imagen sobre los partidos que luego vender a los operadores audiovisuales.

En este caso el mercado relevante en el que la entidad infractora disfrutaba de una posición dominante era, pues, el de *“de la inscripción de las peñas en competiciones oficiales de ámbito estatal, en el que la FEB es la única oferente por ser la organizadora de dichas competiciones y corresponderle la exclusiva en la expedición de licencias que dan derecho a las peñas a participar en ellas, ostentando éstas, en consecuencia la calidad de demandante en este mercado”* (v. fundamento de derecho segundo de la resolución del TDC).

En su recurso ante la Audiencia Nacional frente a la resolución del TDC, el primero de los motivos alegados por la FEB había sido precisamente error manifiesto del TDC a la hora de definir el mercado relevante, pues -aducía en su argumentación la recurrente- *“la inscripción de peñas no es una actividad económica ni por lo tanto puede ser definida como mercado de producto relevante”*. La Audiencia Nacional hizo caso omiso de este motivo, al señalar (Fundamento Jurídico Cuarto) que *“las Federaciones tienen una actividad privada, y otra actividad pública en la que tienen encomendado por ley el ejercicio de potestades públicas, aunque no son titulares de las mismas, porque las ejercen por delegación”*. A esta conclusión llegaba la AN tras un detenido análisis de los correspondientes preceptos de la legislación aplicable (básicamente, artículo 43.3 de la Constitución Española; artículo 30 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; y artículos 1 y 3 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas), y con esa base legal desvirtuaba el argumento de la FEB de que su actuación no era una actividad económica, sino administrativa, y por tanto escapaba al ámbito de aplicación de la normativa antitrust.

La Audiencia admitía que la Federación actuaba como Administración Pública cuando realizaba la actividad de inscripción en las competiciones; sin embargo, no era menos cierto que el establecimiento de una condición como la cesión de los derechos de retransmisión deportiva a una determinada empresa para la inscripción de los clubes en la Liga Nacional, incluyendo entre la “normativa” de aplicación a las competiciones oficiales la aceptación del contrato firmado por la Federación para la retransmisión de los partidos, no constituía una actividad administrativa. Es más, había sido la actuación de la FEB presionando a las peñas bolísticas para que cedieran sus derechos de retransmisión de los partidos de Bolos a *Audiovisual Cantabria*, estableciendo que ése era un requisito necesario para su inscripción

en las competiciones, precisamente lo que constituía el núcleo de la conducta considerada como abusiva.

Vimos ya también que en la Decisión de la Comisión, de 23 de julio de 2003, (COMP/C.2-37.398 — Venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la UEFA; Diario Oficial nº L 291 de 08/11/2003 p. 0025 - 0055), fueron identificados nuevos mercados de contenidos distintos de los ya clásicos, a saber: *“los mercados ascendentes de los derechos de 3G/UMTS inalámbrico, los de Internet y los de vídeo a la carta, que son nuevos mercados emergentes – por falta de desarrollo tecnológico y de las infraestructuras necesarias para acercarlos a los consumidores - en el sector de los medios de comunicación tanto a escala ascendente como descendente que discurren paralelos al desarrollo de los mercados en el sector de la televisión de pago”*.

Igualmente, en su Decisión 2001/718(CE) de 11 de octubre de 2000 (Asunto COMP/M.1845 - AOL/Time Warner) (Diario Oficial nº L 268 de 09/10/2001 p. 0028 – 0048) hubo de pronunciarse sobre un proyecto de concentración entre *America Online, Inc.* (“AOL”) y *Time Warner, Inc.* (“Time Warner”), para crear la nueva entidad *AOL Time Warner*. A raíz de las fusiones, tanto AOL como Time Warner se convertirían en filiales propiedad al 100 % de AOL Time Warner.

La Comisión señaló (números 35 y 36 de la decisión):

“Contenidos de pago distintos a la música (contenidos de banda ancha). En el asunto Telia/Telenor/Schibsted, la Comisión definió un mercado de contenidos de pago. En el curso de su investigación, la Comisión encontró pruebas de la existencia de una demanda emergente de oferta integrada y centralizada de contenidos de banda ancha por Internet. Esta demanda se refiere a paquetes de contenidos de audio/vídeo (tales como películas, competiciones deportivas, o conciertos de música pop) por Internet, y como tal, parece distinta de la demanda de películas y de programas de televisión suministrados por canales de distribución más tradicionales (tales como pago por visión, vídeo a la carta o alquiler de DVD/vídeo). En cuanto al alcance geográfico de este mercado, por una parte, debido a los requisitos lingüísticos de las distintas audiencias nacionales para películas y programación de TV, es probable que este mercado sea nacional, al igual que los equivalentes de la televisión de pago”.

Sin embargo en su considerando 37 señaló que:

“A efectos de la presente evaluación, no es necesario decidir si existe o no un mercado de producto distinto para la oferta integrada de contenidos de banda ancha, puesto que puede concluirse que la operación no da lugar a la creación de una posición dominante en este ámbito.”

Al margen de las consideraciones de la Comisión, hay que observar que en un escenario de plena digitalización y de progresiva evolución a un escenario de “*todo IP*” (plena implantación de la Sociedad de la Información), incluso en la red terrestre, las diferencias entre estos mercados de contenidos de banda ancha y los de contenidos para su difusión televisiva tenderían a diluirse. Ya hoy estas diferencias dejan de percibirse bien con relación al suministro de contenidos sobre RTPC, como en *Imagenio*. Parece que ese mercado de contenidos de banda ancha se refiere a un modelo de distribución por el proveedor de acceso a IT mediante descarga (modelo *streaming*) tras el acceso a determinados sitios *web* por parte

del usuario, lo que intenta perfilarse como alternativa al modelo de video a la carta facilitado por el operador de telecomunicaciones (modelo *Telecom* como en el ejemplo citado de *Imagenio* o en el de *OJO* de *ONO*). A estas cuestiones y al escenario de lucha por hacerse con el valor añadido derivado de los contenidos entre ISPs (proveedores de acceso a IT) y operadores de telecomunicaciones nos hemos referido ya en otras partes de la tesis (por ejemplo, al hablar de *Net Neutrality*).

Este mercado era el campo natural de *Time Warner*. *Time Warner* era líder mundial en contenidos audiovisuales (i.- programas de televisión por cable como, por ejemplo, el canal de películas clásicas *TNT*, *Cartoon Network* y *CNN News Group*; ii. - participación en cinematografía, producción televisiva y emisión por televisión, con *Warner Bros. Studios*, *New Line Cinema* y *WB Network*; iii.- en Europa, producción y distribución de películas, distribución de programación de televisión y de videos domésticos y gestión de cines a través de empresas participadas así como acuerdos de coproducción y distribución con *Polygram Holdings Inc.*, *Canal Plus* y *UFA/CLT*). *Time Warner*, *Warner Brothers*, tenía una posición significativa como proveedor de contenidos para este mercado, en su calidad de gran estudio de Hollywood. Las cuotas de mercado de los productores de películas dependían del número de éxitos de cada año. *Warner Brothers*, en cuanto al valor de películas en taquilla en Europa, tendría una cuota de mercado entre el 10 y el 20 % en cualquier año (número 91 de la decisión).

El anterior mercado de contenidos se relacionaría con otro de comunicaciones electrónicas, a saber, el de los servicios de acceso a Internet. La Comisión apuntó (números 38 y concordantes de la decisión):

“Acceso a Internet de banda ancha. En el curso de su investigación, la Comisión encontró pruebas de la existencia de una demanda emergente para la prestación de acceso a Internet de banda ancha en domicilios particulares. El acceso de banda ancha proporciona acceso a Internet de alta velocidad y ofrece una mayor calidad visual y de audio que el acceso por línea telefónica (de banda estrecha). Esto incluye streaming de vídeo y audio, vídeo por correo electrónico, publicidad interactiva y videoconferencia, ninguno de los cuales puede realizarse con eficacia a través de líneas tradicionales de banda estrecha. El mercado de servicios de Internet de banda ancha parece ser esencialmente nacional, debido a la necesidad de instalar una conexión física (línea telefónica para DSL y cable para el módem por cable) entre los clientes y el PSI. A efectos de la presente evaluación, no es necesario determinar si existe un mercado de acceso a Internet de banda ancha diferente, si DSL, el cable y otras formas de acceso rápido a Internet pertenecen al mismo mercado de producto de referencia, o si este mercado es nacional, puesto que, después de estudiarlo, se ha llegado a la conclusión de que la transacción no da lugar a la creación de una posición dominante en este ámbito”.

El anterior mercado era el campo natural de *AOL*. *AOL* era, esencialmente, un proveedor de acceso a Internet líder mundial (servicios interactivos, empresas de Internet, tecnologías de Internet y servicios de comercio electrónico). En el mercado europeo de acceso a Internet por línea telefónica, que seguía y sigue hoy en gran parte dominado por las compañías telefónicas establecidas, por razón de su control sobre el bucle local, *AOL* era el único PSI con presencia en la mayoría de los Estados miembros y era, además, el segundo PSI más importante en Francia, Alemania y el Reino Unido.

Los riesgos para el juego de la competencia derivados de la integración vertical en la nueva entidad de los servicios de acceso a IT de banda ancha (AOL) y de los contenidos de banda ancha de Time Warner o, en palabras de la Comisión, “de la biblioteca de películas y programas de televisión de Time Warner en los servicios de distribución en línea y en la red de Internet de AOL”, cabría explicarlos sobre la base de los siguientes razonamientos de la propia Comisión:

“El modelo de crecimiento de AOL en Estados Unidos (al menos en parte) se basa en las características únicas de AOL. AOL ofrece gran cantidad de contenido de fácil utilización, en vez de limitarse a proporcionar un portal para acceder a los contenidos situados en cualquier lugar de Internet. También se ha descrito el servicio de AOL como un «jardín vallado» o una «autoridad única», donde la mayoría de los usuarios de Internet tendría la impresión de que pueden encontrar lo que quieren. Esto parece significar que en la portada de AOL se ofrece un gran número de servicios y contenidos. Muchos de éstos son exclusivos de AOL. Una vez que el usuario pulsa estos enlaces hipertexto, entra en un callejón sin salida desde donde solamente puede acceder a otros servicios afiliados y a cierto contenido básico exterior. Sin embargo, los clientes de AOL pueden ser dirigidos lejos de contenidos que compitan demasiado agresivamente con AOL. En este contexto, puede ser útil recordar que junto a la conexión básica a Internet, AOL fusiona y prepara los contenidos de Internet para beneficio de sus clientes (estos servicios son similares a los prestados por un editor, que compila y ordena material escrito por otros). Los contratos concluidos por AOL contienen cláusulas restrictivas que prohíben promociones o vínculos a sitios de Internet fuera de la red AOL, o la venta de productos que compitan con los de AOL. A consecuencia de estas restricciones, los usuarios de AOL permanecen en la red de AOL, aunque tengan la impresión de que están navegando por Internet sin restricciones.

[...]

La Comisión considera que la integración vertical del contenido de Time Warner con los servicios de Internet de AOL modificará el incentivo de AOL, poniendo precios de acceso a los proveedores de contenidos no afiliados. Tras la fusión, AOL tendrá en cuenta, en sus negociaciones con terceros proveedores de contenidos, el impacto de la competencia en la rentabilidad de Time Warner. Por tanto, AOL tendrá un incentivo para endurecer las condiciones comerciales y aumentar el precio del acceso con el fin de proteger la rentabilidad de Time Warner y compensar la reducción de ingresos de Time Warner por causa de la competencia.

[...]

La nueva entidad será el primer proveedor de contenidos de banda ancha verticalmente integrados. La Comisión opina que una empresa capaz de vincular el acceso de banda ancha de Internet con un amplio arsenal de contenidos atractivos de banda ancha (y de música) tendrá una considerable ventaja competitiva sobre las empresas o proveedores de contenidos no integrados que suministran una gama más limitada de contenidos”.

No obstante lo anterior, terminó la Comisión concluyendo que la operación notificada no iba a implicar la creación o refuerzo de una posición dominante en ninguno de los dos mercados anteriores.

En el mercado de comunicaciones electrónicas (acceso a IT de banda ancha) las razones eran que *“ni AOL ni Time Warner poseen infraestructura de transmisión en Europa, que se caracteriza por la presencia de empresas de cable y telefónicas consolidadas. Time Warner posee una amplia infraestructura de cable en Estados Unidos con unos 12,6 millones de abonados a finales de 1999, pero no tiene participación en ningún sistema europeo de cable”*.

En el mercado de los contenidos (contenidos de pago de banda ancha) porque la cuota arriba referenciada del 10 %-20 % de que disfrutaba *Time Warner* no iba, como consecuencia de la operación, a quedar situada en umbrales que permitieran apreciar el riesgo de esa creación o refuerzo de una posición dominante.

AOL se convirtió de nuevo en una empresa independiente tras poner fin a su fusión con *Time Warner*, una operación que deslumbró en plena etapa de exuberancia y en el punto álgido de la burbuja de las compañías “punto com” hace casi una década pero que con el tiempo se comprobó que no resultaba exitosa (Efe - Nueva York - 10/12/2009). También se encontraban referencias en *El Mundo* de 10 de diciembre de 2009:

“Por el camino han quedado las mayores pérdidas declaradas por una empresa en la historia, 90.000 millones de euros en 2003... La separación de AOL y de Time Warner marca el inicio de una nueva era en los medios de comunicación de EEUU. Es el fracaso del intento de integración entre las empresas de internet y las de medios de comunicación, y acaso una confirmación de que la búsqueda de sinergias entre las diferentes unidades de las empresas de información es, por utilizar una expresión inglesa, «como pastorear gatos». Se acabó tratar de acceder a audiencias masivas. La nueva norma es buscar contenidos especializados, ajustados a unas audiencias fragmentadas y con información tan ajustada al perfil de cada lector que se le pueda hacer pagar por ella. ... Pero el fracaso de la experiencia de AOL y Time Warner no ha logrado disuadir a otros empresarios de las ventajas de una integración vertical de medios de comunicación. Esa filosofía es la que subyace a la compra de la empresa de televisión y el estudio de Hollywood NBC Universal (NBCU), hasta ahora propiedad de General Electric, por Comcast.

Pero la compra de NBCU plantea problemas de concentración del sector. Comcast ha sido sancionada por violar los principios de neutralidad en la Red, es decir, por hacer que determinados contenidos se descarguen más despacio en sus usuarios. Ahora que la empresa tiene acceso a una de las mayores fábricas de información y entretenimiento del mundo, esas prácticas pueden ser un problema central.

Lo cierto es que los medios de comunicación estadounidenses parecen estar buscando, más que el acceso masivo de la fusión de Time Warner, llegar a públicos especializados y cobrar por los contenidos. Ésa parece ser la filosofía de Comcast en su compra de NBCU, que le ha salido por más de 20.000 millones de euros. Incluso el gigante de la información financiera mundial, Bloomberg, está estudiando esa opción. Bloomberg planea fusionar la «web» del semanario de información económica «Business Week» por una cifra ridícula (menos de 650.000 euros) con la suya propia y cobrar por el acceso”.

Dejando al margen el anterior, y algún otro caso particular, y sin perjuicio de cualesquiera otras definiciones posibles en otras coyunturas diferentes, la recapitulación de los mercados de contenidos identificados en los casos estudiados podría ser la siguiente:

- (1) **El mercado de la venta mayorista de derechos sobre contenidos en el caso Telia/Telenor.** En este caso la posición preeminente de los incumbentes nórdicos de telecomunicaciones les permitía adquirir derechos sobre los programas de los organismos de radiodifusión televisiva. El mercado de contenidos pertinente se situaba en este caso en la reventa de esos derechos por parte de esos incumbentes, *Telia* y *Telenor*, a otros operadores de cable más pequeños. Por esta última razón era definido como un mercado mayorista. Además el mercado así definido comprendía los derechos sobre contenidos sin valor *Premium* (cine de estreno y acontecimientos deportivos de especial interés).
- (2) **El mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes en el caso UER.** La definición del mercado de producto pertinente propuesta por la *UER* fue la de la adquisición de los derechos de TV sobre acontecimientos deportivos importantes, en cualquier modalidad (en abierto o de pago) y con independencia del carácter nacional o internacional del evento de interés paneuropeo. La DG 4 apuntó a que diferentes eventos deportivos, en función de la nacionalidad de los participantes o del deporte de que se tratara, podían dar lugar a mercados independientes dentro de aquél, sin embargo, no fue concluyente por no exigirlo las circunstancias del caso concreto.
- (3) **El/los mercado(s) anterior(es) de adquisición de derechos de difusión de la televisión convencional y de pago en el caso UEFA.** En este pronunciamiento apuntaba la Comisión que cine y deportes podían dar lugar a diferentes mercados de producto. Dentro de los deportes, señalaba que las competiciones regulares y las no regulares podían dar lugar a mercados separados. Del mismo modo, señalaba que el fútbol podía dar a su propio mercado frente a otras prácticas deportivas. Sin embargo, no llevó las anteriores observaciones a la definición del mercado de producto pertinente, al no exigirlo las circunstancias del caso concreto.
- (4) **Los mercados afectados de la adquisición y reventa de los derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey, (en especial de equipos de Primera División) en los casos AVS III/concentración y AVS III/colusión.** El TDC sentaba que contenidos deportivos y cinematográficos daban lugar a diferentes mercados de producto, entre otras razones, porque en los primeros era esencial el disfrute en directo y porque su interés variaba mucho en función de cuál hubiera sido la marcha de la competición. En el caso del mercado español, el fútbol daba lugar a su propio mercado de producto, incluso frente a otros deportes también con valor *Premium* en nuestro país como ciclismo y carreras de Fórmula 1. Se dejaban fuera del mercado de producto pertinente los partidos de interés regional o local y quedaban sólo comprendidos dentro del mismo los de competiciones de interés nacional como, por ejemplo, Liga y Copa del Rey. Asimismo, se dejaban fuera del mercado de producto pertinente las competiciones futbolísticas carentes de regularidad como, por ejemplo, el Mundial o las Olimpiadas que no generaban una corriente estable de ingresos y cuyas estructuras de precios y de comercialización eran muy diferentes a los de los partidos integrados en campeonatos regulares, por lo que unos y otros no eran percibidos como sustitutivos por los consumidores finales y por los operadores de televisión. Si bien dentro del mercado de producto pertinente quedaban incluidos los partidos en directo y los resúmenes con valor *Premium*, quedaban excluidos los partidos en diferido que no tenían el valor diferenciador de aquéllos. El mercado de producto comprendía los

campeonatos nacionales (partidos de Liga de Primera y Segunda División y Copa del Rey), pero no las competiciones regulares europeas (Liga de Campeones y Copa de la UEFA) porque en ellas no estaba asegurada la presencia de equipos españoles a medida que iba avanzando el campeonato y presentaban una estructura de la oferta y de los precios muy diferente. El mercado comprendía tanto los derechos para TV en abierto, como para TV de pago (las cadenas en abierto y las de pago competían entre sí para comprar los derechos a los clubes y, aguas abajo, para captar a los televidentes). Finalmente, se diferenciaban como mercados distintos el de la adquisición de derechos de los clubes y el posterior de la puesta en común y reventa de los derechos adquiridos.

- (5) **El mercado de la reventa de derechos de retransmisión de los diferentes acontecimientos futbolísticos en el caso Gol TV.** En la línea del caso *AVS III* se consideraba que los derechos de retransmisión de la Liga y la Copa de SM el Rey de fútbol constituían un mercado definido y diferenciado de las competiciones europeas y, asimismo, que la actividad de reventa de derechos de retransmisión de la Liga y la Copa de SM el Rey de fútbol formaba parte de un mercado diferente al de la adquisición de estos derechos por la vía de su compra a los clubes. Era sólo el de la reventa el mercado relevante en el caso *Gol TV*.
- (6) **El mercado de la adquisición de derechos de retransmisión en directo de acontecimientos futbolísticos celebrados durante el año y todos los años como son los partidos de la Liga española, la Copa de S. M. El Rey y de la Liga de Campeones y la Copa de la UEFA en los que participen equipos españoles para TV de pago en el caso Vía Digital.** La autoridad de la competencia excluía del mercado las competiciones de periodicidad superior a la anual como la Eurocopa o el Mundial de selecciones. Se excluían también los partidos en diferido por las mismas razones expuestas en el caso anterior. A diferencia del caso anterior, se incluían las competiciones regulares europeas como la Liga de Campeones y la Copa de la UEFA dentro del mercado de producto pertinente.
- (7) **El mercado del suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV de pago en el caso BiB.** Las consideraciones de la Comisión coincidieron con las del TDC español en el caso *Vía Digital*, con la única matización de que, en el caso concreto sometido a su conocimiento, la DG 4 no consideró necesario valorar si cine y deportes debían dar lugar o no a mercados diferenciados.
- (8) **El mercado de los derechos sobre programas audiovisuales en el caso Cablevisión.** Esta definición del mercado de contenidos fue, incluso, más amplia que la del caso anterior.
- (9) **El mercado de los contenidos Premium deportivos para TV de pago en el caso Telepiù.** La autoridad nacional de la competencia italiana incluyó dentro de este mercado no sólo los campeonatos de fútbol, sino también los de Fórmula 1 y aún otros deportes como tenis, esquí o ciclismo cuando participaran equipos o deportistas italianos. Por su parte, la Comisión en su decisión posterior identificó como mercados de la TV de pago afectados por la operación el de los derechos sobre partidos de fútbol celebrados regularmente (cada año) como los de la Liga nacional (*Calcio*), Copa, Copa de la UEFA y Liga de Campeones y en los que participaban los equipos nacionales y el mercado, distinto del anterior, de los derechos exclusivos sobre otros acontecimientos deportivos.

- (10) **El mercado de los contenidos Premium cinematográficos para primera y segunda ventana de TV de pago en el caso Vía Digital.** El mercado de producto pertinente tan sólo incluía las grandes superproducciones de los grandes estudios de Hollywood que eran las únicas que conferían un valor de diferenciación bastante a las ofertas de TV de pago. Quedaban fuera los derechos de explotación de los filmes en las modalidades de video bajo demanda y video casi bajo demanda, pues en ellas no imperaba la exclusividad característica de la primera y segunda ventana de TV de pago. Por otra parte, al no tenerlas el telespectador por sustitutivas, primera y segunda ventana darían lugar a mercados diferenciados.
- (11) **El mercado de los contenidos Premium cinematográficos para TV de pago en el caso Telepiù.** La definición del mercado de producto pertinente coincidió en lo esencial con la realizada por el TDC, con la única matización de incluir las ventanas de video bajo demanda y video casi bajo demanda.
- (12) **El mercado de la edición y comercialización de canales temáticos en el caso Vía Digital.** Esta definición del mercado de producto pertinente iba referida sobre todo al mercado de la TV de pago, por más que la digitalización de la TV en abierto fuera a permitir más adelante ensanchar el ámbito del mercado de producto.
- (13) **El mercado de la producción y comercialización de obras audiovisuales para TV en abierto o de pago en el caso Vía Digital.** El mercado de producto pertinente se definía, en este caso, casi por exclusión, al comprender todas aquellas producciones de obras audiovisuales para TV en abierto o de pago que no fueran contenidos *Premium* cinematográficos ni deportivos ni tampoco canales temáticos.
- (14) **El mercado de la producción independiente de programas para TV en el caso HMG.** La definición del mercado de producto pertinente prácticamente coincidía con la realizada por el TDC en el caso anterior. Como aspectos diferenciadores importantes con respecto a este caso podrían destacarse que la DG 4 refirió este mercado de contenidos a la TV en abierto, más que a la de pago, y que excluyó del mercado pertinente la producción propia desarrollada por las cadenas públicas para su propio autoconsumo.
- (15) **Los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales y de la edición, comercialización y distribución de canales en el caso Cuatro.** Ya vimos que la DI realizó su particular definición más de niveles que de mercados, por no exigir las circunstancias del caso concreto una exacta definición de los segundos. Sobre esta definición volveremos más abajo al ocuparnos de las conclusiones sobre el caso *Cuatro*, a las que valdrá con que ahora nos remitamos

El anterior repaso permite, en efecto, comprobar los perfiles más bien difusos de los mercados de los contenidos, a expensas de la coyuntura del mercado y del caso concreto. Sin embargo, en esencia son lo mismo. Se trata de derechos sobre contenidos audiovisuales, cualesquiera que estos sean y ya den lugar a mercados mayoristas ya a otros al por menor (por ejemplo, el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago y el de los derechos para TV en abierto o de pago sobre eventos deportivos importantes cabría entender que son el mismo mercado pues todas las cadenas, en abierto y de pago, concurren para la adquisición de esos derechos).

En este sentido, la aplicación de las pruebas de la sustituibilidad de la oferta (p.e., resultaría poco concebible que un editor o comercializador de canales temáticos pasara, en el corto plazo y sin enfrentar grandes inversiones, a ofrecer contenidos *Premium*) y de la demanda (p.e., ante un IRSNTP de los *films* de Hollywood no cabría que las plataformas de TV de pago acudieran a otras producciones con tanto valor de gancho y que les pudieran proporcionar un número tan elevado de abonados) será común a todos ellos, como hemos dejado estudiado en epígrafes precedentes.

Sobre sustituibilidad de la oferta en otros ámbitos, la Comisión cita el ejemplo práctico del papel que, en sus diversas calidades, puede producirse fácilmente por un mismo proveedor aún cuándo, desde la perspectiva de la demanda, no resulte igual, Vg., el papel común para escribir que el necesario para la ilustración de obras de arte (V. *Torras/Sarrio*, decisión de 24.2.92, Asunto IV/M.166). También en el asunto *Knip/Bührmann Tetterode/VRG* (decisión 4.5.1993, Asunto IV/M.291, DOCE 1993 L 217/35) aplicó este mismo criterio para entender que el cartón de baja resistencia (cartoncillo) y el de alta resistencia (cartón) formaban un único mercado de producto a pesar de que los clientes no los consideraban sustitutivos. La razón era que la diferencia entre uno y otro era simplemente de gramaje y de número de capas.

Podría también llamarse la atención sobre la existencia de economías de gama dentro de ciertos contenidos audiovisuales – producción de programas para TV y edición de canales temáticos – que podrían llegar a debilitar la aplicación del criterio de la sustitución del lado de la oferta (un productor de obras audiovisuales podría sin grandes dificultades pasar a editar canales temáticos, aun cuando no sea del todo cierta la proposición inversa). No obstante, la aplicación del criterio de la sustitución del lado de la demanda junto con el dato de que ambas clases de contenidos satisfagan diferentes necesidades de los difusores avalaría que nos encontremos ante diferentes mercados de producto.

Además de lo anterior, otros aspectos podrán en cada caso contribuir a la definición del mercado de producto. La estructura de la oferta podrá jugar un papel importante, por ejemplo, en el caso de los contenidos *Premium* cinematográficos basados en los *output deals*. La estructura de la demanda, según esté conformada por organismos de radiodifusión o por intermediarios de derechos, valdrá para diferenciar entre mercados de contenidos minoristas o mayoristas, respectivamente. Los niveles de precios y las fuertes barreras de entrada de tipo económico contribuirán a la definición de mercados de contenidos con valor *Premium* frente a otros sin ese valor. El uso o la finalidad prevista no valdrán para la segmentación de mercados de contenidos en el nivel minorista pues, en fin, todos cumplen una misma finalidad cual es la de entretener a los usuarios. Sin embargo, a medida que ascendamos en la cadena de valor, el hecho de que, por ejemplo, la finalidad de los derechos se refiera a su explotación a través de plataformas de TV de pago, de TV en abierto, de Internet, de telefonía 3 G, etc. sí podrán llegar a fundamentar la existencia de diversos mercados de producto.

En cuanto al recurso a los elementos de prueba manejados por la Comisión para la definición del mercado de referencia, tampoco es que aporte especialidades significativas. La falta de desvío de pedidos hacia otros contenidos diferentes (*“elementos de prueba de una sustitución en el pasado reciente”*) podría, perfectamente, ser de aplicación (p.e., un difusor de TV de pago no renunciará a la contratación de contenidos *Premium* para sustituirlos por canales temáticos). Del mismo modo, la baja elasticidad propia de la demanda, pues, por

ejemplo, el incremento de los precios aplicados por los Clubes de fútbol para la venta de los derechos sobre sus partidos no implicaría reducciones en los pedidos de los adquirientes de los mismos, y la negativa elasticidad cruzada de la demanda de tales contenidos con respecto a otro contenido audiovisual posible (p.e., obras audiovisuales no *Premium*), hacia el que no se derivaría la demanda en caso de incremento de precios (“*ensayos cuantitativos específicamente concebidos para la delimitación de los mercados*”).

En la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia se menciona como elemento de prueba el de las “*opiniones de clientes y competidores*”. Se trata de conocer la opinión de clientes o competidores sobre lo que ocurriría de tener lugar un incremento pequeño pero significativo y no transitorio de precios siempre que la misma vaya respaldada por datos reales. Este criterio, a diferencia del de las características básicas de la demanda, va referido, sobre todo a mercados mayoristas. Sin duda jugarán también su papel en este sentido las opiniones de los competidores o clientes como las puestas de manifiesto a resultados de los muestreos estadísticos entre otros proveedores de contenidos o adquirientes de los mismos.

Las características básicas de la demanda plasmadas en las preferencias nacionales serán esenciales a la hora de definir, por ejemplo, los mercados sobre contenidos deportivos excluyendo del mercado los partidos en los que no participen equipos nacionales. La incertidumbre en cuanto a la calidad o reputación de otros contenidos audiovisuales diferentes (“*obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos*”) podría ayudar a excluir del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos las producciones nacionales españolas, por más que las mismas pudieran, en ciertos casos, llegar a dar resultados espectaculares en taquilla (p.e., películas de *Torrente*).

d) Sobre la identificación de los mercados de contenidos como mercados geográficos de referencia

En lo que se refiere a la definición de mercados geográficos de referencia dentro del segmento de los contenidos, la pauta en todos los casos es la de identificar mercados de dimensión geográfica nunca superior a la nacional atendiendo a criterios lingüísticos y culturales (con la excepción de la venta mayorista de derechos sobre contenidos en los mercados nórdicos por la tradición de subtitular identificado en el caso *Telia/Telenor*) o a las preferencias y gustos nacionales, en el caso concreto de los derechos sobre acontecimientos deportivos. Lo anterior tendría que venir confirmado por la aplicación de la prueba del monopolio hipotético tal cual vimos en cada uno de los epígrafes correspondientes. No obstante lo anterior, en el caso concreto de los contenidos *Premium* cinematográficos comercializados por los grandes estudios norteamericanos podría sostenerse que se trata de un mercado de dimensión mundial con arreglo a consideraciones que se dejaron reflejadas en el epígrafe correspondiente.

La dimensión geográfica nacional parece, no obstante, haber sido confirmada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 30 de septiembre de 2003 [Asuntos T-346/2002 y T-347/2002 (acum.)] resolviendo el recurso de anulación planteado por *Cableuropa* y otros frente a la decisión de la Comisión Europea de remitir a las autoridades nacionales de competencia el acuerdo de integración de Vía Digital en Sogecable (considerando 20): “*La dimensión nacional del mercado de los derechos de*

retransmisión de películas se explica del siguiente modo: «Los derechos para la retransmisión codificada de las películas se conceden generalmente en exclusiva por períodos variables sobre una base lingüística y para una zona de difusión determinadas. En el caso de España los derechos de difusión se limitan al territorio español, luego los mercados geográficos correspondientes a los derechos sobre películas de cine son pues de ámbito nacional. El mercado español representa por tanto el mercado geográfico relevante y constituye un mercado que presenta todas las características de un mercado definido, de acuerdo [con] la letra a) del [apartado] 2 del artículo 9 del Reglamento de Concentraciones (LCEur 1989\1891) y [con el apartado] 7 del citado artículo» (Decisión impugnada, considerando 26).”

En parecido sentido, la Decisión *B Sky B/Kirch Pay TV*, (considerando 45): “Por lo que respecta al mercado geográfico de la adquisición de derechos de retransmisión, si bien pueden obtenerse a nivel mundial y algunos operadores los adquieren para más de un territorio al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de los derechos de retransmisión se adquieren aún a escala nacional o, a lo sumo, por área lingüística. Por consiguiente, la Comisión ha declarado que los derechos de retransmisión de películas se conceden generalmente para una versión lingüística y para una zona de difusión determinadas”.

En cuanto a los elementos de prueba citados por la Comisión, podrían jugar un papel importante los siguientes: (i) la falta de desvío de pedidos a otras zonas geográficas a consecuencia de variaciones de precios (p.e., en *Telia/Telenor*, la falta de pedidos de programación por los cableoperadores pequeños fuera de la zona nórdica); (ii) las características básicas de la demanda conformada por esos gustos y preferencias nacionales ya citados (p.e., la comunidad de televidentes españoles respecto de las series de ficción para TV); o (iii) la localización geográfica de las compras (p.e., el hecho de que los derechos sobre los grandes estrenos de *Hollywood* se comercialicen sobre bases nacionales contribuye a que el mercado sea nacional, a pesar de que, como se ha dicho, en algún precedente se le haya querido conferir dimensión mundial).

e) Sobre el entorno normativo de los mercados de los contenidos

En cuanto al entorno normativo correspondiente al mercado de la venta mayorista de derechos sobre contenidos identificado en el caso *Telia/Telenor*, ninguna referencia se encontraba a lo largo de todo el texto de la decisión de la Comisión. Completar en este punto la resolución de la autoridad de la competencia pasaría por hacer un estudio de la regulación de los contenidos audiovisuales en los mercados noruego, danés, finés y sueco, lo que parece, a todas luces, desmedido y nos alejaría muy lejos de nuestros objetivos. Por otra parte, lo anterior no tendría tanta importancia desde el momento en que las ideas esenciales sobre el entorno normativo correspondiente a los mercados de los contenidos a escala europea y nacional (española) resultaría con claridad de lo que pasaremos a decir.

Sobre el entorno normativo del mercado de los derechos para televisión (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes, ya se dijo que, en dos de los casos en que dicho mercado fue identificado (*UER* y *UEFA*), el mismo vendría a estar constituido, básicamente, por las normas estatutarias de esas dos asociaciones (estatutos de la *UER* y reglamento de retransmisiones de la *UEFA*). Dentro del mercado anterior integramos también el de la

adquisición y reventa de derechos deportivos sobre partidos de Liga y Copa del Rey en los casos *AVS III/concentración* y *AVS III/colusión* y en el caso *Gol Televisión*. La razón era que, en estos dos casos, la autoridad de la competencia incluyó tanto los derechos para emisiones en abierto, como para emisiones de pago. En lo demás, prácticamente, valdría con remitirnos al entorno normativo del mercado de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago a que a continuación nos referiremos (de hecho, ambos mercados casi serían el mismo).

No obstante la anterior remisión, una cuestión primordial que anticipamos era la de a quién correspondía, en el derecho español, la titularidad originaria de los derechos audiovisuales sobre los partidos. Ante la ausencia de soluciones claras en normas como la Ley del Deporte o la Ley de Propiedad Intelectual, la autoridad de la competencia se alineaba con posiciones doctrinales y precedentes de jurisprudencia comparada favorables a atribuir la titularidad originaria a los clubes, al ser ellos los que asumen el riesgo y ventura de la competición deportiva. Este mismo argumento, reforzado con otros como los derivados del derecho de propiedad (Art. 33 CE y 348 CC) o el de accesión (Art. 353 CC), servirían para atribuir esa titularidad originaria, no al club visitante, sino sólo al anfitrión, en cuanto que poseedor del estadio y el organizador del evento.

Pasando ya a ese *entorno normativo correspondiente al mercado de los contenidos Premium deportivos para TV de pago*, las ideas esenciales serían las siguientes. Dentro del ordenamiento jurídico comunitario, la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual contiene una serie de normas cuya finalidad es la de garantizar el derecho a la información permitiendo la emisión de extractos breves por parte de los difusores que no sean titulares de los derechos de exclusiva sobre acontecimientos deportivos y el acceso del público en general a los acontecimientos deportivos catalogados como de interés general.

Dentro del ordenamiento español el desarrollo de estas previsiones de la Directiva se contenía, para los eventos deportivos, en la Ley 21/1997 reguladora de las Emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos y, tras la derogación de ésta, se contiene en la vigente Ley General de Comunicación Audiovisual, que impone, por otro lado, una duración máxima de 4 años para los acuerdos de cesión exclusiva de derechos deportivos. Todos estos principios se incluían ya en el borrador de Anteproyecto de la Ley General Audiovisual cuyo Art. 65, además, encomendaba a la autoridad audiovisual estatal o autonómica velar porque se suprimieran los acuerdos entre titulares de canales y proveedores de contenidos que, por su duración o exclusividad, lesionasen la libre concurrencia en el mercado o implicasen riesgo de abuso de posición dominante.

Aparte, la Ley 17/2006, de la radio y televisión de titularidad estatal afirma que la difusión de los acontecimientos deportivos catalogados como de interés general quedaría bajo el manto del servicio público encomendado a la corporación RTVE.

En cuanto al *entorno normativo referido al mercado de los contenidos Premium cinematográficos*, el mismo vendría a coincidir *con el de las obras audiovisuales* por lo que, en aras de la brevedad, pasaremos a exponerlos conjuntamente. Dentro de la normativa europea, la pauta es la de que, aparte de la sujeción de ambos mercados a la normativa general sobre derecho de la competencia y la aplicabilidad de una serie de directivas ya estudiadas sobre propiedad intelectual, la potestad para incidir en la regulación de los mismos corresponda al legislador nacional dada la ausencia de facultades de la UE sobre la materia. De ahí que el derecho comunitario sea parco en la ordenación de estos mercados aun

cuando algunas de esas pocas normas se encuentren investidas de una importancia indudable, en particular, las relativas al fomento de las obras europeas (reserva de tiempo de emisión para las mismas) y de las obras europeas de productores independientes (reserva de tiempo de emisión o, alternativamente, destino de parte del presupuesto de la cadena a su financiación). Fuera de lo anterior, apenas si cabría citar el Art. 8 de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual que ordena a los estados miembros velar porque los difusores bajo su jurisdicción no emitan obras cinematográficas fuera de los periodos acordados con los titulares de los respectivos derechos.

Dentro de la normativa nacional, habría ciertos aspectos destacables como la transposición a nuestro ordenamiento de las previsiones de la Directiva de servicios de medios de comunicación audiovisual operada por la LGCA, la existencia también de importantes normas relativas a los derechos de propiedad intelectual y la de una profusa regulación autonómica sobre todas estas materias. En cualquier caso, todos estos serían aspectos explicados, más que cumplidamente, en su lugar sin que parezca necesario ahondar en los mismos ahora en conclusiones.

Al margen de lo anterior, y de la existencia de otras normas administrativas de menor importancia traídas a colación al ocuparnos del entorno normativo de estos mercados, lo más digno de mención tal vez sea la entrada en vigor de la nueva Ley 55/2007 del Cine. La misma aspiraba a regular los aspectos sustantivos (creación, producción, distribución, exhibición, promoción y fomento) tanto de las obras cinematográficas, como del resto de obras audiovisuales (incluidos los programas y series para TV). De su texto, acaso podría destacarse una intensificación del control administrativo sobre los agentes activos en estos mercados disponiendo su inscripción en registros administrativos especiales y la atribución de facultades al Instituto de la Cinematografía y de las Artes audiovisuales para la denuncia ante la Comisión Nacional de la Competencia de prácticas colusorias o abusos de posición dominante dentro de estos mercados, así como la elaboración de dictámenes no vinculantes (lo que de modo expreso extiende el Art. 14 a las cláusulas de vinculación incluidas en los *output deals*).

Previsión muy similar a esta última podía ya encontrarse en el Borrador de Anteproyecto de la Ley General Audiovisual; de hecho, la aprobación de la nueva Ley del Cine había que enmarcarla en el contexto de falta de aprobación de la Ley General Audiovisual, mucho más completa y coherente.

Recapitulando ya sobre el **entorno normativo del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos** lo primero sería destacar que, si en los dos de contenidos a que acabamos de referirnos la regulación a escala europea es mínima, en este de los canales temáticos resulta prácticamente inexistente. Dentro de la normativa española, tampoco son muchas las normas al respecto dentro de las Leyes vigentes. En este sentido, acaso si podría destacarse que la actividad de edición de canales temáticos queda cubierta también por la actividad de servicio público encomendada a la Corporación RTVE; o ciertas obligaciones de información impuestas a los editores a fin de que por la Administración pueda llegar a controlarse el cumplimiento de las obligaciones expuestas más arriba en relación con las obras europeas y con las obras europeas de productores independientes.

Por otra parte, vimos ya que una regulación más completa de la actividad de edición y comercialización de canales temáticos cabía encontrarla en el Borrador de Ley General Audiovisual. En éste la condición de titular del canal (persona que asume la responsabilidad

de la edición del canal y de los contenidos incluidos en el mismo) podía o no recaer en una misma persona que la de prestador del servicio de difusión (persona responsable de la comunicación pública de una oferta de contenidos audiovisuales consistentes en uno o varios canales de TV). Además, para empezar a operar como editor de canales, se exigía la notificación previa a la administración. En lo demás, valdría con hacer una remisión a la exposición del contenido del borrador realizada al tratar del entorno normativo nacional correspondiente al mercado de la edición y comercialización de canales temáticos, no sin advertir que todas estas menciones específicamente dirigidas a la actividad de edición de canales no se mantienen ya en la LGCA.

f) Sobre el análisis de la estructura de los mercados de contenidos en España

El análisis de un mercado cualquiera inscrito dentro del segmento de los contenidos pasará por fijar la cuota correspondiente a cada uno de los proveedores activos en el mismo. El indudable peso de la marca hará que el criterio determinante sea, nuevamente aquí, el del valor de las ventas (cantidades de dinero obtenidas con la comercialización de los derechos sobre los contenidos), más que el de su volumen (número de unidades o contenidos vendidos) (Vg., lo importante no será cuantas superproducciones se hayan vendido, sino cuáles hayan sido los ingresos obtenidos con esa venta por cada estudio norteamericano). La importancia de este factor del valor de las ventas será, sin embargo, mayor cuanto mayor sea también el valor Premium de los derechos audiovisuales, al jugar en ellos la marca un papel mucho más importante (p.e. el Club de fútbol cuyos partidos se trate de emitir o el carácter de gran estudio de la productora de films) que en el caso de canales temáticos o obras audiovisuales para TV.

El factor de la cuota de mercado será el que permita decidir si el concreto mercado de contenidos ante el que nos encontramos es un mercado competitivo o no (monopolio, duopolio u oligopolio) y, en todo caso, cuál es su grado de concentración normalmente expresado a través del IHH.

Como hemos venido reiterando, las labores de análisis del mercado cabe que sean realizadas abstracción hecha de una determinada concentración o práctica restrictiva. Ahora bien, a diferencia de otros mercados (Vg., el de la audiencia o de los telespectadores, el de la TV de pago o el de la publicidad televisada), en los que los datos sobre cuotas de mercado son fácilmente accesibles atendiendo a la información suministrada por las agencias de medición de audiencias o por la propia CMT, en los mercados de los contenidos los datos a los que estar son más bien los suministrados por las autoridades de la competencia al conocer de un determinado asunto. Lo anterior, junto con la necesidad de no extendernos demasiado, nos llevará a centrar las conclusiones sobre análisis de mercados inscritos dentro del segmento de los contenidos en los casos concretos examinados por las autoridades de la competencia.

Un repaso de estos casos, en lo referido al español como mercado geográfico de referencia, permite concluir que raro es el supuesto en el que la autoridad de la competencia hace un análisis completo de un mercado de contenidos expresando las cuotas de mercados correspondientes a todos los operadores con arreglo al criterio del valor de las ventas, fijando la dimensión global del mercado o su grado de concentración. Lo anterior, al margen de la necesidad de preservar la confidencialidad en ciertos casos, podría, las más de las veces,

obedecer al hecho de ser los mercados de los contenidos no los mercados principales o relevantes en la operación, sino tan sólo mercados afectados donde las exigencias del análisis podrían llegar a atenuarse. Acaso una excepción significada con respecto a esta afirmación podría venir a estar representada por el caso *AVS III*.

A partir de los pronunciamientos de la autoridad nacional de la competencia hemos podido identificar los siguientes mercados españoles de contenidos:

1) **El mercado Premium español de la adquisición de derechos sobre eventos deportivos importantes (fútbol) para televisión en abierto o de pago (casos AVS III y Vía Digital)**. Realmente, y por lo que hemos venido viendo, cabría aquí distinguir la existencia de diversos niveles de la cadena de valor:

- a) ***Nivel primario de venta de derechos por los clubes***. En el nivel primario de venta de derechos por los clubes, la autoridad de la competencia vertió en el caso *AVS III* datos reveladores, aunque no del todo concluyentes, referentes a la brecha existente entre los ingresos obtenidos por los clubes grandes y los pequeños en este mercado primario. Así se señaló que los dos primeros equipos que más ingresos percibían por la venta de sus derechos audiovisuales suponían un 44 % del total; si se unía el tercer equipo, tal porcentaje superaba el 50 %; y si se consideraban los cinco primeros equipos ese mismo porcentaje era del 60 %. Con arreglo a estos criterios podríamos concluir que el mercado español sería un mercado concentrado, pero sin llegar al extremo de la existencia de posiciones dominantes individuales y, probablemente, tampoco colectivas.

En este nivel es fácil que llegue a darse la colusión horizontal entre clubes (p.e., el pacto de derecho de veto del club visitante), a fin de compensar el poder del lado de la demanda. Las barreras de entrada son palmarias, pues sólo pueden acceder a este mercado los clubes que participen en la competición oficial de que se trate, dada la imposibilidad de organizar competiciones alternativas o paralelas.

En cuanto a la dimensión global de este mercado primario de la venta de los derechos audiovisuales, el montante total de los mismos había pasado de suponer 320 millones de euros en la temporada 2005/2006 a representar más de 540 millones de euros en la temporada 2007/2008.

- b) ***Nivel primario de compra de derechos a los clubes***. Conforme a los datos facilitados por el CCNC en el caso *AVS III*, apenas si cabría señalar la existencia de tres grupos de adquirientes de estos derechos, a saber, los organismos de difusión televisiva activos en los mercados descendentes (*TV Valenciana*, *TV Catalunya*, *Sogecable/Cuatro/Digital Plus*, *Mediapro/La Sexta*, etc.), los intermediarios de derechos (p.e.: *Phedra Sports* o *Santa Mónica*), que los adquirirían para especular con ellos y revenderlos, y la plataforma conjunta de adquisición (*AVS*).

Aquí no cabría hacer referencia a la existencia de datos indubitados de la autoridad de la competencia sobre cuotas de este mercado de compra, grado de concentración del mismo, etc. Por otra parte, las particularidades del sistema híbrido español (derecho de arena + derecho de veto del club visitante) dificultarían enormemente asignar un valor por ingresos a los derechos de los que cada uno de esos agentes fuera titular, hasta que no llegaran a casarse con los del resto de clubes para así dar

lugar a la unidad partido, cuyos derechos de emisión ya sí serían más fácilmente cuantificables. Por este motivo, la asignación de cuotas de mercado habría de tener lugar, en este nivel, aún en función del número de clubes cuyos derechos hubieran quedado en manos de cada operador.

Aún así, posiblemente cabría ya apreciar en este nivel una posición dominante de la plataforma común de adquisición de derechos, *AVS*, con la capacidad para forzar al resto de adquirientes a volcar en ella sus derechos, so pena de no poder rentabilizarlos, como ya vimos. En este sentido, las barreras de acceso a este mercado de compra y los riesgos de exclusión del mismo son fortísimos.

A lo largo de la temporada 2005/2006 se puso en marcha un ciclo de renovaciones en el que *Sogecable*, limitado por las condiciones del ACM 2002, sólo pudo cerrar contratos por tres temporadas (2006/2007 a 2008/2009) con 27 clubes de Primera y de Segunda División. En el siguiente ciclo de renovaciones, el que se activó a lo largo de la temporada 2006/2007 y al inicio de la temporada 2007/2008, *Sogecable* no pudo acudir en igualdad de condiciones por esa limitación.

En el ciclo de renovaciones activado a lo largo de la temporada 2005/2006, *Mediapro* se hizo con los derechos de algunos clubes por cinco temporadas (temporada 2006/2007 a temporada 2010/2011), al no estar sometidos a las mismas limitaciones temporales que *Sogecable*. En el siguiente ciclo de renovaciones referido anteriormente, puesto en marcha a lo largo de la temporada 2006/2007 y al inicio de la temporada 2007/2008, se hizo *Mediapro* con los derechos audiovisuales de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) de, al menos, 38 de los 42 equipos que militaban en Primera o Segunda División en la temporada 2008/2009. La vigencia de los contratos respecto a los derechos de 30 de los 38 equipos era hasta, por lo menos, la temporada 2013/2014, es decir, más de cinco temporadas. Adicionalmente, algunos de esos contratos contenían prórrogas encubiertas y derechos de adquisición preferente una vez vencidos los plazos de vigencia contractual.

Es decir, que en el mercado español, las condiciones impuestas por el ACM 2002 a *AVS/Sogecable* sirvieron a *Mediapro* para revertir la posición claramente dominante de aquélla en este mercado. Para salvar la situación, el Acuerdo *AVS III* de 24 de julio intentó preservar la posición dominante de *Sogecable* en el segmento de los derechos audiovisuales referidos a la TV de pago permitiendo a *Mediapro*, como contrapartida, adquirir una posición dominante en el segmento de los derechos audiovisuales para difusión en abierto.

- c) ***Nivel de la puesta en común en el seno de la plataforma común.*** En este nivel, los adquirientes diferentes de *AVS* anteriormente señalados aportarían a ésta los derechos que hubieran adquirido en el mercado primario, pudiendo recibir como contraprestación ya una suma de dinero (p.e., si los mismos fueran *brokers* de derechos) ya el derecho a la emisión de cierto número de partidos (lo que se daría en el caso de que los mismos fueran difusores). La plataforma común adquiriente pondría en común los derechos así adquiridos con aquellos otros de los que fuera ya titular por haberlos adquirido en el mercado primario y de esa puesta en común resultaría el derecho a la difusión de un elenco de partidos en concreto.

En el trienio anterior al momento de plantearse la operación *AVS III/concentración* (2003/2006), *AVS*, directamente o a través de sus matrices, llegó a ostentar los derechos correspondientes a 39 de los 42 clubes (92,8 % del total), mientras que los derechos correspondientes a los otros tres clubes (*Valencia*, *Villareal* y *Levante*) se explotaban también a través de *AVS* en virtud de un acuerdo entre la propia *AVS* y *TVV*. Así, y con las salvedades lógicas derivadas de la coyuntura concreta del mercado, en ese momento podía hablarse de posición dominante individual en manos de *AVS* e incluso de monopolio.

- d) **Nivel de la asignación y de la reventa de partidos.** Dado que la plataforma común no procederá a la difusión por sí misma de los partidos cuyos derechos haya llegado a hacer suyos a resultas de la combinación de los derechos de los clubes de los que sea titular, lo normal será que proceda a la asignación de partidos en concreto, normalmente a favor de titulares de organismos de difusión televisiva. Tal asignación podrá tener lugar a favor de: (i) *Sogecable*, en cuanto que titular de la *Cuatro* (TV en abierto) y *Digital Plus* (TV de pago) y, además, titular al 100 % de *AVS*; (ii) otros titulares de organismos de difusión televisiva en abierto (cadena autonómicas, *La Sexta*, etc.) o de pago (cableoperadores, *Imagenio*, etc.) ya sea en términos de reventa, contra el pago de una cantidad, ya de permuta, como contraprestación por la previa aportación de los derechos de ciertos clubes por parte de ese difusor televisivo.

En este nivel, la fijación de cuotas de mercado de cada uno de los organismos de radiodifusión podría llevarse a cabo ya partiendo del número de partidos que cada uno de ellos tuviera derecho a transmitir. Así lo hizo la autoridad de la competencia en el caso *AVS III/concentración*, al señalar que, en la temporada 2005/2006:

- i) **Campeonato de Liga.** *Sogecable* ofreció el 81 % de los partidos televisados entre Liga y Copa; (ii) otros operadores de televisión de pago (*Telefónica* y cableoperadores), ofrecieron un 66 % de los partidos, todos ellos en pago por visión; (iii) las televisiones autonómicas ofrecieron un porcentaje del 10 % de los partidos televisados; y (iv) *Localia* ofreció un porcentaje del 8 % correspondiente, en su totalidad, a partidos de Segunda División. *La Sexta* no televisaba ningún partido de Liga ni de Copa (0 %).
- ii) **Copa del Rey.** Las televisiones autonómicas emitieron 7 partidos en abierto, *Cuatro* emitió 2 en abierto y *Telecinco* emitió uno (la final). El resto (28) fue emitido en PPV por todos los operadores que prestaban estos servicios (*Telefónica* y cableoperadores).
- 2) **El mercado Premium español de los contenidos cinematográficos.** Como vimos, de los 88 títulos con mayor éxito en las salas españolas de exhibición en los años 1999, 2000 y 2001, 67 fueron distribuidos por alguno de los grandes estudios con los que *Sogecable* tenía firmados esos contratos de exclusividad. Se trataba de un mercado en el que los grandes estudios ejercían claramente una posición dominante colectiva o, visto de otra manera, con propensión a la colusión horizontal; de hecho, la siguen ejerciendo, siendo ésta una constante en el mercado español.

Con Scherer/Ross (*Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1990, espec. págs. 17, 199 y ss., 339) puede observarse

que en los mercados oligopólicos las empresas son conscientes de que sus estrategias sobre producción y precios afectarán de manera muy directa a sus competidores y originarán una reacción por parte de ellos. Ante esta situación puede ocurrir que las empresas compitan para incrementar su cuota a costa de las demás cuando piensen que pueden terminar por imponerse. Pero también es posible, que no siendo fácil la previsión del resultado, busquen un consenso entre ellas que les permita eliminar la incertidumbre y la rivalidad maximizando así los beneficios de modo conjunto. El primer escenario se caracteriza por la existencia de estrategias enfrentadas orientadas, cada una por separado, a la búsqueda del precio más competitivo, mientras que el segundo se traduce en un paralelismo de conductas monopolístico y en acuerdos sobre los precios y resto de condiciones de producción.

La estructura de la demanda se basaría en las plataformas de TV de pago. Es un mercado maduro, con fortísimas barreras de entrada de tipo económico y en el que el poder de compra de las plataformas de TV de pago no es bastante a contrarrestar el poder de mercado del lado de la oferta. Acaso en el trasfondo del asunto *Vía Digital* pudiera llegar a vislumbrarse un papel discolorado de *MGM*, que rompiendo con la línea del resto de grandes estudios, se vino a aliar con *Vía Digital*.

- 3) **El mercado español de la edición y comercialización de canales temáticos.** Se trataría de un mercado de contenidos que presentaría un menor grado de concentración que los anteriores. Tomando los datos de 2001 facilitados por la autoridad de la competencia en el caso *Vía Digital*, hasta 30 compañías diferentes producían del orden de 80 canales temáticos diferentes.

En este mercado no habría posiciones dominantes y, probablemente, ni tan siquiera poder de mercado. Inicialmente la estructura de la demanda se basaba en plataformas de TV de pago, sin embargo, con la digitalización de la TV en abierto también estas últimas cadenas habrían pasado a demandar esta clase de contenidos. Se trata, en lo demás, de un mercado sin barreras de entrada en el que el poder de mercado se situaría más del lado de la demanda (cadenas de TV) que del de la oferta.

- 4) **El mercado español de la producción de programas para televisión.** En el caso *Vía Digital* el TDC apenas si dio algunos datos escasamente representativos sobre cuotas de mercado de algunas de las productoras de esta clase de obras, atendiendo a las horas de presencia de las producciones en las parrillas de programación. Más representativos de la situación del mercado español podrían ser, por ejemplo, los datos facilitados por el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe N-06022 *Mediapro/Arbol Producciones (vid supra)*. En este caso se señalaba que el mercado español de producción de programas de televisión era un mercado muy atomizado en el que convivían más de 130 productoras independientes con las producciones realizadas por las cadenas de TV.

En lo demás, con pequeñas matizaciones, sería perfectamente aplicable a este mercado lo que se acaba de señalar para el de los canales temáticos.

g) Sobre la evaluación del juego de la competencia en los mercados de contenidos en España

i) Ante concentraciones de empresas

(1) Concentraciones horizontales

Partiendo de la realidad del mercado español, pasaremos a ocuparnos de la posibilidad de que lleguen a darse concentraciones dentro de cualquiera de los cuatro mercados de contenidos referidos en el anterior epígrafe y, en el caso de efectivamente existir esa posibilidad, de las consecuencias que la concentración podría llevar aparejada sobre las variables competitivas de precio, calidad, cantidad, variedad o novedad de los productos o servicios.

Si comenzamos por referirnos a las concentraciones horizontales, las mismas, de llegar a darse, apenas si llegarían a tener incidencia sobre los mercados de contenidos más atomizados, que serían los de los canales temáticos y los de las obras audiovisuales para TV. En cuanto a los mercados de contenidos *Premium* cinematográficos, se trataría del supuesto de integración horizontal de uno o más de los grandes estudios de Hollywood, lo que excedería evidentemente del ámbito del mercado español.

Finalmente, en el caso de los contenidos *Premium* deportivos, la posibilidad de la concentración horizontal habría que plantearse en cada uno de los niveles que dejamos identificados más arriba:

- 1.º En el nivel primario de venta de derechos por los clubes, no cabe, evidentemente, plantearse concentraciones horizontales entre clubes de fútbol oferentes de derechos.
- 2.º En el nivel primario de compra de derechos a los clubes, podrían plantearse concentraciones horizontales entre los compradores de derechos. Ciertamente, lo anterior podría darse en el caso de empresas *brokers* de derechos, sin embargo, lo cierto es que no ha llegado a darse y poco ningún interés tendría en la práctica, pues difícilmente llegarían a reunir una cuota del mercado de compra tan significativa como para poder suponer alguna perturbación del juego de la competencia en el mercado. No cabría que se diera, en cambio y por razones obvias, en el caso de organismos de radiodifusión que directamente acudan al mercado primario para la compra de derechos a los clubes (p.e., *TVV* y *TVC*). Finalmente, tampoco cabría que llegaran a plantearse entre varios pools de derechos, pues ya hemos visto que el propio funcionamiento de este mercado conduce a la existencia de un único pool de derechos, *AVS*, controlada al 100 % por *Sogecable*. Tampoco, vista la realidad del mercado español, cabría pensar en una concentración horizontal entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*.
- 3.º En el nivel de puesta en común de los derechos en el seno del pool tampoco parece cobrar ningún sentido una integración horizontal entre cualesquiera de los adquirientes primarios señalados en el punto anterior con vistas a realizar esa aportación a la plataforma común.
- 4.º En los niveles posteriores de la asignación de partidos por el pool y de reventa de los derechos sobre los partidos, tampoco cabría pensar, como algo muy probable, en

concentraciones horizontales entre los titulares de los derechos, ya no sobre clubes, sino sobre concretos partidos, con vistas a revenderlos a terceros.

Así pues, a la vista de todo lo anterior, habría que concluir la escasa incidencia del fenómeno de las concentraciones horizontales sobre los mercados españoles de los contenidos.

(2) Concentraciones verticales

Pasando ya al estudio de las concentraciones verticales, si nos referimos a los mercados de los contenidos no *Premium* - canales temáticos y obras audiovisuales para TV en esto podrían asimilarse -, ciertamente, podría resultar una opción en el mercado español la de que un organismo de radiodifusión integrara a algún proveedor de esta clase de contenidos.

Suponiendo que, p.e., *Sogecable* absorbiera una empresa con una cuota del 10-15 % en el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos, mercados afectados, por la existencia de relaciones verticales, podrían ser tanto el descendente de la TV de pago, como el ascendente de los canales temáticos. Para esta afectación por la existencia de relaciones verticales se exige (v. Reglamento de Aplicación) que una de las partes de la concentración (*Sogecable*) cuente con una cuota de mercado igual o superior al 25 % en un mercado anterior o posterior (el mercado de la TV de pago) a otro (el de los canales temáticos) en el que se encuentre operando otra de las partes de dicha concentración (el editor de canales temáticos absorbido).

Además, cuando hablemos, en general, de concentraciones no horizontales, para que las mismas puedan suponer una amenaza para la competencia será necesario que la entidad resultante disfrute de poder de mercado. Este concepto de poder de mercado se refiere al hecho de que la nueva entidad tenga la capacidad y el estímulo para disminuir la calidad o la innovación o subir los precios en perjuicio de los consumidores y el mercado. Resulta de lo anterior que el concepto de poder de mercado puede no ser tan intenso como para dar lugar a una posición dominante (sobre el concepto de posición dominante V. *supra*). Puesto en otros términos: si bien toda posición dominante entraña poder de mercado, puede no ser cierta la proporción inversa. De este modo, la Comisión no entrará ni tan siquiera a examinar los efectos anticompetitivos de una concentración no horizontal cuando la entidad resultante no vaya a quedar tras la operación en una posición de poder en al menos uno de los mercados afectados.

Los primeros criterios a los que acudir para decidir sobre la existencia o no de poder de mercado serán las cuotas y el grado de concentración del mercado. Los parámetros manejados en este punto no coinciden con los utilizados al tratar de las concentraciones horizontales (véase más arriba). Por otra parte, esos mismos indicadores sobre cuota de mercado y concentración a que acabamos de referirnos tienen un valor más relativo que los que se aplican a las concentraciones horizontales y, precisamente por ello, cabrá que, aún rebasados esos umbrales, la Comisión prescinda de valorar la concentración en cuestión (considerando 27 de las Directrices).

En este sentido, será improbable que la Comisión considere que una concentración no horizontal plantea problemas de competencia si, tras la operación, la cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados es inferior al 30 % y el IHH es inferior a 2000 (V. considerando 25 de las Directrices). Partiendo de que, en nuestro caso, al menos

Sogecable disfrutaría de una cuota muy superior, en torno al 80 % por volumen de ingresos, en el mercado afectado de la TV de pago, habría que pensar en la existencia de poder de mercado que hiciera necesarias ulteriores valoraciones en torno a la operación y a sus efectos anticompetitivos. En este caso, nos limitaremos al estudio de los que la operación pudiera llegar a producir en los mercados de los contenidos, que son los que nos ocupan.

En cuanto a los efectos **anticompetitivos no coordinados**, los mismos pasarían por el hecho de que la concentración vertical entre *Sogecable* y la empresa situada en el mercado ascendente de los canales temáticos llevara a un cierre del mercado de los canales temáticos frente a los competidores de la división ascendente de la concentrada. Y es verdad que lo anterior podría llegar a darse en el caso de que la división descendente de la concentrada, con una posición dominante en el mercado de la TV de pago, dejara de dirigir pedidos a los competidores de la división ascendente. Es decir que el riesgo de la concentración vertical habría que cifrarlo, más que en el bloqueo de insumos, en el bloqueo de clientes.

El bloqueo de clientes admitiría, en nuestro caso, gradaciones que irían desde la negativa a que la división descendente comprase a los competidores ascendentes hasta que redujera los pedidos, pasando por compras a precios por debajo de un nivel competitivo.

Los elementos que la Comisión valora en relación con el bloqueo de clientes son la **capacidad para el bloqueo de clientes, el incentivo para el bloqueo de clientes y el impacto probable del bloqueo de clientes sobre el juego de la competencia:**

❖ **Capacidad para el bloqueo de clientes.** De entre los factores tomados en cuenta por la Comisión para evaluar la capacidad para el bloqueo de clientes podríamos entresacar, para el caso que nos planteamos, los tres siguientes: la ***existencia de compradores alternativos en el mercado descendente***, la ***existencia de usos alternativos para los productos de los competidores ascendentes*** y, por último, la ***capacidad de los competidores ascendentes para adoptar contraestrategias***.

➤ En cuanto a la ***existencia de compradores alternativos en el mercado descendente***, para decidir si la entidad resultante de la concentración tendría la capacidad de bloquear el acceso a los mercados descendentes, habrá que analizar si los rivales (reales o potenciales) en sentido ascendente disponen de suficientes alternativas económicas en el mercado descendente para vender su producción. En nuestro caso, será posible que no llegue a producirse el bloqueo si existen plataformas de TV de pago alternativas hacia las que aquellos proveedores de canales temáticos puedan desviar su producción. Como plataformas de TV de pago alternativas a la de *Sogecable*, cabría señalar *Imagenio* de *Telefónica* y la oferta de TV de pago de *ONO*. Sin embargo, no parece que la posibilidad de desvío de producción hacia esos otros operadores pudiera ser bastante como para neutralizar el riesgo de bloqueo de clientes.

A este respecto se hace preciso valorar que la concentración puede llevar a que la división ascendente de la concentrada no surta de insumos a los competidores de la división descendente, pero también a que esta misma división descendente deje de adquirir insumos de los competidores de su división ascendente. Como consecuencia, la decisión de la división descendente de basarse en su división ascendente para el suministro de insumos también puede liberar capacidad de producción de los restantes proveedores de insumos a los que la división

descendente solía comprar antes. Ante esto cabe imaginar un doble escenario: (1. °) en un mercado de insumos oligopolístico o, al menos, concentrado y propenso a la colusión los terceros proveedores independientes pueden aprovechar lo anterior para incrementar los precios aplicados a los competidores descendentes no integrados (p.e., si un gran estudio de Hollywood se concentrara con un organismo de radiodifusión, dado el carácter concentrado del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, no sería descartable que el resto de grandes estudios subieran los precios aplicados a los demás organismos de difusión televisiva no concentrados); (2. °) en un mercado de insumos más competitivo es más probable que respondan con una política más agresiva de rebaja de precios (p.e., si esa misma concentración fuera entre una cadena de TV y una editora de canales temáticos, dado que el mercado de los canales temáticos sería más desconcentrado y competitivo, cabría que el resto de editoras de esta clase de canales rebajaran los precios aplicados al resto de difusores no integrados).

- De la misma manera que es posible que existan compradores alternativos para los insumos, será también posible la ***existencia de usos alternativos para los productos de los competidores ascendentes***. Un proveedor en sentido ascendente puede seguir operando con eficiencia si encuentra otros usos o mercados secundarios para su insumo sin incurrir en costes perceptiblemente más elevados. Una situación real que se dio en España a raíz de la integración de las plataformas digitales de TV de pago por satélite fue la siguiente: como consecuencia de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* se contrajo la demanda de canales temáticos dentro del mercado de la TV de pago, sin embargo varias editoras de esta clase de canales pudieron sobrevivir gracias a su comercialización en el mercado de la TV en abierto que iba ya camino de la digitalización. Esta sería una opción real en un caso como el que planteamos.
- Finalmente, en cuanto a la ***capacidad de los competidores ascendentes para adoptar contraestrategias***, será posible que la concentrada no llegue a disfrutar de la capacidad necesaria para bloquear el acceso de sus rivales a una base suficiente de clientes, si, por ejemplo, estos pueden contraatacar con una política de precios especialmente agresiva que les permita mantener su cuota de mercado. En un caso, como el que planteamos esta capacidad de los competidores de la división ascendente de la concentrada en el mercado de la edición y comercialización de los canales temáticos es evidente que se encontraría muy limitada.
- ❖ **Incentivo para el bloqueo de clientes**. La entidad integrada estará estimulada para bloquear el acceso de sus competidores ascendentes a una base significativa de clientes cuando ello le pueda resultar rentable. A su vez, esta rentabilidad estará en función de los ***costes que ello le suponga en sentido ascendente***, por un lado, y de los ***beneficios que pueda obtener tanto en sentido ascendente como descendente***, por otro.
- Respecto a los ***costes en sentido ascendente***, la concentrada deberá considerar los que deriven del hecho de que su división descendente no adquiera insumos de sus competidores ascendentes. Estos costes serán más elevados cuanto mayor sea la eficiencia de esos competidores ascendentes. Partiendo de la fungibilidad característica de los canales temáticos, al ser unos sustitutivos de los otros, los costes en sentido ascendente soportados por *Sogecable* al prescindir de los proveedores de canales temáticos alternativos no resultarían ni mucho menos relevantes.

- Y en cuanto a los **beneficios**, habrá que diferenciar según que los mismos se den en sentido ascendente o descendente. Los beneficios en sentido ascendente se darán cuando la división ascendente de la concentrada pueda aprovecharse de los incrementos de precios en el mercado ascendente que deriven de la exclusión de los rivales en el mismo. Asimismo, beneficios en sentido descendente los habrá cuando la división descendente de la nueva entidad integrada, a consecuencia del cierre del mercado y de la exclusión de los rivales descendentes, pueda obtener provecho de los mayores niveles de precios en sentido descendente.

Si ponemos lo anterior en el contexto de nuestro ejemplo puesto más arriba, la integración en una nueva entidad de un editor de canales temáticos y un importante difusor de pago como es *Sogecable*, tendríamos lo siguiente:

- Otros proveedores podrían quedar sin una base de clientela suficiente como para resistir en el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos, con lo que la división ascendente, ya sin competencia, podría incrementar sus precios (beneficio ascendente). Sin embargo, lo anterior habría que matizarlo en el siguiente sentido.
- En un escenario favorable será posible que, a pesar del bloqueo o encarecimiento de insumos asociado a la concentración vertical, *“subsistan suficientes competidores creíbles en sentido descendente cuyos costes no es probable que aumenten, por ejemplo porque están integrados verticalmente o porque pueden cambiar a insumos alternativos adecuados”* de modo que *“la competencia de esas empresas puede ejercer una presión suficiente sobre la entidad resultante de la concentración que impida que los precios de producción suban por encima de los niveles anteriores a la concentración”* (V. Considerando 50 de las Directrices). De este segundo escenario podrá inferirse que la concentración vertical no entraña una obstaculización significativa del juego de la competencia.
- Muy probablemente, la integración vertical supondría la exclusión del mercado ascendente de otros operadores que hubieran venido suministrando a *Sogecable*, sin embargo, sería poco probable que lo anterior llegara a afectar a los que hubieran venido suministrando a las plataformas de TV de pago de *ONO* o *Telefónica*. Dado que sería poco probable que estas otras plataformas de TV de pago, pasaran a comprar a la división ascendente de la concentrada, tampoco parece que pudiera barajarse un escenario de subida de precios por parte de esa misma división ascendente en el mercado de los canales temáticos. Ahora bien, la mayor concentración y menor competitividad del mercado de contenidos, probablemente, induciría a una tendencia al incremento de los precios.
- Como consecuencia de lo que se acaba de señalar, tampoco parece que pudiera plantearse que la división ascendente de la concentrada pudiera incrementar los costes de los rivales descendentes (*Imagenio* y *ONO*), de forma que quedaran estos excluidos del mercado descendente la TV de pago y que pudiera la división descendente de la concentrada incrementar los precios aplicados a los abonados a TV de pago en el mercado descendente (beneficio descendente). No obstante, la menor competitividad en el mercado de contenidos (canales temáticos) podría

llevar a incrementos de precios en ese mercado y a una presión al alza sobre los precios aguas abajo.

- ❖ **Impacto probable del bloqueo de clientes sobre el juego de la competencia.** La obstaculización significativa del juego de la competencia resultará en este caso de la situación que se acaba de describir. Si los rivales ascendentes llegan a carecer de una base significativa de clientes, ello supondrá su exclusión de los mercados ascendentes. y, como consecuencia, una presión al alza sobre los precios aguas abajo. No parece que lo anterior pudiera llegar a ser de tal entidad como para empujar también a los rivales descendentes, por la vía del incremento de costes, fuera de los mercados descendentes de la TV de pago. Sin embargo, el efecto final bien podría ser el ya conocido de incrementos de precios o limitaciones de cantidad, calidad o innovación en perjuicio de los consumidores finales. También será posible que la integración vertical suponga elevar barreras infranqueables a la entrada de los competidores potenciales que pretendan acceder a los mercados de los insumos y que no tendrán medio de acceder a los compradores de los mismos.

En vista de lo anterior, una concentración vertical entre *Sogecable* y una editora de canales temáticos podría llegar a producir efectos anticompetitivos no coordinados de una cierta entidad (efecto cierre) sobre el mercado ascendente de contenidos: (i) la división ascendente de la nueva entidad tendría la capacidad de bloquear el acceso de sus competidores a una base significativa de clientes dado lo improbable de que *ONO* y *Telefónica* incrementaran o desviarán sus pedidos hacia esos otros proveedores de canales y la difícil adopción de contraestrategias por parte de esos otros proveedores; si bien la posibilidad de derivar sus suministros hacia otras ventanas de comunicación audiovisual podría actuar como factor de atemperación; (ii) esa misma división ascendente tendría el estímulo para operar ese cierre porque apenas supondría costes para la división descendente el no dirigir pedidos a los competidores de la división ascendente y porque el incremento de precios en el mercado de contenidos, más concentrado y menos competitivo tras la integración vertical, llevaría a un incremento de los precios aguas abajo en el mercado de la TV de pago y, por tanto, mayores beneficios; (iii) en este último efecto de incremento de precios, degradaciones de calidad, etc. cabría cifrar, en este caso, la obstaculización significativa del juego de la competencia.

Además del riesgo de efectos anticompetitivos no coordinados de una cierta entidad, como los que se acaban de dejar analizados, tampoco parece que los **coordinados** pudieran llegar a ser del todo descartables. En efecto, ante la integración vertical entre *Sogecable* y una editora de canales temáticos, cabría que se diera un ambiente propicio para la colusión entre la división ascendente de la concentrada y alguno o algunos de sus competidores. A pesar de ser el de los canales temáticos un mercado bastante desconcentrado y hasta atomizado, la concentración vertical podría llevar no sólo a la integración vertical entre la editora de canales y *Sogecable*, sino además a la vinculación o colusión en vertical entre otro u otros editores de canales y las otras dos plataformas de TV de pago (*ONO* y *Telefónica*). Así, de modo paulatino, la integración y colusión vertical podría terminar creando un ambiente de colusión horizontal en el mercado ascendente entre la división ascendente de la concentrada y otros proveedores de canales temáticos, atenuando la presión competitiva entre todos ellos.

Ahora bien, aún cuando los efectos coordinados no pudieran descartarse en el medio o largo plazo, también es verdad que no serían del todo apreciables las condiciones que la Comisión, en sus Directrices sobre la materia, exige para que puedan llegar a darse esta clase de efectos. En primer lugar, la complejidad, el dinamismo, la existencia de múltiples ventanas para dar

salida al contenido digital y la atomicidad del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos descartaría la posibilidad de influencia efectiva de las partes (la división ascendente de la concentrada y el resto de proveedores de canales) sobre las condiciones en las que se basa la coordinación, así como la posibilidad de activar mecanismos de castigo o represalia respecto del proveedor de canales que llegara a apartarse de la estrategia previamente convenida. En cuanto a la condición consistente en el resguardo de la acción concertada de modo que quede al abrigo de reacciones de competidores actuales o futuros y de clientes, probablemente tampoco llegaría a darse. Para lo anterior, sería necesario que no hubiera un cliente importante con capacidad de romper la estrategia coordinada de los proveedores de contenidos. Aún cuando pudiera admitirse una colusión horizontal en el mercado descendente entre *Sogecable* y *Telefónica* para no romper esa estrategia, la realidad del mercado español es la de que *ONO* muy probablemente reaccionaría para romper la estrategia de coordinación en el mercado ascendente de contenidos.

Sentado, pues, que **los riesgos de la concentración vertical propuesta para el mercado de contenidos habría que cifrarlos, más que en los coordinados, en los efectos anticompetitivos no coordinados** asociados a la exclusión o cierre en el mercado ascendente de contenidos, lo último sería ya determinar si habría o no **neutralizadores de los efectos competitivos**. En primer lugar, si bien *per se* el mercado de los canales temáticos es un mercado que no presenta fuertes barreras de entrada, ni económicas ni tecnológicas ni tampoco normativas, la integración vertical entre la plataforma dominante en TV de pago y la editora de canales podría en sí entrañar la elevación de importantes barreras de entrada de tipo económico, lo que podría permitir descartar el juego como neutralizador del factor de la competencia potencial. En cuanto a la existencia de poder de compra, ya hemos adelantado que resultaría poco probable que *ONO* o *Telefónica*, con sus parrillas de programación ya cubiertas, desviarán pedidos hacia los competidores de la división ascendente de la concentrada en riesgo de ser excluidos del mercado ascendente.

Finalmente, y en cuanto a la neutralización procedente de la existencia de eficiencias, sabemos que las concentraciones verticales son más dadas a las eficiencias que las horizontales (igual que sucede con la colusión vertical y la horizontal). En nuestro caso, dado que los canales temáticos se integran con los servicios de difusión para dar lugar al servicio final recibido por el telespectador en su televisor, esa complementariedad podría dar lugar a la ya conocida “internalización de márgenes dobles”, de modo que la eliminación del margen de beneficio entre la división ascendente y la descendente de la concentrada podría influir en una rebaja de los precios aplicados a los abonados a TV de pago. Este factor podría ser determinante en el caso de mercados de contenidos *Premium*, en los que ese margen resultaría muy significativo, mas no en el caso de los canales temáticos, mucho menos costosos, y donde ese margen sería mucho menor.

La conclusión podría ser entonces la de que los efectos anticompetitivos no coordinados no llegarían a ser neutralizados por ninguno de los factores anteriormente mencionados. Este análisis coincidiría con el realizado por el TDC al ocuparse de los aspectos verticales sobre el mercado de los canales temáticos asociados a la integración de *Vía Digital* y *Sogecable*.

En cuanto al mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, no parece una opción la de una integración vertical entre uno de los *majors* norteamericanos y un organismo de radiodifusión televisiva de pago español. Finalmente, el riesgo de concentraciones verticales con efectos muy dañinos para la competencia estaría muy presente en el campo de los

contenidos *Premium* deportivos tanto para TV de pago (*AVS/Sogecable/Digital Plus*) como para TV en abierto (*Mediapro/La Sexta*). Sin embargo, partiendo de que los pronunciamientos referidos al caso *AVS III* se centran en la realidad más reciente del mercado español, parece más que suficiente la formulación de conclusiones sobre concentraciones verticales al hilo de este caso.

(3) Concentraciones conglomerales

En cuanto a las concentraciones conglomerales con incidencia sobre los mercados de los contenidos, cabría empezar por pensar en la integración de operadores activos en diversos mercados de contenidos complementarios entre sí. Sin embargo, si se piensa algo mejor, parece una posibilidad lejana en el caso de contenidos *Premium*, pues no cabría pensar en la integración jurídica entre un proveedor de derechos deportivos (p.e., el *Real Madrid*, *TVC*, *AVS*, etc.) y otro de derechos cinematográficos (la *Metro*, *Universal*, etc.) y, de hecho, lo anterior no ha llegado nunca a plantearse en la práctica. Aún cuando no resulte tan lejano, tampoco parece que revista una especial trascendencia la integración de dos operadores activos en distintos mercados de contenidos no *Premium*. En efecto, si un proveedor de canales temáticos (p.e., *Planeta*) se integrara con otro de obras audiovisuales para TV (p.e., *Árbol*), no parece que, dado el carácter absolutamente desconcentrado y competitivo de ambos mercados, lo anterior pudiera llegar a ejercer alguna influencia sobre cualquiera de ellos.

Diferente podría ser el caso de la integración conglomeral entre un proveedor de contenidos *Premium* y otro de contenidos no *Premium*. Esta opción cabría plantearse, sobre todo, respecto de la integración vertical de un *major* norteamericano y una editora de canales temáticos y, de hecho, sabemos que los *output deals* introducían cláusulas de vinculación entre grandes estrenos y canales temáticos.

En un caso tal de concentración, mercados donde la operación podría tener un impacto significativo podrían ser el de los contenidos *Premium* cinematográficos y el de la edición y comercialización de canales temáticos. Sin embargo, en el Anexo del Reglamento de aplicación del europeo de concentraciones, y, en el mismo sentido, en la Sección 5.^a del Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, se exige que una de las partes de la concentración tenga una cuota de mercado superior al 25 % en el mercado próximo estrechamente relacionado con el otro en el que la otra parte de la concentración tenga también una participación superior al 25 % (pudiendo considerarse mercados de producto próximos, estrechamente relacionados entre sí, el de los canales temáticos y el de los contenidos *Premium* cinematográficos, al ser complementarios y comprados por un mismo grupo de clientes, los organismos de radiodifusión, para conformar su parrilla de programación y realizar sus emisiones). En nuestro caso, ni el gran estudio en cuestión llegaría a disfrutar de una cuota de más del 25 % en su mercado respectivo, ni tampoco la editora de canales temáticos. Lo anterior excusaría de mayores consideraciones.

ii) Ante abusos de posición dominante

(1) En mercados de contenidos no Premium

Prescindiendo de reflexiones de carácter más o menos teórico, bajo este y los siguientes epígrafes pasamos a ocuparnos de la posibilidad de que en los mercados españoles de contenidos puedan llegar a darse prácticas restrictivas consistentes en abusos de posición dominante individual o colectiva. De lo que se tratará es de estudiar los abusos de posición dominante protagonizados por uno o varios de los proveedores de estos contenidos y, no por ejemplo, de los protagonizados por otros agentes económicos situados en otros eslabones de la cadena de valor (p.e., plataformas de TV de pago), aún cuando los mismos pudieran llegar a desplegar efectos en esos mercados ascendentes de los contenidos. Esta última posibilidad habría sido ya abordada en otros epígrafes de la tesis.

Las características de los mercados españoles de contenidos no Premium (canales temáticos y obras audiovisuales para TV), atomizados y competitivos, permitirían descartar el riesgo de abuso de posiciones dominantes dentro de los mismos. Un análisis estructural de estos mercados de contenidos permitiría concluir que las cuotas de mercado de las empresas son pequeñas y muy variables en el tiempo y que las barreras de entrada no son significativas. Sobre la base de este análisis estructural, podría ya pasarse a otro más dinámico para constatar la inexistencia de proveedores de contenidos (canales temáticos u obras audiovisuales) con la capacidad suficiente como para adoptar un comportamiento independiente del de sus competidores, proveedores o clientes ni como para influir sobre el comportamiento de esos otros operadores económicos. Dado lo anterior, al no haber, en esos mercados, posiciones dominantes no cabría que llegaran a darse abusos de las mismas.

(2) En mercados de contenidos Premium cinematográficos

Pasando al mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, podría empezar por sentarse la ausencia de posiciones dominantes individuales de cada uno de los *majors* por separado sobre la base de argumentos similares a los que se acaban de dejar apuntados para el caso de los contenidos sin valor *Premium*.

Ahora bien, resulta fácilmente constatable la existencia de una posición dominante colectiva de esos grandes estudios en el mercado relevante y, por ende, perfectamente imaginable la figura del abuso de posición dominante colectiva. Un estudio de la realidad del mercado español (caso *Vía Digital*) permite concluir la actuación perfectamente concertada de los siete grandes estudios, o al menos de seis, por ejemplo, a la hora de comercializar sus producciones para las plataformas de TV de pago sobre la base de acuerdos de larga duración y fuerte exclusividad (*output deals*).

En este sentido, la cuota disfrutada colectivamente por todos esos grandes estudios dentro del mercado de referencia rondaría la del 100 % - recuérdese que una cuota del 80 % se considera como cuota de valor absoluto, en cuanto que determinante por sí misma de la existencia de posición dominante.

Por otra parte, como destaca Santana (“*La venta a pérdida...*”; Op. Cit), la exigencia de permanencia de la cuota a lo largo de un horizonte temporal de 3 a 5 años podría resultar excesivamente elevada en el caso de mercados “rápidos” o emergentes, como los relacionados con las telecomunicaciones y las nuevas tecnologías, en los que un intervalo

como el anterior puede dar tiempo para que una determinada empresa pueda llegar a haber disfrutado de posición dominante una e, incluso, varias veces. Lo mismo cabría decir en el caso de mercados de productos con un ciclo comercial corto como las películas vendidas para su exhibición cinematográfica: en la decisión *UIP* (Decisión de 12 de julio de 1989, DOCE L 226 de 3 de agosto) la Comisión rechazó tomar en consideración las cuotas de mercado cinematográficas de los distribuidores, que en algún momento podían llegar a ser muy importantes, porque variaban mucho de un momento a otro en función del éxito de las películas en cartelera.

En el caso que ahora nos ocupa, esa cuota conjunta no cabría que fuera considerada como meramente coyuntural, sino, y antes bien, casi consustancial al propio mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, debiendo además considerarse la existencia de fortísimas barreras de entrada de tipo económico envolviendo al mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos por las costosísimas inversiones que resulta necesario acometer para la puesta en el mercado de las grandes superproducciones.

Otros factores de lo más diverso podrían servir para terminar de apuntalar estas conclusiones. Así, por ejemplo, podría citarse la capacidad de diversificación del riesgo atendiendo a la posición de los *majors* en varios mercados geográficos además del estadounidense. La capacidad para diversificar el riesgo por el hecho de tratarse de una empresa con implantación en diversos mercados geográficos o de producto se considera, en efecto, por las autoridades de la competencia para determinar la existencia de posición dominante; pudiendo asimilarse a este último supuesto el hecho de que un mismo producto pueda operar en diversos mercados de producto (estos factores los tuvo muy presentes la Comisión en *AZKO* 1991 - Decisión de 14 de diciembre de 1985, *ESC/AKZO*, DOCE L 376, de 31 de diciembre - donde resaltó su liderazgo a escala mundial junto con la dimensión sólo local de sus competidores y el hecho de que disfrutara de una gama de productos más amplia así como el carácter multifunción de algunos de esos productos).

Dentro de esos factores de lo más diverso cabría también referirse a la facilidad de acceso de los grandes estudios a los recursos necesarios para operar en el mercado como los financieros (acceso a financiación externa) o comerciales (su potente red de distribución), la fuerte presencia de su marca (hasta el punto de que, tal vez, en este mercado la marca pudiera llegar a ser un factor de definición del mercado de producto pertinente, al quedar fuera del mismo aquellas producciones cuya procedencia no fuera la de un *major*) o la integración de aquéllos en grupos empresariales muy potentes. Tampoco cabría *a priori* descartar la existencia de situaciones de dependencia económica de las plataformas española de TV de pago respecto de los grandes estudios, al ser los *films* de Hollywood un insumo esencial para permanecer en el mercado español de la TV de pago.

Sentada la posibilidad de comportamiento coordinado de los proveedores de contenidos *Premium* cinematográficos invulnerable frente a la reacción de otros operadores económicos, sobre todo los difusores clientes, habría que plantearse ya la posibilidad de que llegara a darse una **explotación abusiva de tal posición dominante**. Pasamos a ocuparnos de los diversos componentes que integran el anterior:

- 1.º En estos mercados tan imaginables resultarían **comportamientos abusivos** activos (p.e., subidas de precios), como omisivos (estancamiento en la calidad de las producciones). Aunque resulta indispensable, en primer lugar, que la empresa despliegue un comportamiento, entendido éste en el más amplio sentido, en el cual quede concretado

el abuso, no lo es que dicho comportamiento se inscriba dentro del ciclo comercial normal de la empresa – compra de materias primas, manufactura, comercialización, publicidad, servicio postventa, etc. - por lo que puede quedar *extramuros* del objeto social o giro normal de la empresa.

- 2.º Además, desde el momento en el que los textos legales (Art. 2 LDC y 102 TFUE) hablan de la ***“explotación de la posición dominante”*** parece claro que sería necesario, aunque no bastante, para la existencia de abuso de posición dominante que las empresas que disfrutasen de esa posición dominante la aprovecharan, la explotasen o se prevalieran de ella; o lo que es igual, que la utilizaran para un fin. De este modo, debe existir una cierta conexión entre el comportamiento desarrollado y la posición dominante en el sentido de que, de no haber disfrutado de esa posición dominante, no habrían podido las empresas haber llegado a desplegar el comportamiento que efectivamente desplegaron; o, puesto en otros términos, si las empresas también hubieran podido hacer lo que hicieron de no haber disfrutado de una posición dominante, no parece que haya lugar para el abuso de posición dominante.
- 3.º No basta para la existencia de abuso de posición dominante que la empresa despliegue un comportamiento que implique explotación o aprovechamiento de su posición dominante, sino que además es preciso que esa explotación o aprovechamiento de la posición dominante tenga carácter ilícito o abusivo (***carácter abusivo o ilícito de la explotación o aprovechamiento de la posición dominante***). Lo anterior es tanto como decir que habrá explotaciones de posición dominante que deban ser consideradas lícitas. Lo que marca el carácter lícito o ilícito, legítimo o abusivo, de la explotación de la propia posición dominante son los objetivos y fines del ordenamiento jurídico y económico en el que la conducta se inscribe. En este sentido, habría que necesariamente referirse, no sólo a los preceptos del TFUE que buscan preservar el juego de la competencia, sino además a la denominada excepción cultural y a los objetivos vinculados a la protección de la producción audiovisual europea y española.
- 4.º Conforme a la doctrina de las autoridades de la competencia, cabría también exigir el ***carácter objetivamente culpable de la explotación (o aprovechamiento) abusivo (o ilícito) de la posición dominante por parte de las empresas***. Con este requisito se trata de explicitar que el abuso no depende tanto de la intencionalidad o subjetividad de los sujetos actores (dolo), como de la existencia de unos rasgos económico-objetivos en el comportamiento que permitan reprochárselo a las empresas, los *majors* en nuestro caso, aún a título de culpa levísima, pues las empresas en posición dominante tienen, como sabemos, una responsabilidad cualificada en cuanto se refiere a preservar el libre desenvolvimiento de la competencia en el mercado.

Para reforzar la idea de culpabilidad se habla por las autoridades europeas de la competencia del recurso a *“medios distintos de los que corresponden a una competencia meritoria”* (Azko-Chemie) o *“medios distintos de los que rigen una competencia normal”* (Hoffmann La Roche). Las referencias a los medios anómalos no son una prerrogativa de los ordenamientos europeo y español de defensa de la competencia. También se encuentran en la jurisprudencia norteamericana como contrapeso de los excesos a que pudiera conducir un sistema de prohibición puro como el introducido por la Sección 2 de la Sherman Act: *“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or*

with foreign nations, shall be demed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

Así, siguiendo citas de Pellisé (Op. cit.), en *United Shoe Machinery — United Shoe Machinery v. US*, 110 F. Supp. 295, 342 (D. Mass. 1953) —, entendió el Juez Wyzanski que para concluir la existencia de monopolización lo decisivo no era la intención o conciencia de ir hacia el monopolio pues, al fin y a la postre, “*ningún monopolista monopoliza inconscientemente*”, sino el recurso a métodos, en cierto modo, desleales (en cuanto no lo son por sí mismos, sino sólo en el contexto en que son utilizados). Así, admitió no sólo los monopolios inevitables a los que la empresa dominante pudiera verse abocada por las circunstancias del mercado (p.e., por la quiebra del principal competidor), sino también los alcanzados sólo por la mejor industria y eficiencia del monopolista, sin el recurso a medios desleales que pudieran dificultar el libre juego de la competencia elevando barreras a la entrada de competidores potenciales o excluyendo a los actuales.

Era el caso de la *United Shoe Machinery* que había llegado a dominar el mercado de las máquinas para la fabricación de calzado en Estados Unidos gracias a su mayor industria y laboriosidad. Lo cierto era, sin embargo, que tras alcanzar esa posición dominante *United Shoe* emprendió una política que, más que centrarse en su propia eficiencia, buscaba obstaculizar a sus competidores actuales y potenciales. Así: sólo arrendaba las máquinas, para evitar las reventas y la aparición de un mercado paralelo de máquinas de segunda mano (limitaciones de la producción); sólo arrendaba las máquinas, si se contrataba su servicio de mantenimiento (vinculación); y estableció discriminaciones de precios en función del grado de competencia que tuviera en los distintos mercados, cuanto mayor era la competencia menor era el precio (compartimentaciones de mercado).

En estas últimas prácticas se cifraba el recurso a medios anómalos o desleales. De esta manera, el recurso a los medios anómalos se utilizaba, no en el sentido de justificar la existencia de una mínima intención, sino en el de no ser bastante con esa mera intención si no iba acompañada de una cierta exteriorización a través de esos actos. En cualquier caso, el solo recurso de *United Shoe* a tales prácticas revelaba la existencia de mucho más que una culpa mínima.

- 5.º Finalmente, ***en cuanto al resultado lesivo derivado de la explotación (o aprovechamiento) abusivo (o ilícito) de la posición dominante***, el mismo viene siendo exigido por la más moderna doctrina como uno de los elementos constitutivos del abuso de posición dominante.

Así, por ejemplo, Díez Estella (“*Los partidos de bolos y el Derecho antitrust: encuentros y desencuentros*”; en Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008 3 parte Justicia Deportiva; BIB 2008\2190; Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2008) cuando apunta como, en ese supuesto concreto, la autoridad de la competencia, en el Fundamento Segundo de su Resolución, destaca “*se ha concretado, en consecuencia, la conducta abusiva de la FEB en el mercado de inscripción de las peñas en competiciones oficiales de Bolo Palma de ámbito estatal, con efectos en el mercado conexo de los derechos audiovisuales de dichas competiciones, que lesiona la libertad*

de las peñas en la decisión de si es de su interés contratar o no y, en su caso con quien contratar la cesión de los derechos audiovisuales de su titularidad” (los subrayados son nuestros”. El supuesto era uno en el que la Federación Española de Bolos, en el mercado ascendente de la inscripción de las peñas en las competiciones oficiales exigía la cesión de los derechos audiovisuales a favor de determinados organismos de difusión televisiva (*vid supra*).

La exigencia de resultado deriva asimismo de las diversas definiciones doctrinales y de las autoridades de la competencia. Si tomamos la definición dada por la Comisión en el contexto del *Memorando sobre las concentraciones económicas en el Mercado Común de 1965* y arrancando con las consideraciones del grupo de expertos comisionado a tal fin (ver más arriba) – *“la empresa o las empresas que se encuentran en esta situación se aprovechan de ella para procurarse, en perjuicio de sus proveedores, competidores y clientes, una ventaja que el juego normal de la competencia no les habría permitido obtener”* – tendríamos ya cuales son los perfiles del resultado exigido, a saber:

- *El beneficio propio de la/s empresa/s dominante/s*. Lo anterior resulta de la exigencia de que el comportamiento sea “*para procurarse una ventaja*”. Ahora bien, la sola literalidad de esta expresión da para entender que no es necesaria la consumación de esa ventaja, sino tan sólo que el acto resulte idóneo para obtenerla. Cosa diferente será que la consecución del resultado pueda jugar como criterio de graduación de la sanción a imponer.
- *El perjuicio ajeno de los proveedores, competidores y clientes*. Este resultado se infiere, asimismo, de la definición que se acaba de transcribir. Como en el caso del elemento anterior no resulta necesario que concurra un daño efectivo e inmediato de esos otros agentes, sino sólo la idoneidad del comportamiento abusivo para producirlo; sin perjuicio de que la efectividad de ese daño pueda llegar a erigirse en criterio de graduación de la sanción. En el ejemplo que nos ocupa ahora, como veremos, los riesgos serían más de abuso explotativo aguas abajo respecto de los operadores de TV de pago que de abuso de exclusión de unos grandes estudios respecto de otros. Así, este factor habría más bien que cifrarlo en el perjuicio ajeno de los clientes.
- *La restricción del juego de la competencia*. Si bien en el caso de los dos elementos a que acabamos de referirnos no se exige su consumación o efectiva realización, sino sólo la idoneidad del comportamiento para dar lugar a los mismos, no ocurrirá lo mismo con la restricción del juego de la competencia que deberá efectivamente verificarse para que pueda apreciarse la existencia de abuso de posición dominante (*Ibidem*; Díez Estella). Lo anterior cabe inferirlo de la definición que venimos utilizando: si hablamos de una ventaja que el juego de la competencia no permitiría obtener, la consecuencia lógica podría ser la de que si dicha ventaja se ha obtenido o puede llegar a obtenerse es, precisamente, porque la competencia no juega ya su papel; o lo que es igual, porque la misma se encuentra restringida con la consiguiente lesión del interés general.

La dificultad de determinar en abstracto si ha llegado a restringirse el juego de la competencia tendría que llevar, en nuestro caso, a fijarnos en otros criterios más relacionados con el hecho de que la explotación abusiva de su posición dominante colectiva por parte de los grandes estudios pudiera efectivamente conducir a

incrementos de precios o rebajas de calidad en perjuicio de los consumidores o usuarios finales de servicios de TV de pago. A la inversa, y por ejemplo, las limitaciones en el suministro de contenidos *Premium* cinematográficos a las plataformas de TV de pago podrían llegar a estar justificadas cuando de lo que se tratara fuera de surtir de esos mismos contenidos a otras ventanas tecnológicas novedosas (p.e., internet) que pudieran llegar a ser disfrutadas por los usuarios.

Según se ha adelantado ya, los abusos de posición dominante en el mercado español de los contenidos *Premium* cinematográficos habría que cifrarlos más en los de carácter **explotativo** que **excluyente**. En efecto, la posibilidad de abusos de exclusión protagonizados por unos *majors* para expulsar a otros del mercado relevante no han llegado a darse en España y, en todo caso, excederían de la realidad del mercado español que es la que nos preocupa.

Sentado lo anterior, habría que precisar qué clase de abuso explotativo habría probabilidad de que llegara a darse dentro del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos. Atendiendo a la clasificación basada en los sujetos afectados (ver más arriba), lo más probable sería que llegaran a darse abusos explotativos lesivos de los intereses de los clientes (plataformas de TV de pago) bajo la modalidad de ***abusos explotativos mixtos o anticompetitivos***, pues en ellos se lesionarían los intereses concurrenciales de los clientes frente a otros agentes de sus fuerzas respectivas lesionando así, de forma mediata, la competencia estructural dentro del mercado descendente de la TV de pago. En la clasificación que atiende a la naturaleza del interés afectado, esta categoría se correspondería con la de los ***abusos anticompetitivos de segundo grado***, en los que se lesionan los intereses concurrenciales de otros operadores económicos (clientes o proveedores) frente a sus fuerzas respectivas.

La figura del ***abuso explotativo puro lesivo de los intereses no concurrenciales***, es decir, el que no sitúe a unos proveedores de TV de pago en situación de desventaja frente a otros, resulta más difícil de imaginar en la práctica, aún cuando no resultara del todo descartable (piénsese en la posibilidad de que los grandes estudios hicieran objeto del mismo trato abusivo, p.e., por precios excesivos, a todas las plataformas de TV de pago en igual medida). Igualmente, en la clasificación basada en la naturaleza del interés afectado, esta categoría vendría a coincidir con la del abuso explotativo, sin más, en el que se lesionan los intereses no concurrenciales de proveedores y clientes.

El ámbito en el que podrán cobrar un mayor sentido estas prácticas es el de los bienes de primera necesidad de los que los consumidores no pueden prescindir (en el caso de que se trate de otras empresas clientes se tratará más bien de insumos esenciales para la manufactura de sus propios productos: p.e., contenidos *Premium* para TV de pago, etc.). Un ejemplo recurrente es el de los servicios funerarios donde el monopolista, en virtud de concesión administrativa, tiende a prevalerse de esta condición para cargar condiciones y precios no equitativos a los usuarios [ver más las referencias a la resolución *Funerarias Madrid 2 (1997)*; o la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1988, as. 30/87, *Bodson c. Pompes Funébres des Régions Libérées SA*, Rec. 2479].

Dicho lo anterior, cabrá que el abuso explotativo se traduzca en la imposición de **precios excesivos** a cualquiera de las plataformas de TV de pago o en la aplicación a las mismas de cualesquiera otras **condiciones inequitativas** (degradaciones de calidad, imposición de plazos excesivamente largos, etc.) o en el abuso por **discriminación** (no sería en absoluto descartable que los grandes estudios norteamericanos aplicaran, p.e., a *ONO* condiciones más

gravosas que a *Digital Plus*) o el abuso por **contratos ligados** (como en el caso *Vía Digital* en el que los *output deals* incluían como productos vinculados a los grandes estrenos – producto vinculante – ciertos canales temáticos editados por los grandes estudios – producto vinculado). En este último caso, el abuso explotativo puro sobre las plataformas de TV de pago obligadas a adquirir los canales temáticos coexistía con el abuso de exclusión en el mercado de los canales temáticos en el que otros proveedores tendían a verse excluidos.

También, y desde luego, cabría que llegara a darse el **abuso de derechos de propiedad intelectual**, dado que los films comercializados no dejan de ser productos protegidos por tales derechos, hasta el punto de poder sostenerse que lo verdaderamente cedido a los operadores de TV de pago son los derechos de propiedad intelectual sobre los *films*. La cesión de los derechos de propiedad intelectual o industrial no es uno de los supuestos incluidos dentro de la enumeración de los Arts. 102 y 2 LDC y, sin embargo, ha terminado por tomar carta de naturaleza en diversos pronunciamientos de las autoridades judiciales y administrativas de la competencia. En este sentido, se observa que cuando la titular de esos derechos sea una empresa dominante (la titularidad de los derechos no basta por sí sola para crear una posición dominante) cabrá la posibilidad de que esa empresa dominante abuse (abuso explotativo) de los mismos. Así, por ejemplo, cabría plantearse esta modalidad de abuso en el caso de denegaciones de suministro de grandes estrenos para su disfrute a través de ventanas audiovisuales especialmente novedosas y que pudieran llegar a suponer un beneficio notable para los usuarios (ventanas en internet).

(3) En mercados de contenidos Premium deportivos

En lo que se refiere a la posibilidad de abusos de posición dominante dentro del mercado español de los contenidos *Premium* deportivos, tal cual se dejaron estos definidos más arriba, nuevamente, habría que plantearse la situación en cada uno de los cuatro niveles a que hicimos referencia al tratar de las concentraciones horizontales:

- 1) **Nivel de venta de derechos por cada uno de los clubes.** En el primer nivel, de venta de derechos por cada uno de los clubes, aún cuando el peso específico y cuota por ingresos en ese mercado de venta de dos de ellos (*Real Madrid* y *F.C. Barcelona*), o incluso tres (los dos anteriores con el *Atlético de Madrid* coparían en torno a la mitad del mercado de venta), fueran muy superiores a los del resto, lo cierto es que la propia dinámica del sistema español (sistema híbrido de derecho de arena con veto del club visitante) permitiría excluir toda posición dominante. En efecto, ninguno de los clubes, aún de los más potentes, cabría que actuara con independencia del resto imponiendo su Ley dentro del mercado de referencia. En este sentido, no son imaginables abusos de exclusión protagonizados por unos clubes para desterrar a otros del mercado de referencia, pues el solo hecho de disputar los partidos del Campeonato de Liga habilita al Club de que se trate para comercializar sus derechos audiovisuales. Tampoco el sistema español permite la articulación de posiciones dominantes colectivas de varios o de todos los clubes que pudiera permitirles abusar de la misma frente a los compradores iniciales de derechos, y ello sin contar además con el fuerte poder de compra ejercido, sobre todo, por el *pool* de derechos (*AVS/Sogecable*) o por *Mediapro*.
- 2) **Nivel de compra de derechos a los clubes.** En el segundo nivel, en el de compra de derechos a los clubes, habría que plantearse hasta que punto alguno de los compradores originarios podría llegar a disfrutar una posición dominante de la que pudiera abusar frente a los clubes vendedores de derechos. En este sentido, resulta indudable el poder

de mercado del lado de la demanda tanto de *AVS/Sogecable*, como de *Mediapro*. Esta situación se vería reforzada por el propio sistema híbrido español, con una tendencia natural hacia la creación de situaciones de monopsonio. Lo anterior consiste, como ya sabemos, en que la plataforma que vaya haciéndose con los derechos de un mayor número de clubes o con los de los más importantes vaya, al mismo tiempo y de modo progresivo, adoptando una posición de especial vigor frente a los clubes oferentes de los derechos. Cabría así pensar en la existencia de **abusos explotativos** y de **abusos de exclusión**:

- a) **Abusos explotativos**. Suponiendo que una plataforma contara ya con los derechos de la mayoría de los clubes de Primera División, los que quedaran por cederlos tendrían una posición muy endeble, pues pocos adquirientes, distintos del mayoritario, tendrían interés en pujar por ellos. La explicación de esto último habría que situarla en que esa cesión no les conferiría el derecho a retransmitir los partidos en los que intervinieran también los equipos en la cesta del adquiriente mayoritario por efecto del derecho de veto. Ante la ausencia de demanda, esos clubes, con sus derechos aún sin ceder, podrían quedar expuestos a abusos explotativos de la plataforma mayoritaria (precios excesivamente bajos, plazos excesivamente largos de cesión, aplicación de condiciones discriminatorias, etc.). Sin embargo, el atractivo y valor económico del fútbol, muy probablemente haría que tal situación revirtiera. Ya vimos que, si bien los derechos del *Sevilla* no fueron adquiridos inicialmente por *AVS*, al final sí terminaron siéndolo.

Por otra parte, tampoco cabría olvidar la intervención de la autoridad de la competencia, cuyas medidas adoptadas en los casos *Vía Digital* y en el caso *AVS III/concentración* vendrían condicionando la intervención de las plataformas de adquisición en el mercado (limitación a no más de tres años de las cesiones de derechos, supresión de mecanismos de adquisición preferente, etc.) a fin de contrarrestar las posiciones de incumbencia relativa de cara a la adquisición de los derechos. Precisamente, estas medidas, en concreto las adoptadas a raíz del asunto *Vía Digital* (imposibilidad de que *AVS/Sogecable* se hiciera con derechos por más de tres temporadas), fueron las que permitieron a *Mediapro* irrumpir en el mercado primario de la compra de derechos replicando la posición dominante que la misma *AVS* había venido disfrutando en ese nivel. A partir de aquí, el acuerdo AVS III de 24 de julio de 2006 tuvo el sentido de restituir la posición dominante de *AVS/Sogecable* en derechos para TV de pago a cambio de ceder a *Mediapro/La Sexta* los derechos para emisiones en abierto.

Teniendo en cuenta esa intervención de la autoridad de la competencia, sobre todo en el asunto *AVS III*, limitando a tres años la duración de los contratos de cesión por los clubes para todos los operadores, y no sólo para *Sogecable*, así como la supresión de los mecanismos de renovación privilegiada de contratos, habría que confiar en que no llegaran a reproducirse posiciones dominantes de las plataformas de adquisición frente a los clubes y en que la fuerza negociadora de los clubes oferentes y de las plataformas adquirientes terminaran por equilibrarse.

- b) **Abusos de exclusión**. Sin salir del nivel de compra de derechos a los clubes por parte del pool de derechos (*AVS*), de los difusores (*TVC*, *TVV*, etc.) y de los *brokers* de derechos (p.e., Santa Mónica), y dejando atrás el riesgo de abuso explotativo aguas arriba frente a los clubes cedentes, habría que plantearse el riesgo de abusos

de exclusión protagonizados por la plataforma mayoritaria de derechos frente a otros compradores potenciales con un menor poder de mercado y que pudieran llegar a verse excluidos del mercado de compra. En este sentido los argumentos serían similares: el efecto red que, como venimos viendo, conduce a que la posición de mercado de la plataforma mayoritaria se vaya haciendo progresivamente más consistente a medida que cuenta con los derechos de más y más atractivos clubes, puede desanimar al resto de compradores potenciales a la hora de acceder al mercado de compra, al no tener la seguridad de poder rentabilizar los derechos adquiridos por efecto del veto del club visitante cuyos derechos se encontraran ya en manos de la plataforma mayoritaria. En este sentido, las medidas reguladoras adoptadas por la autoridad de la competencia referidas más arriba y dirigidas a eliminar la posición dominante o de incumbencia relativa de la plataforma mayoritaria de adquisición tendrían que contribuir a eliminar los riesgos de cierre del mercado de compra, alimentando el acceso al mismo de otros interesados, además de *AVS/Sogecable* o *Mediapro*.

En estos casos, el análisis de un hipotético abuso excluyente habría de ajustarse a las pautas habituales. Supongamos que una plataforma de TV de pago se hace con el suministro exclusivo de los derechos sobre partidos de fútbol gracias a su posición dominante en el mercado de la TV de pago. En este caso, el riesgo de abuso de exclusión será directamente proporcional a su cuota (mejor dicho, poder) de mercado y a la intensidad de las barreras de entrada que debiliten la competencia potencial (incluidas economías de escala asociadas al número de abonados) e inversamente proporcional al poder de mercado de sus competidores actuales y al de sus proveedores (puesto que el de los clientes – los abonados a TV de pago- será nulo). También alimentará el riesgo de cierre de mercado una excesiva duración del suministro exclusivo sumada al hecho de que el abuso afecte a una base muy importante de abonados. Igualmente será un factor coadyuvante la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse el proveedor de contenidos respecto de la plataforma dominante de TV de pago por el hecho de que, por ejemplo, ésta controle instalaciones esenciales como sería un parque de descodificadores desplegado entre los usuarios (suponiendo que no fueran totalmente interoperables y utilizables por otros operadores de TV de pago). Finalmente, los efectos anticompetitivos de esta forma de abuso excluyente podrían quedar neutralizados - el cierre de mercado dejaría de ser anticompetitivo - por la existencia de eficiencias consistentes en que sólo a través de esa conducta de la empresa dominante pudieran los usuarios llegar a disfrutar de los contenidos deportivos a precio y bajo condiciones asequibles (p.e., por la neutralización del poder de mercado del proveedor de los contenidos que le impida imponer condiciones abusivas).

- 3) **Nivel de puesta en común de derechos de los clubes.** En cuanto a los riesgos de abuso de posición dominante en el tercer nivel de puesta en común de derechos, observar lo siguiente. En este caso, el riesgo sería que el *pool* de derechos se negara a permitir que el adquiriente minoritario en el mercado primario aportara sus derechos sobre ciertos clubes al *pool*, obteniendo como contrapartida los derechos de emisión sobre ciertos o determinados partidos (no se olvide que la titularidad de los derechos de un club no confiere el derecho a retransmitir ningún partido si no se cuenta con los del club visitante). Se trataría de una suerte de abuso explotativo mixto o anticompetitivo que impediría al titular de derechos minoritario competir en los mercados descendentes de

la reventa de derechos sobre partidos o, directamente, de la difusión televisiva, si es que el mismo fuera un difusor directamente interesado en la emisión de los partidos. Como en el segundo nivel antes referido, las medidas adoptadas por la autoridad española de la competencia dirigidas a neutralizar posiciones dominantes en la tenencia de derechos y a propiciar el acceso de adquirientes alternativos al mercado primario de compra tendrían que contribuir a eliminar estos riesgos de abuso.

4) **Niveles posteriores de la asignación de partidos por el pool y reventa de derechos.**

Finalmente, en cuanto a los riesgos de abuso de posición dominante en los niveles posteriores de asignación de partidos por el *pool* y de reventa de derechos sobre los partidos, cabría también inicialmente que llegaran a plantearse. De nuevo, cabría pensar en abusos de posición dominante explotativos de carácter mixto o anticompetitivo cuando el *pool* de derechos (respecto de las unidades partidos cuyos derechos retuviera) u otros adquirientes ulteriores (respecto de los partidos que les hubieran sido asignados por el *pool*) se negaran a revenderlos o sublicenciarlos a favor de determinados organismos de difusión dificultando la permanencia de estos en el mercado de la TV de pago o en el de la publicidad televisada (TV en abierto) al no disponer de un insumo esencial para operar en estos. Ejemplos reales de abusos en este nivel podrían ser los ***estrechamientos de márgenes frente a los cableoperadores***, las ***denegaciones de suministro a operadores en abierto*** o las ***vinculaciones por Mediapro de la venta de contenidos a la adquisición de servicios de transmisión de señal***:

- a) ***Estrechamientos de márgenes frente a los cableoperadores.*** En este nivel, y en derechos para emisiones de pago, los cableoperadores se han venido quejando de los estrechamientos de márgenes (podría verse como abuso de exclusión si consideramos que *AVS* y *Sogecable* son lo mismo) protagonizados por *AVS/Sogecable* que competiría con ellos también en el mercado descendente de la TV de pago (ventana de pago por visión). Teóricamente, las obligaciones impuestas por el TDC en el caso *AVS III/concentración* para la concesión de sublicencias en condiciones no discriminatorias a otros operadores de TV de pago, bien aplicadas, tendrían que contribuir a paliar estas modalidades de abuso de posición dominante. Y lo mismo cabría entender respecto a las cesiones de derechos para otras ventanas tecnológicas novedosas (telefonía móvil UMTS o IT) para las que la autoridad de la competencia impuso también medidas similares a las anteriores.
- b) ***Denegaciones de suministro a operadores en abierto.*** También en estos niveles, los operadores en abierto, como *Antena 3* o *Telecinco* se quejaron de la existencia de abusos de posición dominante en la concesión de licencias para la emisión de partidos por parte de *Mediapro* a *La Sexta*. Dada la casi identidad de estas dos empresas, en cuanto a los intereses que las controlan, y que *La Sexta* compite en el mercado descendente de la publicidad televisada, podría pensarse en abuso de exclusión dentro de ese mercado de la publicidad televisada. En este caso, tal abuso de exclusión, que es materia de expedientes en curso ante el CCNC, adoptaría la forma, más que de estrechamiento de márgenes, de simple denegación de suministro.
- c) ***Vinculaciones por Mediapro de la venta de contenidos a la adquisición de servicios de transmisión de señal.*** Otro caso de abuso de posición dominante dentro de este nivel podría ser el que motivó la apertura por la CNC de un expediente

sancionador contra *Mediapro* en septiembre de 2010. Se trataba de presuntas prácticas restrictivas de la competencia en relación con la venta de derechos de retransmisión del fútbol. Este expediente sancionador se sumaría así al referido en el párrafo anterior también relacionado con los niveles de la reventa de derechos deportivos. El origen de este nuevo expediente se situaba en la denuncia presentada por *TSA*, filial de *Telefónica* especializada en servicios audiovisuales. Se trataba de que *Mediapro* vinculaba la venta de los derechos de retransmisión de los partidos de la Liga y de la Copa del Rey a que se contratase con la empresa la producción y el transporte de la señal de los encuentros.

Sobre este caso, podríamos hacer algunas observaciones. No se habría dejado aún constancia en el expediente de la existencia de colusión entre *Mediapro* y alguna otra empresa activa en el mercado de los servicios portadores de difusión (sería *Abertis*). De llegar a haberla, el supuesto cabría enfocarlo como cártel por vinculación (conducta multilateral) de los Arts. 1.1.e LDC o 101.1.e TFUE (“*la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos*”, en la versión del primero de los preceptos).

En vista de lo anterior, nos centraremos en la existencia de una conducta unilateral abusiva de *Mediapro*. *prima facie*, se trataría de un abuso de posición dominante explotativo mixto o anticompetitivo por vinculación o contratos ligados. *Mediapro* adoptaría esta conducta en el mercado ascendente de la reventa de derechos deportivos para TV, con el efecto de debilitar la posición de los organismos de difusión compradores frente a sus competidores. Ahora bien, la identidad de intereses entre *Mediapro* y *La Sexta*, activa en ese mismo mercado descendente de la TV en abierto, y entre *Mediapro* y *Gol Televisión*, activa en el mercado descendente de la TV de pago, haría inicialmente posible enfocar tal práctica restrictiva como abuso excluyente por vinculación (ver más abajo lo que se dice sobre esta figura al hilo de las Orientaciones de la Comisión).

TSA insistía en este expediente en que la venta de derechos y los servicios portadores de señal eran negocios no vinculados, mientras que *Mediapro* insistía en sus comunicados de prensa en que su comportamiento formaba parte “*de la actuación regular desarrollada por todas las operadoras y canales televisivos en Europa y EE UU*” y en que, a su juicio, el grupo no había incurrido en prácticas ilegales porque lo que ofrecía a sus clientes era “*un producto final, la retransmisión en directo de un partido*” (v. edición digital de Cinco Días de 22/09/2010).

Permite todo lo anterior concluir, que en todos los eslabones de la cadena de valor que termina con la emisión de partidos de fútbol a través de cualquier forma de comunicación audiovisual, el sistema español de derecho de arena con veto del club visitante, al alimentar el monopsonio y al levantar fortísimas barreras de entrada de tipo económico, viene a ser caldo de cultivo para toda clase de abusos de posición dominante. Determinados factores, como el alto grado de integración vertical existente en los ejes *AVS-Sogecable* y *Mediapro-La Sexta*, con el riesgo consiguiente de creación de posiciones de portero y de efectos bola de nieve, el hecho de ser el fútbol un insumo esencial para operar en los mercados descendentes, etc. contribuirían a agravar lo anterior.

En este sentido, más deseable que la creación de un corsé de medidas, a fuerza de que la autoridad de la competencia fuera resolviendo los diversos casos ya planteados y que seguro que se seguirán planteando, sería la articulación de sistemas de venta conjunta sujetos a ciertas medidas (división por paquetes, plataformas, etc.; ver más arriba) similares a los impuestos a escala europea.

Tras el anterior repaso, cabría ir a las formas de abuso de posición dominante que, abstractamente consideradas tendrían más posibilidad de darse en estos mercados o niveles. Sabemos que, dada la polémica doctrinal a la que se presta el abuso explotativo, las autoridades de la competencia intentan primar el acercamiento a estas prácticas restrictivas desde la óptica del abuso excluyente cuando, en una misma situación, convivan los efectos explotativos con los excluyentes. Partiendo, sobre todo, de la integración vertical *Sogecable/AVS/Digital Plus* lo anterior es perfectamente posible pues, como hemos visto, el efecto final, en todos los casos, podría ser el de la exclusión de los competidores en los mercados ascendentes de los contenidos o en el descendente de la comunicación audiovisual.

Dicho lo anterior, podríamos acudir a las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes [DO C 45 de 24.2.2009, p. 7/20 (2009/C 45/02)].

Se destacó más arriba que, de acuerdo con la más moderna doctrina, para apreciar la figura del abuso de posición dominante es necesario que llegue producirse un resultado lesivo para el juego de la competencia o una restricción de la competencia. La dificultad de determinar si la empresa dominante podría o no haber obtenido la ventaja de que se trate aún estando viva la competencia es, como se dijo, lo que hace necesario atender al parámetro del bienestar de los consumidores. De este modo, las prioridades para el control por la Comisión de las conductas abusivas vienen determinadas, según las orientaciones, por el bienestar de los consumidores a través del disfrute al mejor precio de productos y servicios de la mejor calidad, novedad y variedad. Así, el resultado lesivo se cifra en las orientaciones en el “*cierre del mercado lesivo para los consumidores*” o “*cierre anticompetitivo del mercado*”.

O, puesto en otros términos, no basta con que el mercado se cierre, sino que además se exige que ese cierre sea lesivo para los consumidores porque, cuando no sea así, habrá que entender que el cierre es “competitivo” o “eficiente”. Ciertamente, esto será lo excepcional porque un mercado abierto es un mercado en el que la competencia intermarcas ejercerá aguas abajo una presión a la baja sobre los precios en beneficio de los consumidores. Sin embargo, habrá supuestos, como los de mercados emergentes, en los que puede tener sentido limitar el juego de la competencia a fin de que, por ejemplo, los consumidores puedan llegar a beneficiarse de productos novedosos, o de fortalecer el poder de compra frente a proveedores muy potentes (como pueden ser los grandes estudios de Hollywood) de modo que los insumos puedan ser adquiridos en condiciones competitivas permitiendo que los usuarios al final de la cadena puedan disfrutar de los mismos.

En los casos que nos ocupan, el cierre será siempre anticompetitivo, pues al abuso de posición dominante en cada uno de sus niveles llevará a incrementos de precios o empeoramientos de condiciones que, al final, perjudicarán a los usuarios finales abonados a TV de pago.

De las formas concretas de abuso excluyente estudiados por la Comisión en sus orientaciones, las que, claramente, llegarían a darse serían las siguientes: **acuerdos**

exclusivos, vinculación y venta por paquetes, denegación de suministro y compresión de márgenes:

- ❖ ***Acuerdos exclusivos.*** Se trata de casos en los que la empresa dominante excluye a sus competidores impidiéndoles acceder a una base de clientes (bloqueo de clientes) o a los *inputs* necesarios para permanecer en el mercado (bloqueo de insumos). Dentro de este supuesto quedarían englobados otros, a saber, las ***obligaciones de compra exclusiva*** y los ***descuentos condicionales*** (en ambos el efecto predominante es el del bloqueo de clientes) y, por otra parte, las ***obligaciones de suministro exclusivo*** y los ***incentivos de suministro exclusivo*** (en los dos el efecto característico es el del bloqueo de insumos).

Por cuanto se ha venido exponiendo, lo característico de los abusos de posición dominante en estos mercados es que se traducen más en bloqueos de insumos esenciales que de clientes. Lo anterior valdría para descartar las obligaciones de compra exclusiva y los descuentos condicionales.

En cuanto a las obligaciones de suministro exclusivo e incentivos de suministro exclusivo, estas dos formas de darse el abuso excluyente que las Orientaciones mencionan, pero que no desarrollan, son reflejo de las otras dos citadas, obligaciones de compra exclusiva y descuentos condicionales, sólo que éstas últimas suponen el bloqueo del acceso de los competidores de la empresa dominante a una base de clientes (*customers foreclosure*) en tanto que, en las dos a las que ahora nos referimos, la exclusión se da respecto de los competidores de la empresa dominante que no pueden acceder a los insumos necesarios para sobrevivir en el mercado o para acceder a él.

De los ámbitos que estudiamos con la tesis, probablemente aquél en el que puedan resultar más factibles estos abusos excluyentes sea el de los contenidos *Premium* deportivos, que son insumos esenciales para que un operador pueda acceder al mercado de la TV de pago y permanecer en el mismo (en menor medida, respecto de otras formas de comunicación audiovisual). Aquí, aún cuando lo anterior se haya visto, en alguna medida, compensado por la intervención de la autoridad nacional de la competencia, lo cierto es que la dinámica tendente al monopsonio a que nos venimos refiriendo da ocasión para que la plataforma mayoritaria de adquisición de derechos (AVS), haciendo valer el hecho de ser ya titular de los derechos de la mayoría de los clubes, imponga el suministro exclusivo de sus derechos a aquellos clubes que aún no los hubieran cedido y que se hubieran quedado descolgados en anteriores cesiones, excluyendo, de esta manera, a otros competidores potenciales del mercado de compra.

Esta situación vendría agravada por las fortísimas barreras de entrada económicas existentes por el efecto red y de exclusión, la elevadísima cuota de mercado de AVS, la débil competencia residual y potencial, la duración del acuerdo de suministro exclusivo, la existencia en los mercados descendentes de la comunicación audiovisual de economías de densidad (red de abonados en el mercado de la TV de pago), de escala (a mayor número de abonados mayor margen de beneficio y menor coste) y de alcance (difusión de eventos deportivos a través de diversas plataformas de comunicación audiovisual), la situación de dependencia económica de los competidores respecto de un insumo esencial (los derechos deportivos) para sobrevivir en los mercados posteriores, etc. Determinados aspectos, como el poder de mercado del lado de la oferta (los clubes de fútbol en general) o posibles eficiencias (el disfrute de todo el fútbol por los abonados a través de una única plataforma de TV de pago o la maximización de las

posibilidades de emisión de modo que ningún partido se dejara de emitir) podrían atenuar, aunque parece que no neutralizar, los efectos de tal abuso de posición dominante.

- ❖ **Vinculación y venta por paquetes.** Sobre los conceptos de vinculación y venta por paquetes y las diferencias entre ambos, es dable hacer una remisión a lo dicho por la Comisión en sus Directrices de 2008 sobre evaluación de las concentraciones no horizontales, en concreto, al tratar de las restricciones de la competencia derivadas de las concentraciones conglomerales.

Los principales efectos anticompetitivos no coordinados derivados de una concentración conglomeral se traducen en el cierre de mercados. Éste viene a ser consecuencia del fenómeno denominado “apalancamiento” que se da cuando la nueva entidad, gracias a su sólida posición en un mercado de producto (“mercado del producto vinculante” o “mercado palanca”), puede incrementar sus ventas en otro estrechamente relacionado con el anterior (“mercado del producto vinculado” o “mercado del paquete”) recurriendo a técnicas como son la de la vinculación de productos o la de venta empaquetada.

La vinculación se da cuando se obliga al comprador de un producto, llamado vinculante, a adquirir otro producto del proveedor, el cual recibe el nombre de vinculado (si, por ejemplo, un gran estudio de *Hollywood* obliga a que un operador de TV de pago adquiera junto con los derechos sobre grandes estrenos los referidos a canales temáticos u otras obras audiovisuales). Hay empaquetamiento cuando determinados productos o servicios sólo son comercializados de modo conjunto (empaquetamiento puro; si, por ejemplo, los servicios de TV de pago sólo fueran comercializados junto con descodificadores y otros accesorios comercializados por la propia plataforma) o si también lo son por separado, pero a un precio superior (empaquetamiento mixto; si, por ejemplo, los servicios de teléfono, acceso a IT y TV resultan más económicos si son contratados conjuntamente a través de un mismo operador). Todos estos conceptos tienen también su importancia, como es sabido, en el campo de la colusión vertical.

La vinculación y la venta empaquetada pueden ser inicialmente tenidas por prácticas procompetitivas que permiten mejorar las condiciones de oferta referidas a diversos productos de los proveedores que son comercializados de una manera más cómoda o rentable. Sin embargo, cuando el apalancamiento lleva a un cierre del mercado frente a los competidores reales o potenciales cabrá entender que la concentración conglomeral supone una obstaculización significativa del juego de la competencia y un riesgo de degradación de las condiciones competitivas sobre precios, calidad, cantidad o innovación. Esto podrá llevar a la creación o refuerzo de una posición dominante dentro del mercado afectado pero también a la creación de un entorno favorable a la colusión.

Lo decisivo es, en estos casos, que la empresa disfrute de una posición dominante en el mercado del producto vinculante (o en uno de los mercados del paquete) y que se prevalega de ella para que sus clientes adquieran el producto vinculado (u otro de los productos del paquete) con el efecto de excluir a los competidores dentro del mercado del producto vinculado (o del otro producto del paquete). El hecho de que la empresa sea también dominante en el mercado vinculado o en el mercado del otro producto del

paquete sólo será un factor que, sobre el anterior, contribuirá a reforzar la idea de que existe un abuso excluyente.

Como se dejó anunciado, este riesgo de abuso excluyente comienza ya a plantearse dentro del mercado de los contenidos *Premium* deportivos, en el nivel de la reventa a otros difusores, desde el momento en el que *Mediapro*, aprovechándose de su posición en ese mercado (mercado vinculante o primer mercado del paquete, en función de que nos hallemos, respectivamente, ante las formas de la vinculación o del empaquetamiento), fuerza a los difusores a contratar con ella o con alguna empresa de su grupo el servicio portador de señal (mercado vinculado o segundo mercado del paquete) con el riesgo de cierre de este otro mercado.

Por otro lado, para que pueda apreciarse esta forma de abuso excluyente es necesario que los productos vinculante y vinculado (o los productos del paquete) sean productos diferentes. A estos efectos se aclara en las orientaciones (parf. 51) que *“dos productos son distintos si, no existiendo una vinculación o venta por paquetes, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante – o uno de los del paquete - sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado – o el otro de los productos del paquete -, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado – o los dos productos del paquete”*. Llevando estas afirmaciones a nuestro caso es claro que derechos sobre acontecimientos deportivos y servicios portadores de señal son mercados diferentes, pues, de no existir la vinculación o el empaquetamiento, serían muchos los difusores que adquirirían ambos por separado.

Ahora bien, no constando que *Mediapro* y *Abertis* sean lo mismo, no sería fácil hablar en este caso de un abuso de posición dominante unilateral por vinculación (ver más arriba); lo que sí cabría plantearse en caso contrario, pues, en tal caso, una misma empresa estaría presente tanto en el mercado vinculado como en el vinculante o, en su caso, en todos los mercados del paquete.

Lo anterior nos conduciría hacia otros riesgos de abuso de posición dominante por exclusión como, por ejemplo, pinzamientos o estrechamientos de márgenes ya no sólo con relación a los insumos consistentes en contenidos para TV, sino además en los consistentes en servicios de comunicaciones electrónicas para difusión de TV. Es decir que, a reserva del conocimiento de los datos que pudieran servir para justificar la identidad *Mediapro/Abertis*, los riesgos de cierre de mercado por abuso de posición dominante unilateral se situarían, más que en los mercados de los servicios portadores de señal audiovisual, en los descendentes de la comunicación audiovisual donde los competidores de *La Sexta* o *Gol Televisión* podrían verse excluidos.

En cualquier caso parece oportuno dejar advertido que las técnicas de vinculación y empaquetamiento participan de un componente procompetitivo, el cual determina que las mismas sean especialmente dadas a propiciar eficiencias. Esta circunstancia podrá determinar que la conducta no revista un carácter lesivo para el juego de la competencia y, en fin, que la misma no llegue a constituir abuso excluyente. En efecto, estas técnicas pueden generar economías de gama o alcance que permitan reducir el precio aplicado a los consumidores (menores costes de producción si, por ejemplo, se aprovecha una misma red de comunicaciones electrónicas para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, voz, datos, etc.; de distribución si, por ejemplo,

basta una sola visita de personal técnico para que el usuario pueda recibir de una vez todos esos servicios; de comercialización como cuando baste con una sola campaña publicitaria para la promoción comercial de todos los servicios empaquetados o vinculados; etc.).

También, desde el punto de vista de la innovación, pueden ser importantes para la introducción de productos novedosos, no sólo, como comenta la Comisión (núm. 62), en el caso de que el producto vinculado sea un producto nuevo que sin ligarse al vinculante tendría vetado su acceso al mercado, sino también cuando, en un horizonte temporal más o menos lejano, la propia vinculación o empaquetamiento pueda dar lugar a un mercado de producto nuevo nacido de la convergencia de los servicios empaquetados o vinculados (p.e., en el asunto de la integración de las plataformas digitales de TV de pago en España en 2001, se refirió el TDC al naciente mercado de la “prestación de servicios de telecomunicaciones” que comprendería la transmisión de voz, datos y vídeo a través de una infraestructura común).

A este tipo de consideraciones no podría resultar ajena la valoración de un comportamiento de *Mediapro* que supusiera integrar en un solo y gran insumo servicios portadores de señal y derechos sobre contenidos deportivos.

❖ **Denegación de suministro y compresión de márgenes.** Estas modalidades del abuso de exclusión resultan de importancia capital en los ámbitos en que nos movemos. Ambas tienen de común el hecho de que la empresa dominante sólo estará incentivada para incurrir en ellas cuando compita tanto en el mercado ascendente de venta del insumo como en el descendente, en el que ese insumo es necesario, y donde querrá excluir a sus competidores. Esto es precisamente lo que ocurre con *Sogecable*, activa en los mercados de contenidos a través de *AVS* y en los de la comunicación audiovisual con *Digital Plus* y *Cuatro*, y con *Mediapro*, activa en contenidos y en el mercado descendente de la TV en abierto con *La Sexta* y en el de la TV de pago con *Gol Televisión*. Aquí cabrá que la empresa dominante quiera que sus competidores en el mercado descendente no tengan el insumo (***denegación del suministro***) o quiera que lo tengan, pero a unos precios que no le permitan luego, al revender el producto manufacturado, obtener un margen de beneficio suficiente como para poder sobrevivir en el mercado (***compresión de márgenes***).

➤ ***Denegación del suministro.*** Dentro de esta práctica se comprende no sólo la denegación de suministro de productos, sino también de otra clase de insumos importantes para que los clientes puedan sobrevivir en el mercado descendente como, p.e.: (i) derechos de propiedad intelectual o industrial [como en el caso *Magill* – Asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE)* e *Independent Television Publications Ltd (ITP)*/Comisión (*Magill*), Rec. 1995, p. 743, asunto C-418/01; *Vid Infra* - donde se denegaba la información sobre la programación de televisión para la confección de guías de programas pretextando que la propiedad de esa información era de los organismos de difusión televisiva]; (ii) licencias de tecnología [la Comisión cita el Asunto T-201/04, *Microsoft*/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, en el que la empresa dominante supeditaba la entrega de su sistema operativo para ordenadores personales a la simultánea adquisición del lector multimedia, o, a nuestros efectos, denegaba la concesión de la licencia.

En el caso de los mercados de los derechos deportivos, la denegación de suministro podría darse en el tercer nivel de puesta en común de derechos, si el *pool* (*AVS*) se negara a permitir que un adquiriente originario los pusiera en común para así hacerse acreedor del derecho a retransmitir concretos partidos. También cabría que se diera en los mercados posteriores de la reventa de derechos, cuando, p.e., *Mediapro* suministrara los derechos de retransmisión a su cadena vinculada *La Sexta*, pero no a otros operadores en abierto, con el efecto de excluirllos del mercado de la audiencia o los telespectadores. En el caso de derechos para TV de pago, ante la condición impuesta por la autoridad de la competencia para que *AVS* sublicencie a otros operadores (p.e., *ONO*), el abuso ha debido adoptar formas más disimuladas, como el pinzamiento a que pasamos a referirnos.

- ***Compresión de márgenes.*** Esta práctica abusiva es de las más importantes en el ámbito de los mercados relacionados con el acceso de los competidores del incumbente de telecomunicaciones a la infraestructura de éste para competir con ese mismo incumbente en la prestación de servicios minoristas de telecomunicaciones a los usuarios finales (singularmente, en el caso del bucle local). En otros ámbitos también relacionados con la tesis podría también imaginarse, si bien en un plano algo más teórico: p.e., si una plataforma de adquisición de importantes derechos audiovisuales vinculada a un operador de TV de pago los vende a otros difusores a precios tan elevados que impidan a estos rentabilizar su inversión y permanecer en el mercado de la TV de pago. Esto último es precisamente lo que ha venido sucediendo con los derechos deportivos.

Lo característico del estrechamiento de márgenes o “pinzamiento” es que el operador dominante puede llevarlo a efecto bien subiendo el precio de los insumos que vende en el mercado ascendente bien bajando el precio de sus propios productos en el mercado descendente, práctica esta última que entroncaría con la de los precios predatorios. En el ejemplo del bucle local, lo mismo podrá ser que el incumbente de telecomunicaciones eleve los precios que cobra a otros operadores por acceder a su par de cobre como que baje los precios que cobra a los usuarios finales por sus propios servicios de acceso a Internet; o ambas cosas. En el caso de los derechos deportivos, la hipótesis más factible es la de que *Sogecable/AVS* eleve los precios aplicados a otros operadores de TV de pago en la venta de derechos deportivos, más que la de que *Digital Plus* rebaje por debajo de umbrales competitivos los precios aplicados a los abonados a TV de pago por estos servicios.

Tanto en el caso de ***denegación del suministro*** como en el de ***estrechamiento de márgenes***, para que la Comisión pase a controlar estas conductas será necesario que se dé la condición de que el insumo sea objetivamente necesario para que los competidores puedan actuar en el mercado descendente, en el sentido de que esos mismos competidores no puedan hallar para ese insumo ningún sustituto real ni potencial en el que basarse ya adquiriéndolo de otros proveedores, ya desarrollándolo por sí mismos. La Comisión refiere (nota al pie n. 58 de las orientaciones) que *“generalmente es probable que sea imposible copiar un insumo cuando interviene un monopolio natural debido a economías de escala o de alcance, cuando hay efectos de red importantes o cuando se refiere a la denominada información de fuente única”*. Los efectos de red o economías de densidad serían característicos de los mercados de las comunicaciones electrónicas y se darían, precisamente, con relación al insumo del bucle local a que nos venimos refiriendo para el que no habría a corto plazo un

sustituto idóneo (p.e., bucle local inalámbrico). El insumo “*información de fuente única*” era, justamente, el que se daba en el caso *Magill* (*Ibidem*) sobre el que se volverá en la parte dedicada a estos mercados. De igual modo, cabría que se dieran todos estos efectos respecto de los contenidos *Premium* deportivos.

Por otra parte, en estas modalidades de abuso de exclusión, hay ciertas ideas de las que partir para valorar la existencia de eficiencias. La idea esencial será la de que tales prácticas habrán de ser beneficiosas para los consumidores. Se parte de la libertad de la empresa para disponer de los bienes de su propiedad como mejor le parezca y para elegir libremente a sus proveedores y clientes. Además, la anterior es la forma de que las mismas empresas puedan rentabilizar sus inversiones y evitar ser parasitadas por los competidores que, lejos de invertir por sí mismos, prefieren aprovecharse de las inversiones acometidas por la empresa dominante (vienen siendo un lugar común las quejas de *Sogecable* en cuanto a lo cómodo que resulta para otros operadores el no acudir al mercado de compra de derechos a los clubes, por las incertidumbres que ello pudiera comportarles por el riesgo de no poder explotar los derechos, y el limitarse a exigir en los mercados posteriores el otorgamiento de licencias por *AVS* respecto de partidos en concretos).

iii) Ante prácticas colusorias (cártel)

(1) En mercados de contenidos no Premium

Comenzando por referirnos a los mercados de contenidos no *Premium* en España, pues ya sabemos que a estos efectos el tratamiento de los mercados de las obras audiovisuales y de los canales resultaría perfectamente asimilable, el carácter muy competitivo de los mismos a que nos venimos refiriendo apenas si dejaría lugar a que pudieran cobrar importancia cualesquiera de las prácticas comprendidas en el Art. 1 LDC o en el Art. 101 TFUE.

Es cierto que, si tomamos la redacción vigente del Art. 1 LDC – al fin y al cabo seguimos hablando de mercados nacionales –, la prohibición de dicho precepto alcanza no sólo a las prácticas (“*acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela*”) que “*produzca(n) o pueda(n) producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional*”, sino también a todas aquellas que tengan ese objeto. Partiendo de lo anterior, podría inicialmente concluirse que, aun no siendo imaginable que dos proveedores de contenidos no *Premium* pudieran protagonizar prácticas de cártel con un resultado real o potencialmente anticompetitivo, al no disfrutar del poder de mercado suficiente, no cabría, en principio, descartar que pudieran protagonizar prácticas de cártel por la intención u objeto anticompetitivos. Sin embargo, incluso esta opción tendría una escasa virtualidad: p.e., ¿qué sentido podría tener que dos editores de canales temáticos se pusieran de acuerdo para fijar precios o limitar su producción cuando tendrían que ser conscientes de que el resto de competidores, que serían muchos, aprovecharían esa coyuntura para rebajar sus precios o incrementar su producción para ganarles cuota de mercado?

Así cabría concluir la escasa incidencia de la colusión en forma de cártel dentro de estos mercados de contenidos no *Premium*.

(2) En mercados de contenidos Premium cinematográficos

A diferencia de lo sucedido con los anteriores, la hipótesis de cártel resulta perfectamente imaginable y llega a darse en la práctica en los mercados de los contenidos *Premium* cinematográficos. En estos casos, la práctica desarrollada por los grandes estudios en connivencia muy probablemente admitirá ser enfocada como caso de cártel o de abuso de posición dominante colectiva (ver más arriba) y podrá inscribirse en cualquiera de los supuestos enumerados con carácter ejemplificativo en los Arts. 101 TFUE y 1 LDC (cártel) o en los Arts. 102 TFUE o 2 LDC (abuso de posición dominante colectiva) y, si no, dentro del concepto general ya de cártel, ya de abuso de posición dominante.

Ciñéndonos al caso que nos ocupa, que es el del cártel, prácticamente todas las formas de concertación contempladas en esos preceptos podría ser que llegaran a darse: los acuerdos verbales o escritos, jurídicamente vinculantes o no (*gentlemen's agreements*), las prácticas concertadas o las conscientemente paralelas. Apenas si resulta difícilmente imaginable en la práctica la forma de las decisiones en el seno de asociaciones de *majors*.

En este ámbito podrían apreciarse con toda claridad las dificultades que han de enfrentar las autoridades de la competencia para la sanción como cártel de las prácticas concertadas y de las conscientemente paralelas. Empezando por las prácticas concertadas, se trataría de que, sin constancia de acuerdo entre los *majors*, los mismos, frente a la opción de competir entre sí, se decantaran por la de cooperar unos con otros adoptando una misma línea de comportamiento (p.e., fijando todos un plazo mínimo de 5 años para sus *output deals*). Para la sanción de este comportamiento, aún no mediando entre los agentes un acuerdo expreso para comportarse del mismo modo, sí, al menos, cabría exigir la constatación de una concertación, con una menor intensidad volitiva que la del acuerdo expreso, que permita inferir que el comportamiento paralelo no viene impuesto por las circunstancias del mercado, sino por el deseo de los grandes estudios de no competir entre sí. En el ejemplo, tal constatación podría llegar a darse, Vg., por el hecho de haber empezado todos los grandes estudios a exigir ese plazo de 5 años a partir de cierto año y no antes.

Cabría que las autoridades de la competencia, enfrentadas al caso de que los grandes estudios adopten el mismo comportamiento consistente en la imposición de esos 5 años de plazo para sus acuerdos, no puedan sin embargo llegar a constatar la existencia de esa concertación tras del comportamiento paralelo. En esta hipótesis entraría ya en juego las presunciones asociadas a la figura de las prácticas conscientemente paralelas. De este modo, sería para los grandes estudios la carga de probar que ese plazo de 5 años viene impuesto por las circunstancias del mercado, p.e., por resultar indispensable para la amortización de las fuertes inversiones acometidas, y, de no conseguir hacerlo, quedaría expedita para la autoridad de la competencia la posibilidad de apreciar la existencia de cártel.

En lo que concierne al requisito de la afectación de la competencia, a diferencia de lo sucedido con los contenidos sin valor *Premium*, el fuerte poder de mercado de los grandes estudios tendría que llevar a una afectación real, efectiva y constatable del juego de la competencia dentro del mercado relevante. Quiere lo anterior decir que el comportamiento desplegado iría en sus efectos mucho más allá de la mera intención y también de una afectación simplemente en potencia de ese mismo mercado relevante.

Además, si damos el valor de gradación a la enumeración de los Arts. 101 TFUE y 1 LDC (*“impedir, restringir o falsear la competencia”*), muy probablemente habría que concluir que el peso específico de los grandes estudios llevaría a que el comportamiento paralelo *“impidiera”* o condujera a una total neutralización del juego de la competencia dentro del mercado relevante, yendo más allá de simples restricciones o falseamientos de esa misma competencia y afectando de modo sustancial a parámetros competitivos, como serían el de la calidad, novedad, cantidad o variedad de los productos suministrados a las plataformas de TV de pago y, aguas abajo, de los servicios de TV de pago prestados a los usuarios finales.

Finalmente, respecto del concurso de eficiencias del Art. 1.3 LDC o 101.3 TFUE, y sin perjuicio del examen que se irá realizando respecto de cada una de las formas en que podría llegar a manifestarse el cártel, su posible concurrencia no resulta fácil de imaginar.

Antes de incidir sobre las concretas formas de cártel investidas de una mayor gravedad, podríamos empezar por referirnos a la posibilidad de que lleguen a darse dentro de este mercado las prácticas colusorias tipificadas bajo las letras d) y e) del apartado 1 del Art. 1 LDC [iguales a las letras d) y e) del Ap. 1 del Art. 101 TFUE]. Se trata, respectivamente, de los supuestos de discriminación con exclusión (*“la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”*) y de vinculación (*“la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos”*).

Estos casos, como ha habido ya oportunidad de señalar (ver más arriba el mercado de la publicidad televisada), se ajustan más a la estructura del abuso de posición dominante colectiva bajo la modalidad de abuso explotativo mixto o anticompetitivo que a la de la colusión horizontal. A ambos casos de abuso hicimos mención en el apartado referido al abuso de posición dominante dentro de este mismo mercado con las referencias al abuso explotativo por discriminación y al abuso explotativo por contratos ligados. El primero no aportaría ninguna especialidad con respecto a su funcionamiento en otros mercados; se trataría sin más del caso de que varios *majors* se pusieran de acuerdo, por ejemplo, en reservar las mejores películas a *Sogecable*, en detrimento de *ONO* o de *Imagenio*. Sí podría, en cambio, adquirir unos perfiles más característicos la vinculación en la que varios *majors*, utilizando como mercado palanca el de los contenidos *Premium* cinematográficos, intentarían expandirse en el mercado español de los canales temáticos⁵.

⁵ Como casos de vinculación en otros mercados objeto de pronunciamiento de las autoridades judiciales y de la competencia podríamos referir los siguientes:

- **Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1187/2003 de 17 septiembre (Usuarios de servicios bancarios - RJCA 2003\900)**. En este caso se trataba de que una entidad financiera (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid) que subordinaba la concesión de los préstamos hipotecarios a la suscripción de una póliza de seguro de vida o amortización de crédito con una entidad aseguradora perteneciente a su mismo grupo empresarial y en la que el beneficiario de dicho seguro era la entidad prestamista. Tal práctica fue denunciada por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) por considerarla constitutiva de la infracción del Art. 1.1.e) LDC ante el SDC que decretó el archivo. La decisión de archivo fue recurrida ante el TDC que la confirmó. Ante esta confirmación se recurrió ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que estimó el recurso y ordenó la incoación del expediente sancionador. AUSBANC había argumentado que no se trataba de una conducta unilateral y cifraba el concierto de voluntades en el acuerdo entre Caja de Madrid y Caja Madrid-Vida.

El TDC, de nuevo, en su resolución confirmatoria de la de archivo del SDC derivó la cuestión hacia el terreno del abuso de posición dominante, a pesar de que la denuncia se había apoyado, como decimos, en el Art. 1.1.e) LDC. En particular sentó el TDC: *“Respecto a la posibilidad de incurrir en una conducta abusiva por parte de la CAMPM por exigir a sus clientes (cosa tampoco demostrada y que ni siquiera se cuestiona explícitamente por la denunciante) la contratación de la prestación secundaria (la póliza del seguro de vida) con una entidad aseguradora de su mismo grupo empresarial, se debe tener en cuenta que ello sólo estaría prohibido por la LDC si tal comportamiento se realizase desde una posición dominante y por lo tanto en el ámbito de aplicación del Art. 6. Habría entonces que definir el mercado y demostrar la existencia de una posición de dominio por parte de CAMPM en los mercados relevantes considerados”*.

Sin embargo, las consideraciones del TDC no daban cumplida respuesta al hecho de que *AUSBANC* hubiera sustentado su denuncia en el Art. 1.1.e) y al hecho de que este precepto no exigiera posición dominante para su aplicación. El TDC intentaba suplir la falta de coherencia sistemática existente entre la regulación del cártel y la del abuso de posición dominante y al carácter distorsionador del Art. 1.1.e) LDC.

- **Resolución del TDC de 27 julio 1999 (Caso Texaco 2- AC 2001\1005).** Se trataba de cláusulas incluidas en los contratos de distribución en exclusiva de lubricantes y otros productos afines celebrados entre una entidad petrolífera (*Texaco*), que operaba como distribuidora al por mayor en las Islas Canarias de carburantes, lubricantes y otros productos afines, y ciertos establecimientos minoristas, en su mayoría propietarios de estaciones de servicio, con los que tenía concertados los correspondientes contratos de préstamo de equipo, abanderamiento y suministro. Algunas de esas cláusulas se entendían incursas en la prohibición del Art. 1.1.e) LDC, en particular las que impedían al minorista admitir otras tarjetas de crédito diferentes a las emitidas por la mayorista y las que facultaban al mayorista para poder inspeccionar la estación de servicio del minorista hasta el punto de poder realizar estudios de la rentabilidad del mismo tan a menudo como lo considerase pertinente. En este caso, el TDC no resolvió la cuestión en clave de abuso de posición dominante, sino en la de colusión vertical, al entender que en efecto mediaban acuerdos anticompetitivos de los del Art. 1 LDC entre *Texaco* y sus minoristas que debían ser sancionados por colusorios dado que los mismos no quedaban amparados por ninguna de las exenciones previstas en los Reglamentos de Exención por categorías vigentes a la sazón (RD 157/1992 y Reglamento CEE 1984/83).
- **Resolución del TDC de 25 de octubre de 1996 (Máquinas fotocopiantes- AC 1996\2024).** Se trataba de una incoación de oficio de expediente sancionador sobre la base del Art. 1.1.e) LDC frente a *“Rank Xerox Española, SA” (RXE)* por la inclusión en su modelo de contrato de distribución de máquinas fotocopiantes con distribuidores exclusivos de una prohibición de reventa del producto si el distribuidor no conseguía que el comprador aceptase un contrato por el que la suministradora asumiera el mantenimiento post-venta. Este último contrato debía ser aportado a *RXE* por su distribuidor junto con el pedido de la máquina para que la propia *RXE* entregase esta última al comprador final.

Las alegaciones de *RXE* fueron encaminadas a justificar que no resultaba de aplicación el Art. 1.1.e). En primer lugar señaló que este precepto se aplicaba sólo a los acuerdos entre empresarios y no a los que pudiera existir entre empresarios y consumidores y usuarios, en el sentido de destinatarios finales de los productos o servicios. En este sentido, adujo que la mecánica de firma era tal que el contrato de mantenimiento y asistencia técnica era directamente entre *RXE* y el comprador final y que el distribuidor quedaba al margen. En segundo lugar, argumentó que era presupuesto de aplicación del Art. 1 LDC la bi o multilateralidad y que, por tal razón, debían haber sido los distribuidores perseguidos junto con ella.

El TDC empezó reconociendo: *“tiene razón «RXE» al afirmar que el Art. 1 LDC contempla relaciones interempresariales, por lo que no se aplica a las ventas directas a los usuarios que pueda hacer «RXE», reguladas por sus «condiciones generales de venta» y que “los usuarios finales están protegidos por su legislación específica, como es la Ley 26/1984, de 19 julio (RCL 1984\1906y ApNDL 2943), General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que prohíbe específicamente, como contraria al justo equilibrio de las prestaciones, la obligada adquisición de bienes o mercancías complementarias o accesorios no solicitados [Art. 10.1.c) 12]”*. Del mismo modo, admitió *“y es también cierto, como afirma «RXE», que el Art. 1 LDC contempla acuerdos que implican pluralidad de partes, siendo jurídicamente irrelevante la redacción unilateral de un modelo de contrato por «RXE» hasta que no se*

Dicho lo anterior, pasamos a incidir sobre las concretas formas de cártel investidas de una mayor gravedad y susceptibles de ser desarrolladas por los grandes estudios dentro de este mercado, a saber, fijación de precios, fijación de otras condiciones de la transacción, reparto de mercados, acuerdos de limitación de la producción y acuerdos de intercambio de información:

- a) Fijación de precios. Cabría, en primer lugar, pensar en acuerdos de fijación de precios mínimos de comercialización de los *films*; más difícilmente, y por razones evidentes (costes de las producciones, ausencia de otros competidores al margen de los grandes estudios, etc.) en los de fijación de precios máximos de modo predatorio. Tales acuerdos darían lugar a supuestos de cártel de especial gravedad y muy difícilmente cabría apreciar en ellos el concurso de eficiencias (p.e., mejoras en la producción

acepta por el distribuidor; de aquí que los concesionarios sean coautores necesarios de la infracción, debiendo haber sido perseguidos lo mismo que «RXE».

No obstante, terminó concluyendo el TDC que *“la alegación de «RXE» es artificiosa. «RXE» condiciona la venta al distribuidor a que éste, cuando revenda la máquina, consiga previamente la aceptación por el cliente del contrato de asistencia técnica con «RXE», de modo que una reventa sin tal aceptación autoriza a «RXE» a no entregar la máquina, esto es, a resolver (o no considerar perfeccionada) la venta al distribuidor que ve así limitada su libertad de adquirir, para revender, sólo la fotocopiadora sin otras prestaciones”* e, igualmente, que *“debe tenerse en cuenta que la propia «RXE» ha reconocido que su modelo de contrato ha sido aceptado por sus distribuidores; que la responsabilidad de los diversos coautores puede ser diferente -una cosa es la autoría y otra la responsabilidad- y que, en este caso, al ser un contrato de adhesión, el distribuidor puede verse eximido de responsabilidad; y, en todo caso, que el no haber expedientado a los distribuidores no hace ilegítimo el expediente a «RXE»”.*

Con ser ilustrativos los anteriores contenidos, lo resultarían aún más a los efectos que ahora se nos plantean otros relacionados con el abuso de posición dominante y la colusión vertical. En este sentido el TDC resumió ciertas alegaciones RXE, en concreto: *“Sostiene «RXE», en segundo lugar, que la figura de las prestaciones vinculadas tiene su juego propio en el abuso de posición de dominio, o sea cuando el que ofrece las prestaciones está en disposición de hacerlas aceptar por su posición frente a la otra parte; puede darse también como acuerdo horizontal entre empresarios para incluir en sus ofertas una misma prestación vinculada; pero no cabe como acuerdo vertical entre comprador y vendedor si no hay posición de dominio -como es el caso- porque el adquirente es libre de no aceptar y de recurrir a los competidores. El empresario oferente puede configurar su oferta como tenga por conveniente y será el mercado el que la aceptará o rechazará, valorando las diversas prestaciones que la integran. Y añade «RXE» que una cláusula muy similar a la objetada se contenía en los contratos que presentó a la Comisión Europea y a las autoridades británicas de la competencia sin que pusieran objeciones”.*

Este resumen de alegaciones fue previo a su desestimación por el TDC: *“La alegación, estima el Tribunal, no es atendible. La Ley no indica que el Art. 1.1, e) no se aplica a los acuerdos verticales, de modo que el vendedor pueda añadir indisolublemente a la prestación principal, que es objeto del contrato, otras prestaciones no necesarias y no queridas por el distribuidor, que se ve obligado a aceptarlas, si quiere la prestación principal; y ello con independencia de que el vendedor tenga o no una posición de dominio en el mercado. Hay una restricción de la libertad del distribuidor que justifica la aplicación del Art. 1.1, e). En cuanto a la aceptación por la Comisión Europea y las autoridades británicas de la competencia de una cláusula «muy similar» a la discutida no puede tomarse en consideración porque no se han aportado al expediente los contratos que fueron presentados ante aquellas instancias”.*

La resolución del TDC fue posteriormente confirmada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de enero de 1999 (RJCA 1999\3458). A la hora de calibrar la sanción a imponer, la propia AN sentó que *“la imposición del contrato de asistencia que sería una infracción situada en zona gris, de gravedad relativa, que no tiene la trascendencia de un abuso de posición dominante o de un acuerdo entre empresarios sobre precios o reparto de mercado. Así pues, la infracción no reviste, por su naturaleza, la máxima gravedad [...]”.*

pretendiendo que el nivel de precios es el necesario para que los espectadores y telespectadores disfruten de *films* de calidad).

- b) **Fijación de otras condiciones de la transacción.** En segundo lugar, podrán también darse los acuerdos horizontales de fijación de otras condiciones de la transacción (o de otras condiciones comerciales o de servicio). El de la imposición de un plazo mínimo de cinco años referido más arriba seguiría siendo un buen ejemplo o cualesquiera otras de las imposiciones por la vía de un contrato de adhesión o tipo referidos en el ejemplo de más abajo de las distribuidoras de cine.

Los acuerdos horizontales sobre otras condiciones de la transacción que ahora nos ocupan suelen tener su traducción en la imposición aguas abajo de restricciones verticales (o abusos de posición dominante colectiva de carácter explotativo mixto o anticompetitivo), especialmente, de las del grupo de distribución limitada. Así ocurriría, por ejemplo, con las cláusulas inscritas dentro de ese grupo llamadas de distribución selectiva en las que la venta sólo tiene lugar a favor de clientes que cumplan con determinadas características previamente establecidas (p.e., varios intermediarios mayoristas de determinada marca de perfume, con la intención de que no decaigan los precios, se conciertan en horizontal para la distribución de esa marca de perfume sólo a favor de determinados establecimientos minoristas especialmente reputados). Llevado lo anterior a nuestro caso, supondría que los grandes estrenos fueran sólo suministrados a plataformas que cumplieran determinadas condiciones o requisitos impuestos por los *majors*.

Aquí sí cabría idealmente suponer la existencia de eficiencias, porque tales prácticas contribuyeran a la implantación de procedimientos estandarizados de comercialización (contratos tipo) que pudieran dar transparencia al mercado, posibilitando el acceso de las partes del acuerdo a los datos comerciales necesarios para la mejor o más económica prestación de servicios o entrega de bienes en el mercado relevante. En el caso de los grandes estudios, lo anterior tendría que traducirse en rebajas de precios de las que pudieran terminar por beneficiarse los abonados a TV de pago. En caso contrario, es decir, cuando esa transparencia lleve a los grandes estudios a elevar o mantener artificialmente los precios, los consumidores no estarían participando equitativamente en las eficiencias y la práctica habría de ser prohibida sin más (de nuevo, ver más adelante el caso de *Fedicine*).

- c) **Reparto de mercados.** En tercer lugar, y en cuanto al reparto de mercados, así como en el caso del mercado de la distribución de *films* para exhibición en salas de cine cabría el reparto del mercado con arreglo a criterios temporales (la no coincidencia de las fechas de los diversos estrenos; ver el ejemplo de más abajo), en el caso de los *output deals* para TV de pago lo anterior resulta más complicado, pues se trata de acuerdos que comprenden toda la producción del *major* a lo largo de un periodo muy dilatado de tiempo. Tampoco parece que pueda cobrar sentido dentro del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para TV de pago el reparto del mercado en función de los productos (p.e., *films* de terror, comedias, etc.), de criterios geográficos (todos los *majors*, al menos en el caso del mercado español, concurren al mercado geográfico de referencia, que es el nacional, para vender en él su producción), de categorías de clientes (al menos en el mercado español todos o casi todos los grandes estudios venden en bloque su producción a un cliente principal, que es *Sogecable* y, en menor medida, a las otras dos plataformas de TV de pago). Partiendo de lo difícil que

resulta que lleguen a darse esta clase de acuerdos dentro del mercado relevante, tampoco tiene sentido plantearse la posible concurrencia de eficiencias.

- d) **Acuerdos de limitación de la producción.** Habría, en cuarto lugar, que plantearse la posibilidad de que lleguen a surgir dentro del mercado relevante cárteles de limitación de la producción. La posibilidad de limitaciones de la cantidad o la calidad de las producciones no es en absoluto descartable en este mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos. Además, concurren casi todos los factores de agravación habitualmente considerados por las autoridades de la competencia: **(i)** la capacidad de los grandes estudios para ejercer influencia sobre las condiciones en las que se basa la coordinación por la simplicidad del mercado y la simetría de la estructura de todos ellos, además de por los intercambios periódicos de información (ver más abajo); **(ii)** el hecho de quedar la acción concertada entre todos ellos al abrigo de las reacciones de competidores actuales y potenciales y, asimismo, de clientes; **(iii)** la posibilidad de activar mecanismos disuasorios o de represalia respecto del gran estudio que se apartara del camino pactado (los demás podrían rebajar precios, elevar la calidad de su producción, etc. para intentar excluirlo del mercado; en este sentido puede interpretarse o no como una casualidad que el único gran estudio que se apartó de la estrategia concertada para ser el único que suministrara a la entonces nueva plataforma *Via Digital* terminara por declararse en bancarota en 2010). Aún cuando resultara difícil de imaginar, podría pensarse en situaciones extremas en las que la crisis pudiera forzar limitaciones de la producción a fin de reequilibrar las situaciones de oferta y demanda y que las mismas pudieran justificar la apreciación de eficiencias.
- e) **Acuerdos de intercambio de información.** También cabrían los acuerdos de intercambio de información entre grandes estudios sobre precios, niveles de producción o cuotas de mercado de las partes implicadas afectando a la denominada competencia invisible, es decir, a la desarrollada por cada *major* en función de sus propias fuerzas y posición y sin consideración a las de los competidores. Normalmente estos acuerdos cobrarían un valor instrumental con respecto a otros: fijación de precios, limitación de la producción, etc. Ha de considerarse, además, en este mercado la posibilidad de identificar determinados puntos sensibles como, por ejemplo, podrían ser la fecha de expiración de los contratos de compra de derechos celebrados entre los difusores y los proveedores de contenidos *Premium*. La posibilidad de apreciar eficiencias sería en este caso más clara que en los anteriores. El intercambio de información podrá ser eficiente, p.e., cuando contribuya a una producción más racional o equilibrada que redunde en beneficio de los telespectadores o a alimentar el suministro de comunicación audiovisual a través de plataformas tecnológicamente novedosas (p.e. Internet o telefonía móvil...).

Lo más habitual, como sabemos ya, será que las anteriores prácticas anticompetitivas no puedan apreciarse en estado puro, sino unas en combinación con las otras. En ámbitos que se sitúan muy cerca del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos para la TV de pago, la Resolución del TDC (Expte. 588/2005 – Distribuidores de cine) de 10 de mayo de 2006 supuso la imposición a cada una de las cinco principales distribuidoras de cine norteamericanas de una multa de 2,4 millones de euros por concertarse para uniformizar sus políticas comerciales (se combinaban el reparto del mercado, limitaciones temporales de producción y la fijación de precios con una práctica de intercambio de información).

La aceleración comercial del ciclo de vida de los filmes y la progresiva concentración de la recaudación en un pequeño oligopolio de empresas han ido tensando, con el paso del tiempo, las relaciones entre los distribuidores y los exhibidores. Así, como observan José María Álvarez Monzoncillo y Javier López Villanueva (*“La situación de la industria cinematográfica española: políticas públicas ante los mercados digitales”*; en Fundación Alternativas; documento de trabajo 92/2006) durante las tres primeras semanas de exhibición, los filmes suelen recaudar entre el 70 % y el 80 % de su recaudación total. En el fondo, subyace una gran asimetría de mercado, pues unas pocas distribuidoras [*The Walt Disney Company Iberia (Buenavista International Spain), Columbia Tristar Films de España, Hispano Foxfilm, United International Pictures, Warner Sogefilms, Warner Sogebros*] controlan el material más atractivo económicamente, y éste ha de repartirse entre un gran número de empresas exhibidoras con escaso poder de negociación. Ahora bien, las mutaciones acaecidas de los últimos años en el sector de la exhibición llevan, poco a poco, hacia una inexorable concentración.

En este contexto habría que situar la denuncia presentada el 6 de febrero de 2003 por la *Federación de Entidades de Empresarios de Cine de España (FEECE)* contra las distribuidoras norteamericanas ante el Servicio de Defensa de la Competencia por lo que consideraba que eran prácticas contrarias al libre comercio consistentes en la adopción de un acuerdo sobre el clausulado de los contratos-tipo empleados en sus relaciones comerciales con los exhibidores de películas cinematográficas.

Tras larga instrucción del expediente, debida fundamentalmente a la decisión de incluir en el mismo a la *Federación de Distribuidores Cinematográficos (FEDICINE)*, a la interposición por varios denunciados de cuatro recursos ante el Tribunal, que fueron rechazados en todos los casos por resultar inadmisibles procedimentalmente, así como la presentación de un último recurso por la denunciante, que también desestimó el Tribunal, el Servicio concluyó imputando a las compañías distribuidoras *The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain (BV)*, *Columbia Tristar Films de España (Columbia)*, *Hispano Foxfilm (Hispano)*, *United International Pictures (UIP)* y *Warner Sogefilms (WS)* la práctica de una conducta, prohibida por el artículo 1.1.a) LDC, consistente en la concertación para uniformizar las condiciones de exhibición de sus películas, produciendo restricciones tanto horizontales como verticales sobre la competencia. Por otra parte, imputó también a *FEDICINE* otra conducta, prohibida por el mismo artículo, por haber facilitado el intercambio de información entre competidores mediante su base de datos.

Después de celebrar vista oral del expediente, el Tribunal resolvió declarar, en primer lugar, que *FEDICINE* era responsable de una infracción, sancionada por el artículo 1.1 LDC, por crear y mantener una base de datos mediante la cual las empresas distribuidoras intercambiaban “*datos estadísticos e informaciones clave para definir estrategias comerciales individuales, algo que supone un obstáculo para el funcionamiento de la libre competencia*”, como las fechas previsibles para estrenos futuros con más de un año de anticipación o las cifras desagregadas de recaudación por películas, semana de exhibición y salas, por lo que le impuso una sanción de 900.000 euros.

Por otra parte, el Tribunal declaró que las empresas *The Walt Disney Company Iberia/Buenavista International Spain*, *Sony Pictures Releasing de España S.A.* (anteriormente denominada *Columbia Tristar Films de España S.A.*), *Hispano Foxfilm S.A.E.*, *United International Pictures S.L.* y *Warner Sogefilms A.I.E.* (en liquidación), cometieron una infracción contraria al artículo 1.1 LDC, por haberse concertado para

uniformar sus políticas comerciales, repartiéndose una parte sustancial del mercado español de la distribución cinematográfica. A través de la base de datos de *FEDICINE*, las distribuidoras igualaban las condiciones de exhibición de sus películas y evitaban la coincidencia de sus mejores estrenos. Así, en sus contratos establecían condiciones casi idénticas de liquidación (semanalmente); pagos (entre los 25 y los 30 días posteriores a la conclusión de cada semana de exhibición); porcentajes (60 % de los ingresos de taquilla de las dos primeras semanas); selección de día, sala y aforo; y prohibición de repercutir al distribuidor cualquier descuento más allá del día del espectador.

Teniendo en cuenta que esta conducta era una de las más graves que podían darse en contra de la competencia, en cuanto constituía una concertación horizontal entre los operadores más destacados, con una cuota superior a dos tercios del mercado de la distribución cinematográfica, produciendo el pernicioso efecto de eliminar completamente toda posibilidad de competencia entre ellos en el segmento más destacado de su explotación, el de los grandes estrenos, con efectos verticales, al limitar las posibilidades de competencia entre exhibidores, e impidiendo trasladar a los consumidores los efectos finales de una competencia efectiva en el sector, el Tribunal impuso a cada una de dichas empresas una multa de 2.400.000 euros.

(3) En mercados de contenidos Premium deportivos

Para precisar los riesgos de cártel en el mercado español de los contenidos *Premium* deportivos, nuevamente habríamos de referirnos a cada uno de los niveles referidos en los anteriores apartados dedicados a las concentraciones y al abuso de posición dominante.

Para este examen partimos de la realidad del sistema híbrido español, basado en el derecho de arena con opción de veto del club visitante. Por tanto, no examinamos los riesgos de cártel asociados a la posibilidad de que en un futuro los clubes de fútbol pudieran llegar a articular algún sistema de venta conjunta que pudiera llevar a fijaciones de precios, etc. Finalmente, como viene siendo habitual, centramos nuestras consideraciones en los partidos del Campeonato nacional de Liga. Así tendríamos:

- 1.º **Nivel de la venta de derechos por los clubes de fútbol.** El primero de los niveles en el que habría que plantearse el riesgo de cártel sería el de la venta de derechos por los clubes de fútbol. En este nivel, el primer punto con el que enfrentarse sería el constituido por el propio derecho de veto del club visitante. Con arreglo al ordenamiento jurídico español, la titularidad de los derechos de retransmisión del partido cabe entender que corresponde al club anfitrión. Así las cosas, la posibilidad de veto del club visitante supone un acuerdo horizontal entre clubes que compiten entre sí por la venta de sus derechos audiovisuales y ya se pronunció el CCNC sobre que el mismo quedaría inscrito dentro del Art. 101.1 TFUE o del Art. 1 LDC.

Tal pacto podría no tener un perfecto encaje en ninguna de las concretas conductas ejemplificativamente enumeradas en esos preceptos y, al mismo tiempo, podría participar de los componentes de varias ellas. Así, podría pensarse que algo lleva de fijación de precios, pues, aunque de modo muy indirecto, permitiría a los clubes más modestos influir sobre los precios de los partidos disputados por los de una mayor entidad como locales (lo que no sería imaginable en el sistema de derecho de arena puro). En este sentido, es conveniente recordar que las autoridades de la competencia

sancionan como cártel no sólo las fijaciones directas de precios, sino también las indirectas.

De igual manera pudiera entenderse que el pacto en cuestión supone una fijación de otras condiciones de la transacción distintas del precio, pues todos los clubes se ponen de acuerdo en que, para la compra de los derechos de un partido cualquiera, sea necesario el consentimiento de los dos equipos que lo disputan.

Tampoco podría descartarse la existencia de una limitación de la producción implícita en la previsión del derecho de veto del club visitante, en la medida en que la misma supone que cada club no pueda, por sí solo, vender los derechos del partido y ello a pesar de que el ordenamiento jurídico, por lo que hemos visto, le conferiría esa posibilidad.

Cabría aún pensar en la existencia de un supuesto de vinculación, si pensamos en que existe un concierto en horizontal que fuerza al adquiriente primario, para poder emitir el partido, a hacerse con los derechos no sólo del equipo local, sino además con los del visitante, a pesar de que sólo los del primero ya bastarían para que pudiera emitir el partido.

Finalmente, podría pensarse que el pacto de veto no tendría encaje en ninguno de los supuestos tipificados en esos preceptos, pero sí en la prohibición general, al ser indudable que se trata de un acuerdo horizontal que tiene por objeto o efecto real o potencial el de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado relevante.

Cualquiera que fuera la posición adoptada, resulta más que posible que la autoridad apreciara en este acuerdo horizontal la concurrencia de eficiencias. En primer, lugar permitiría una participación mayor de los clubes más modestos al reforzar su poder de influencia y su participación en los ingresos generados (reparto económico tácito). Además, por lo que vimos, el germen de la concentración de derechos en torno a una única plataforma o *pool* se encuentra, precisamente, en ese pacto de veto del club visitante (efecto red) y de ahí que pudieran asociarse al mismo eficiencias como las mejoras de distribución relacionadas con el hecho de que el abonado pudiera disfrutar de todos los partidos a través de una única plataforma, las reducciones en los costes de transacción y la exclusión del riesgo de que quedaran partidos sin explotar.

Fuera de lo anterior, resultan muy difíciles de imaginar en la práctica los casos de cártel entre clubes dentro de este mercado primario de la venta de derechos. Aún siendo cierto que Real Madrid y F.C. Barcelona casi representan el 50 % de los ingresos audiovisuales, precisamente, la existencia de derecho de veto del club visitante en manos de todos y cada uno de los clubes de Primera División contribuiría a neutralizar los riesgos de colusión de esos clubes entre sí o con los que les siguieran (*Atlético de Madrid*, etc.).

Aún así, no resultarían del todo descartables situaciones de cárteles de venta conjunta o fijación de precios por parte de un grupo de clubes con un menor poder de negociación que los anteriores con vistas a compensar el poder de mercado del lado de la demanda (como en el caso de la venta coordinada de derechos en verano de 2003 por parte de los clubes integrantes del llamado G-30). Los clubes más potentes tendrían, en cambio, un

mayor poder de mercado que les permitiría el no tener que recurrir a este de tipo de coaliciones. En esta clase de situaciones podrían apreciarse todas las eficiencias posibles en los acuerdos de venta conjunta (ver más arriba): eliminación de costes de transacción derivados de la formalización de contratos separados para cada club; refuerzo de la posición de los clubes más modestos que podrían invertir en mejores jugadores (haciendo más atractivo el campeonato); compensación del fuerte poder de mercado del lado de la demanda; el menor escalonamiento en la salida de los derechos al mercado que contribuiría a neutralizar las posiciones de incumbencia relativa; etc.

- 2.º **Nivel de la compra de derechos por los clubes.** El segundo de los niveles se refiere, como ya sabemos, al mercado primario de compra de derechos a los clubes. En este nivel, el riesgo hay que situarlo, principalmente, en la posibilidad de pactos de no competencia por fuerza de los cuales determinados licitadores dejaran de acudir al mercado primario de compra (no se olviden los riesgos e incertidumbres que los adquirientes minoritarios, diferentes del *pool*, han de soportar por no tener garantizada la rentabilidad y explotación de los derechos que adquieran a consecuencia del veto del club visitante; circunstancia esta última que determina muchos adquirientes, sobre todo cadenas de TV, opten por no acudir al mercado primario y prefieran adquirir partidos concretos de la plataforma mayoritaria ya en el mercado de reventa).

En este sentido, la colusión horizontal en el mercado de venta de derechos (pacto de veto) lleva, como forma de compensarla, a la colusión horizontal en el mercado de compra de esos mismos derechos donde se tiende a la concentración orientada al monopsonio, pero también a la concertación entre adquirientes que intentan así neutralizar el poder de mercado del lado de la oferta.

Se refieren los autores dentro de los casos de cártel a la licitación fraudulenta. Se trataría de maquinaciones dirigidas a alterar las condiciones de competencia en que se desenvuelven procesos de concurso o subasta públicos o privados. Mediante esta clase de estrategias cabrá, por ejemplo, que algunos de los licitadores se comprometan a no seguir con la puja a fin de que la adjudicación termine siendo a favor de otro de los licitadores concertados al precio más beneficioso posible y ello a cambio de que, en procesos futuros, este último licitador adjudicatario se comprometa a no alimentar la puja con sus posturas o licitaciones de modo que la adjudicación, también al mejor precio posible, pueda tener lugar a favor de cualquiera de aquellos otros licitadores (p.e. en el asunto de los Tubos Preaislados de calefacción se licitaban públicamente contratos de calefacción urbana y, siendo este el contexto, los miembros del cártel se ponían de acuerdo para designar un candidato a la adjudicación de modo que el resto de participantes, sabiendo cuales eran las condiciones de la oferta de ese candidato, se cuidaban de presentar ofertas peores).

Realmente, de los mercados en que nos movemos, tal vez, el principal ámbito en que cupiera imaginar algo parecido a una licitación fraudulenta fuera el de las pujas por la adquisición de los derechos sobre contenidos *Premium* deportivos. Más difícil es que lleguen a darse en el ámbito de concursos o subastas públicos como, por ejemplo, para la adjudicación de frecuencias, recursos órbita-espectro, etc., en parte también por el hecho ser conductas rayanas en el ilícito penal (dentro de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal el Capítulo VIII del Título XIII lleva la rúbrica “De la alteración de precios en concursos y subastas públicas”).

De hecho, esta clase de confabulaciones entre adquirentes para falsear las condiciones de la puja frente a los clubes fueron apreciados en el caso *AVS III/colusión* (ver más abajo).

El dato de que dos grupos audiovisuales, *Sogecable/AVS/Digital Plus* y *Mediapro/La Sexta*, respectivamente controlasen los mercados de los derechos deportivos para TV de pago y en abierto, bien podría hacer pensar en repartos de las fuentes de abastecimiento, como cuando ambos se concertaran para concurrir el primero para la adquisición de derechos para pago y el segundo para la de derechos en abierto. Sin embargo, ya hemos visto que la tendencia es a que cada Club venda conjuntamente los derechos para emisiones de pago y para emisiones en abierto. Lo anterior fuerza a que ese reparto se realice en el posterior nivel intermedio a que nos referiremos, siendo esto justamente lo que sucedió en el caso *AVS III*. Por otra parte, ha de advertirse que *Sogecable*, en virtud del ACM de 2002, tenía limitada la adquisición de derechos para emisiones en abierto hasta fines de 2007. Sin embargo, la expiración de tales condiciones podría llevar a incrementar su interés por las emisiones en abierto atenuando así los riesgos de colusión a que nos referimos en este párrafo.

Por otro lado, las medidas impuestas por el CCNC, como las limitaciones a tres años de los contratos con los clubes o la eliminación de mecanismos de renovación privilegiada, habrían contribuido a paliar los riesgos de pactos de no competencia en el mercado de compra.

Finalmente, la gravedad de los pactos de no competencia en este mercado de compra, que serían pactos de no competencia por el objeto, haría prácticamente imposible la apreciación de eficiencias.

- 3.º *Nivel intermedio de puesta en común de derechos.* Pasando al tercer nivel, nivel intermedio de puesta en común de derechos, es en él donde cabría cifrar el nudo del riesgo de reparto de las fuentes de abastecimiento o de los mercados descendentes de la reventa y de la difusión entre los diversos titulares de derechos. El sistema híbrido español casi conduce a la existencia de un *pool* y a que los titulares de derechos ajenos al *pool* concluyan esos acuerdos horizontales de reparto de mercados y fuentes de abastecimiento con el propio *pool*. En este sentido, la esencia del caso *AVS III* podía situarse, precisamente, en que *Mediapro* aportara al *pool* sus derechos sobre varios clubes contra la adquisición del derecho a emitir todos los partidos en abierto. Es decir, que *Sogecable* se quedaba con la parte del mercado referida a los derechos para emisiones de pago y *Mediapro* con la consistente en los derechos para TV en abierto: se repartían el mercado de insumos y se respetaban cada una a la otra en los mercados posteriores de la TV en abierto y de la TV de pago. La gravedad de esta práctica anticompetitiva haría inapreciable cualquier supuesta eficiencia (los argumentos de las partes en cuanto a que se trataba de preservar un modelo racional de explotación de derechos no fueron atendidas por las autoridades de la competencia).
- 4.º *Nivel de la asignación de partidos o reventa de derechos.* En el cuarto nivel, el de asignación de partidos o reventa de derechos, la colusión horizontal cedería ya su protagonismo a la vertical que estudiaremos más adelante. Bien cada operador del *pool* recibiría partidos como consecuencia de acuerdos ya alcanzados en el nivel intermedio, bien lo importante serían ya los acuerdos verticales de suministro exclusivo a favor de

la plataforma de difusión vinculada (p.e., *Sogecable/AVS* suministraría partidos en exclusiva para TV de pago a favor de *Digital Plus*).

iv) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)

(1) Aspectos generales

Procede ya ocuparse de la evaluación del juego de la competencia en los casos de colusión vertical con incidencia sobre los mercados de los contenidos cuando no medie integración jurídica o concentración vertical de las partes. Pasaremos aquí a realizar algunas reflexiones sobre la contraposición entre concertación y concentración, entre empresas en participación de carácter concentrativo y de carácter cooperativo y sobre acuerdos verticales:

- ❖ Concertación Vs. concentración. Si bien la diferenciación entre concentración y concertación/colusión parece hoy ser ya una cuestión pacífica, no lo era antes de la aprobación del Reglamento Europeo de Concentraciones de 1989 (Vid. Alonso Soto, R.: “*La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas*”; Comentario a la sentencia “*Philip Morris*”, de 17 de noviembre de 1987; en *Revista de Instituciones Europeas* 1988 p.769-788). Tras un primer momento en el que la actuación de la Comunidad Europea se orientó más hacia la persecución de los comportamientos anticompetitivos que hacia la eliminación de estructuras anticompetitivas, llegó a entenderse que debía también darse salida a las tesis estructuralistas mediante el control de concentraciones. Sin embargo las herramientas que para este fin ofrecía el Tratado no eran bastantes; ni tan siquiera se hacía mención en él al control de concentraciones. Siendo esta la situación se planteó la posibilidad de extender el entonces Art. 85 (hoy 101) del Tratado a los acuerdos conducentes a la integración jurídica de empresas. Lo mismo en cuanto al Art. 86 (102 actual) desde el momento en que la concentración podía llevar a la creación o refuerzo de una posición dominante. La Comisión, ya en su memorandum de 1965 (Vid *Supra* nota al pié), se había manifestado contraria a la aplicación del Art. 85 (101) a las concentraciones de empresas, pudiendo destacarse como argumento tal vez más importante el ya conocido de que en esta clase de acuerdos cada una de las partes de la entente mantienen su propia personalidad jurídica, lo que resultaría contradictorio con la propia esencia de la concentración.

Sin embargo, esa misma institución se mostraba partidaria de la aplicación del Art. 86 (102) sobre posición dominante cuando una empresa dominante absorbía a otra o cuando a resultas de la concentración surgía una nueva entidad que disfrutaba *ex novo* de esa misma posición dominante. Esta última postura suponía, realmente, desnaturalizar la institución del abuso de posición dominante que se hacía evolucionar desde un sistema de abuso hacia otro de prohibición en el que lo relevante era la existencia de una estructura anticompetitiva y no tanto de ulteriores comportamientos anticompetitivos o abusivos (cita el profesor Alonso Soto como partidarios de esa interpretación del abuso a Dubois: “*La position dominante et son abus*, París, 1968, pág. 231; Fikenschers: “*Systemfragen in Europaischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*”, Estudios homenaje a Bohm, Karlsruhe, 1965, pág. 276; Van Ommeslaghe: “*La application des articles 85 et 86 du Traite de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes*”, en *RTDE*, 1967, pág. 457; y, como contrarios, a Cerexhe: “*L'interpretation de l'article 86 du Traite de Rome et les*

premiers decisions de la Commission”, en *Cah. Droit Europ.*, 1972; pág. 272; Gold-Mann-Lyon Caen, “*Derecho comercial europeo*”, Madrid, 1984, pág. 443).

Estos postulados teóricos de la Comisión encontraron su primer reflejo práctico en *Continental Can*. Aquí, tanto la Comisión en su decisión de 9 de diciembre de 1971, como el Tribunal de Justicia en la sentencia posterior, entendieron apreciable la existencia de abuso de posición dominante en el caso de una empresa dominante que adquiría el capital de una competidora. Lo anterior lo entendía el Tribunal de Justicia en su sentencia partiendo de una interpretación sistemática de los entonces artículos 85 y 86. Ambos respondían a una misma finalidad, que era la de preservar el juego de la competencia. De lo que se trataba era de evitar la incoherencia de que las empresas por la vía de la concentración llegarán a adquirir o a consolidar una posición dominante cuando ello les estaba vetado por la vía de los acuerdos del Art. 85 (101). Por ello debía poder aplicarse la institución del abuso aún cuando, rebajándose ya el examen concreto de los hechos, terminara el Tribunal por entender que no se daban las circunstancias necesarias en el caso enjuiciado.

Los planteamientos de las autoridades comunitarias experimentaron un nuevo giro en el asunto *Philip Morris*. En su sentencia de 17 de noviembre de 1987 el Tribunal entendió aplicable el Art. 85 (101) a la compra del capital de una empresa competidora cuando a través de ella pudiera ejercerse influencia comercial en su comportamiento. Tampoco se descartaba la posible aplicación del Art. 86 (102) si esa adquisición de capital, con la posibilidad de influencia posterior sobre el comportamiento comercial de la competidora, la realizaba una empresa dominante o que podía llegar a serlo precisamente a consecuencia de la adquisición. Ocurrió, sin embargo, en ese caso concreto que la empresa adquiriente no iba a quedar en condiciones de influir sobre la estrategia comercial de su competidora, siendo esa la razón de que no se apreciara la existencia ni de colusión ni tampoco de abuso.

Las contradicciones de las autoridades europeas de la competencia, que de descartar la aplicación del Art. 85 pasaron a admitirla en los supuestos de concentración por toma de control (no en los de fusión donde no subsistirían diferentes personas jurídicas) fueron puestas de manifiesto por los autores (*Ibidem* Alonso Soto). Aparte de estas contradicciones se entendía también que la aplicación en estos casos del Art. 86 suponía violentar su redacción literal y espíritu al entender que una concentración, de cualquier clase que fuera, constituía *per se* un comportamiento abusivo (*Ídem*). Finalmente, se subrayaba la incoherencia implícita en el hecho de intentar aplicar un control sobre estructuras a través de unas normas pensadas para controlar los comportamientos anticompetitivos de las empresas (*Ídem*).

Estas vacilaciones de la Comisión encontraron también un cierto eco en sus Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones de 1991 (91/C 233/02). En ellas (considerandos 135 y ss.) se remitía dicha institución comunitaria a los principios sentados en la Decisión de la Comisión por la que se rechazaba la reclamación de *Plessey* contra la oferta de *GEC-Siemens* (Asunto n° IV/33.018 *GEC-Siemens/Plessey*), DO n° C 239 de 25. 9. 1990, p. 2. Se trataba de una oferta conjunta de *GEC* y *Siemens por Plessey*. La Comisión entendió que el apartado 1 del artículo 85 era aplicable a la adquisición por una empresa de un paquete de acciones minoritario en una empresa competidora cuando, entre otras condiciones, los acuerdos de adquisición llevasen aparejada la creación de

una estructura de cooperación entre la empresa inversionista y la empresa competidora que influyese en la estrategia competitiva de ambas empresas [ver también, en este sentido, *British American Tobacco Company Ltd.*, y *R. J. Reynolds Industries/Comisión*. Asuntos acumulados 142 y 156/84 de 17.11.1987 (1987) ECR 4487].

- ❖ **Empresas en participación cooperativas Vs. empresas en participación concentrativas.** En el caso de empresas en participación, en las propias Directrices (considerando 137) se recogía la idea de que las mismas podían ser cooperativas o concentrativas. Lo primero tenía lugar cuando tuvieran por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que permanecían independientes cuyo tratamiento se defería a unas posteriores Directrices de la Comisión, previsiblemente basadas en el entonces Art. 85. Lo segundo se daba en los demás casos, lo que llevaba a que estas empresas en participación de carácter concentrativo hubieran de regirse por el Reglamento de Concentraciones entonces vigente [Reglamento (CEE) n° 4064/89].

También el TJCE, en su sentencia de 17 de noviembre de 1987 (asuntos acumulados 142 y 156/84 *BAT & Reynolds*) sentó que *“si el hecho de que una empresa tome una participación en el capital de una empresa competidora no constituye en sí mismo un comportamiento restrictivo de la competencia, tal toma de participación, puede, sin embargo, constituir un medio capaz de influir sobre la conducta comercial de las empresas en cuestión, que restrinja o falsee el juego de la competencia en el mercado en el que ambas empresas desarrollan sus actividades comerciales”*.

Entre nosotros, los autores (Odriozola, Irissarry y Barrantes; *“Tratado de Derecho de la Competencia”*, Op. cit., Vol. I, Pág. 306) entienden que las participaciones minoritarias por debajo del umbral de “influencia decisiva” del Reglamento de Concentraciones deben ser analizadas bajo el prisma del actual Art. 101 si permiten a las empresas coordinar sus comportamientos (siempre que no existan otros factores de hecho o de derecho, Vg. la atribución de un derecho de veto, que, al propiciar igualmente la existencia de una posición de control, determinen la aplicación del Reglamento de Concentraciones). Y lo anterior es así porque (ídem, nota al pie núm. 328) *«ciertas participaciones minoritarias pueden alterar el interés de las empresas en competir, teniendo un impacto sobre las condiciones del mercado, y yendo, por tanto, más allá de una mera “inversión pasiva”»*.

Para lo anterior habrán de ponderarse los derechos, sobre todo políticos (voto, veto, etc.), que la participación minoritaria confiere poniéndolos en relación con la situación dentro de la empresa: número y grado de dispersión de los derechos de voto correspondientes a los demás accionistas, participación en los órganos de administración de la empresa, derechos de suscripción preferente, etc. Igualmente, habrán de ser objeto de ponderación los acuerdos anejos a la propia adquisición de la participación minoritaria [Ver **93/252/CEE**: Decisión de la Comisión, de 10 de noviembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/33.440 *Warner- Lambert/Gillette* y otros, y IV/33.486 *BIC/Gillette* y otros) en Diario Oficial n° L 116 de 12/05/1993 p. 0021 – 0032; donde una participación cruzada se combinaba con un acuerdo de renuncia de venta en la Comunidad, un acuerdo de derechos de propiedad industrial y un acuerdo de suministro; Ver también, en sentido negativo, **94/823/CE**: Decisión de la Comisión, de 12 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del

Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE (Asunto nº IV/34.891 - *Fujitsu AMD Semiconductor*) en Diario Oficial nº L 341 de 30/12/1994 p. 0066 – 0075, en el que la Comisión entendió que un acuerdo de inversión recíproca quedaba fuera del ámbito de aplicación del Art. 85.1, al no permitir a ninguna de las partes controlar ni influir en el comportamiento competitivo de la otra, toda vez que la inversión recíproca de las partes era mínima (5 % y 0,5 %, respectivamente) y no se complementaba con ninguna forma de representación cruzada en los respectivos consejos de administración.

- ❖ **Colusión vertical.** Hechas las anteriores reflexiones sobre las posibles confluencias de colusión/concertación y de concentración, y pasando a ceñirnos a las restricciones verticales, podemos ocuparnos de los siguientes aspectos: ***consideraciones generales, aplicación del Reglamento de exención por categorías, poder de mercado, aplicación de la comunicación de minimis y prácticas restrictivas especialmente graves, efectos anticompetitivos y eficiencias.***

- ***Consideraciones generales.*** Puede empezar por destacarse que la colusión vertical puede asociarse a un abuso de posición dominante en un mercado determinado (p.e., la posición dominante de *Audiovisual Sport* en el mercado de compra de contenidos *Premium* deportivos puede inducirla a abusar de esa posición en el posterior de reventa de los mismos en los acuerdos verticales con otros operadores). Ésta es la razón de que la aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales resulte compatible con toda la doctrina del abuso de posición dominante. Para una exposición ordenada daremos a la colusión vertical con incidencia sobre los mercados de contenidos un enfoque ceñido a las Directrices sobre restricciones verticales.

Debe, además, recordarse que la colusión vertical es menos dañosa para el juego de la competencia que la horizontal: p.e., resulta más letal para el libre desenvolvimiento de la competencia la concertación que pueda haber entre varios *majors* norteamericanos, donde todos comparten el interés común por colonizar el mercado de la venta de grandes superproducciones impidiendo la entrada de nuevos oferentes de esos mismos productos, que la que pueda darse entre uno o varios *majors* y uno varios difusores de TV de pago (el interés de los primeros por cobrar lo más posible por la venta de sus *films* topará con el de los segundos por pagar lo menos posible).

Por otra parte, para el análisis de la colusión vertical relacionada con los mercados de los contenidos debe recordarse que lo que define a estos es el ser mercados ascendentes con relación a los de la difusión televisiva de pago o en abierto (en este último caso, también con respecto al superpuesto de la publicidad televisada). Además, el examinar la posible existencia de mercados ascendentes con respecto a los de contenidos que hemos delimitado nos llevaría muy lejos de los objetivos de la tesis.

La definición de la colusión vertical a la que estar en este ámbito de los contenidos, como en los demás, será la habitual proporcionada por el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas que,

adaptada, nos remitiría a los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en los distintos planos de la cadena de producción constituida por los contenidos, la difusión televisiva de pago o en abierto (o comunicación audiovisual en términos más amplios) y de la publicidad televisada y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes (contenidos) o servicios (difusión/comunicación audiovisual o publicidad).

Los riesgos de la colusión vertical afectante a los mercados de los contenidos pueden serlo tanto para la competencia intramarca como intermarcas. En cuanto a la primera, cabrá que la restricción vertical limite la competencia entre los distribuidores de una determinada marca de contenidos si, por ejemplo, un acuerdo entre una productora de obras audiovisuales y un organismo de difusión televisiva limita la posibilidad de que otros difusores distintos puedan distribuir las obras de aquélla. Y respecto a la limitación de la competencia intermarcas, cabra que ese mismo acuerdo al que acabamos de referirnos restrinja la competencia intermarcas entre productoras de programas si el difusor televisivo parte del mismo tiene una importante base de telespectadores o de abonados a la que, a consecuencia del acuerdo, no podrán llegar los programas de productoras competidoras.

Al ser los mercados de contenidos mercados intermedios, los consecuencias de la colusión vertical que dejen sentir sobre los mismos tendrán menos efectos anticompetitivos netos que la que se proyecte sobre los mercados descendentes de la comunicación audiovisual (lineal o no) o de la publicidad. Poniéndonos en situaciones extremas, un acuerdo vertical por el que todos los grandes estudios se pongan de acuerdo en suministrar sus contenidos a una única plataforma de TV de pago, al propiciar la exclusión de difusores competidores en el mercado descendente de la TV de pago (los telespectadores dispondrían de una única plataforma de TV de pago a la que abonarse), será más grave que otro por el que todas las plataformas de TV de pago se concierten para adquirir los contenidos de un único gran estudio (los telespectadores seguirían contando con el mismo número de plataformas de TV de pago a las que abonarse).

- ***Aplicación del Reglamento de exención por categorías.*** Lo primero para que las autoridades de la competencia entren a sopesar los efectos anticompetitivos sobre determinado mercado de contenidos de cierta restricción vertical será que no pueda aplicarse el Reglamento de Exención por categorías, lo que se dará: **(a)** cuando exista poder de mercado por disfrutar alguna de las partes de cuotas por encima del umbral del 30 % en su mercado respectivo, que será el de la venta o el de la compra del bien de que se trate; o **(b)** cuando medie alguno de los acuerdos considerados como de especial gravedad.

La sistemática era diferente en la anterior versión del Reglamento de Exención por categorías, que fue la aplicada por el CCNC en el caso *AVS III*/colusión. En éste normalmente se exigía que la cuota de mercado del proveedor en el mercado de venta de los bienes o servicios contractuales fuera inferior al 30 %. Así, por ejemplo, un acuerdo vertical, en sentido general, entre *Endemol* (con una cuota superior al 30 % en el mercado neerlandés de la producción de programas) y *HMG* (activa en el descendente de la difusión televisiva) nunca podría haber llegado a beneficiarse de la exención por categorías. En cambio, en el caso de restricciones

verticales consistentes en cláusulas de suministro exclusivo no regía la norma general, sino la de atender a la cuota disfrutada por el comprador en el mercado de compra de contenidos: así, un acuerdo por el que los clubes de fútbol se comprometieran a vender sus derechos sólo a *AVS* (con más del 30 % del mercado de compra de contenidos deportivos *Premium*) tampoco podría llegar a beneficiarse de la exención por categorías.

Partiendo de lo anterior, y centrándonos en el mercado español, cabría que estableciéramos distinciones según que se tratara de **derechos sobre contenidos Premium cinematográficos, Premium deportivos, contenidos no Premium (canales temáticos, u obras audiovisuales para TV en abierto o de pago)**:

- **Contenidos Premium cinematográficos.** Como los mismos se adquieren principalmente para TV de pago, y partiendo de que los grandes estudios tienden a comercializarlos de modo conjunto y que los mismos copan virtualmente el 100 % del mercado español de venta, prácticamente resulta inimaginable la aplicación de la exención por categorías atendiendo al factor de la cuota disfrutada por los proveedores en el mercado de venta. Lo anterior haría innecesario el examen de otros factores como serían la cuota del comprador en el mercado de compra o la concurrencia de prácticas restrictivas especialmente graves.
- **Contenidos Premium deportivos.** Como viene siendo habitual habría que diferenciar cada uno de los niveles, a saber, venta de derechos por los clubes/compra por los adquirientes originarios; nivel de puesta en común/adjudicación de partidos y de reventa de derechos:
 - Venta de derechos por los clubes/compra por los adquirientes originarios. Siendo probable que ningún Club llegue por sí solo al umbral del 30 % por volumen de ingresos en el mercado de venta de los derechos, habría que hacer diferenciaciones según cual fuera el adquiriente originario. Así, probablemente no cabría aplicar la exención por categorías cuando el adquiriente fuera el pool *AVS* o *Mediapro*, pues, casi con toda certeza, disfrutarían de más del 30 % del mercado nacional de compra. Sí podría ser de aplicación, en cambio, si el adquiriente fuera un minoritario (p.e., un *bróker* de derechos como *Santa Mónica* o un difusor televisivo que hubiera acudido directamente al mercado de compra, Vg., *ONO*, *TVV* o *TVC*). Ahora bien, en estos casos, para que pudiera aplicarse la exención por categorías resultaría indispensable que el adquiriente minoritario no pusiera los derechos en común con el *pool* de derechos porque, en tal caso, el efecto red o acumulativo impediría, de nuevo, aplicar la exención por categorías (como de hecho sucedió en el caso *AVS III/colusión*). Como, dadas las particularidades del sistema español, en el que el derecho de veto del club visitante alimenta la total puesta en común de derechos en el seno del pool, resulta inviable que cualquiera de esos adquirientes minoritarios no aporte los derechos adquiridos al *pool*, la conclusión, sin necesidad de mayores indagaciones, habría de ser la de la inaplicabilidad de la exención por categorías a cualquier acuerdo vertical en este nivel.
 - Nivel de puesta en común/adjudicación de partidos. Razones similares a las que acaban de apuntarse permiten concluir la inaplicación de la exención por

categorías en este nivel. Si consideramos acuerdo vertical el materializado entre el *pool* mayoritario y un adquiriente minoritario – al fin y al cabo el *pool* asignará unidades/partidos a ese minoritario que le permitan ya operar en los mercados posteriores de la reventa o de la comunicación audiovisual – el hecho de que ese *pool* tenga mucho más de un 30 % en ese mercado – llamémoslo de venta – llevaría a que, sin ser necesarias mayores consideraciones, pudiera entenderse inaplicable la exención por categorías.

- Nivel de reventa de derechos. Aquí nos plantearíamos la aplicación de la exención por categorías a un acuerdo vertical entre el titular de los derechos de emisión sobre concretos partidos y una plataforma de comunicación audiovisual cualquiera (prescindimos de ulteriores posibilidades de reventa). Ha de partirse de la hipótesis, normal en el mercado español, de que, tras la puesta en común, hubieran quedado como titulares de esos derechos ya *AVS/Sogecable* ya *Mediapro*, que podrían ceder derechos sobre partidos concretos a aquellos difusores que no hubieran pujado en el mercado primario, puesto que los que lo hubieran hecho ya habrían adquirido derechos sobre los partidos en el nivel mencionado en la letra anterior para difundirlos principalmente ellos mismos (sin cesiones a los competidores). Partiendo de que en este nivel las cuotas de mercado del lado de la oferta de esos dos agentes económicos (*Mediapro* y *AVS/Sogecable*) rebasarían el 30 %, de nuevo, sin necesidad de profundizar más, habría que concluir la inaplicabilidad de la exención por categorías.
- **Contenidos no Premium (canales temáticos u obras audiovisuales para TV en abierto o de pago).** Sabemos que ambos son mercados de producto diferentes, sin embargo, a estos efectos expositivos, podemos asimilarlos, al no existir entre ellos diferencias tan determinantes como para conducir a conclusiones diferentes. Normalmente cualquier proveedor de esta clase de contenidos tendrá una cuota por debajo del umbral del 30 % del mercado de venta. Lo anterior haría necesario acudir al siguiente nivel (cuota del cliente en el mercado de compra) y, así, podríamos pensar que cualquier difusor en abierto o plataforma de internet o telefonía móvil disfrutaría, muy probablemente, de menos del 30 % del mercado de compra, con lo que la exención por categorías podría, hasta aquí, ser de aplicación.

No obstante, por lo dicho al tratar del mercado de los telespectadores, sabemos ya, y en esto nos apartamos de la opinión del CCNC en el asunto *AVS III*, que tales acuerdos verticales tendrían por objeto principal la cesión de derechos de propiedad intelectual siendo así que para tal hipótesis se excluye la exención por categorías en el Reglamento. Lo anterior sería también predicable de los acuerdos verticales entre un proveedor de contenidos no *Premium* y una plataforma de TV de pago con menos del 30 % del mercado de compra {en cuanto a la extensión de los Derechos de propiedad intelectual, habrá de estarse al Art. 1 letra e) del Reglamento de Exención por categorías a tenor del cual en ellos se incluirán los derechos de propiedad industrial, derechos de autor y derechos conexos. Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs 321 y ss.); “§ 3. 1. Ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2790/99”

(Págs. 321 y ss.); “§ 3.1.5. *Acuerdos con cláusulas relativas a derechos de propiedad intelectual*” (Págs. 327 y ss.).

En el caso de las semillas de maíz (Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1982; L.C. Nungesser KG y Kurt Eisele contra Comisión de las Comunidades Europeas; Competencia: licencia exclusiva - Derecho de obtención vegetal; Asunto 258/78; Recopilación de Jurisprudencia 1982 página 02015) el Tribunal de Justicia anuló la previa Decisión de la Comisión de 21 de septiembre de 1978 en lo tocante al deber del titular de los derechos de propiedad intelectual de abstenerse de producir o vender las semillas en el territorio alemán, para el que se había concedido licencia en exclusiva, ya por sí mismos ya a través de otros licenciatarios alemanes. Mantuvo, sin embargo, el carácter restrictivo de la competencia y, por ende, no autorizable de la obligación de ese mismo titular de impedir a terceros exportar las semillas relevantes con destino a Alemania (importaciones paralelas).

El TJ argumentó con la necesidad de distinguir entre dos clases de licencias exclusivas sobre derechos de propiedad intelectual, la abierta y la cerrada. La licencia abierta se daba cuando “*la exclusividad de la licencia se refiere únicamente a la relación contractual entre el titular del derecho y el licenciatario, en el sentido de que el titular se obliga simplemente a no conceder ulteriores licencias en el mismo territorio y a no competir él mismo con el licenciatario en este territorio*”. La licencia era cerrada cuando “*las partes se proponen en relación con el producto y al territorio en cuestión, eliminar toda competencia de terceros, tales como importadores paralelos o licenciatarios de otros territorios*”. Las licencias abiertas que “*no afectan a las posiciones de terceros tales como importadores paralelos y licenciatarios en otros territorios, no son por sí mismas incompatibles con el Art. 81 del Tratado*”. Por el contrario, las cerradas que facilitan una protección territorial absoluta al licenciatario eliminando la competencia de terceros, particularmente, de los importadores paralelos, normalmente entrarán dentro de la prohibición del Art. 81.

Este planteamiento sería extensible a otros derechos de propiedad intelectual como los derechos de autor. En la sentencia de *Coditel II* de 6 de octubre de 1982, el TJ confirmó que un contrato concediendo un derecho exclusivo para la representación de un *film* por un periodo de tiempo determinado sobre el territorio de un estado miembro por el titular de los derechos de autor sobre la obra no caía por sí sólo dentro del ámbito de prohibición del Art. 81. Sólo en ciertos casos, en función del contexto económico y jurídico del acuerdo las cláusulas de cesión de los derechos de propiedad intelectual o de licencia podían llegar a tener como efecto u objeto cerrar o restringir la distribución de filmes o falsear la competencia en el mercado cinematográfico. Con respecto al caso *Nungesser* se introducía la pauta de la limitación temporal que en esa sentencia no se introducía (V. Fernández-Novoa, C., y Costas Comesaña, J. : “*Derecho de la Competencia...*”; Vol. I; Cap. 9; Págs. 539 y 540).

Viene lo anterior al hilo de la consideración por las autoridades de la competencia, al menos en estos precedentes europeos, de la cesión de contenidos audiovisuales como auténtica cesión de derechos de propiedad intelectual, lo que, por lo visto, imposibilitaría la aplicación de la Exención por categorías, a nuestro modo de ver.

Así, podríamos afirmar que, en los mercados españoles de los contenidos, el margen de aplicación de la exención por categorías a los acuerdos celebrados por los proveedores de los mismos con sus compradores o clientes resultaría mínimo.

Debe recordarse que el dato de que una restricción vertical caiga dentro del ámbito de la exención por categorías sólo implica una presunción de que el acuerdo es legal, pero dicha presunción podrá ser desvirtuada en virtud de una prueba de cargo desplegada por las autoridades de la competencia con vistas a acreditar que el acuerdo en cuestión restringe el juego de la competencia, en particular, por el efecto acumulativo derivado de la existencia de redes paralelas de restricciones verticales similares puestas en práctica por otros proveedores de contenidos o compradores de los mismos que sean competidores de las partes (argumento empleado por la autoridad española de la competencia en el caso *AVS III/colusión*). Del propio modo, el dato de que la exención por categorías resulte inaplicable para nada prejuzgará la ilicitud del acuerdo, la cual deberá ser calibrada por la autoridad de la competencia nacional o europea.

- ***Poder de mercado.*** Sentado que no resulta de aplicación el Reglamento de Exención por categorías, habrá también que calibrar si proveedor y comprador, o al menos uno de ellos, se encuentran en una situación de poder en su mercado respectivo. Acaba de verse que un poder de mercado por encima del umbral de cuota del 30 % imposibilita la aplicación del Reglamento de Exención por categorías. Por otra parte, cabrá observar cómo, para la Comisión, no hay riesgo de poder de mercado cuando la cuota en el mismo se sitúe por debajo del umbral del 15 %. Lo anterior llevaría a la conclusión de que, normalmente, en todos aquellos casos en los que no resulte de aplicación el Reglamento de Exención por categorías, existirá poder de mercado.

Dentro de los mercados inscritos dentro del segmento de los contenidos que hemos identificado cabría observar: **(a)** en contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos lo habitual será que tanto el proveedor como el comprador (difusor de TV de pago) disfruten de una cuota por encima de ese límite en su mercado respectivo; **(b)** en el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos y en el de las obras audiovisuales para TV será más factible que el proveedor, no así el comprador, disfrute de una cuota por debajo del umbral del 15 %.

No obstante, debe atenderse a la existencia tanto en el Reglamento de Exención por Categorías, como en la Comunicación *de minimis* de una serie de prácticas especialmente graves que imposibilitan la aplicación de uno y otro instrumento, respectivamente, con independencia del umbral de cuota disfrutado por las partes. El ámbito de tales prácticas en uno y otro instrumento coincidiría en una medida importante, si bien no llegarían a ser sustancialmente coincidentes.

- ***Comunicación de minimis y prácticas restrictivas especialmente graves.*** Es posible que los acuerdos entre empresas cuya cuota de mercado sea superior al umbral del 15 % de la Comunicación *de minimis* sigan sin repercutir de forma significativa en el comercio entre Estados miembros o no representen una restricción considerable de la competencia (Véase la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-7/93 *Langnese-Iglo GmbH/Comisión*, Rec. 1995 II-1533, apartado 98).

Subrayan, en este sentido, los autores (Pellisé; “*La Explotación abusiva...*”; Op. Cit. Pág. 309; Child/Bellamy: “*Derecho de la competencia en el Mercado Común*”, Madrid: Ed. Civitas, 1992; págs. 163 y 168) que, dejando al margen el criterio cuantitativo de la cuota, la falta de entidad de la afectación del comercio intracomunitario, el equivalente a escala europea a la lesión del juego de la competencia en el ámbito interno de un Estado miembro cualquiera, puede obedecer también a otros factores tales como: (i) la naturaleza del producto: como en la sentencia Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1981, as. 126/80, *Salonia*, Rep. 1563, en la que el Tribunal, ante un acuerdo selectivo de acceso a la venta de periódicos en Italia, consideró que debía tenerse en cuenta si los periódicos extranjeros podían utilizar otros canales de distribución distintos de los contemplados en el acuerdo, y si la demanda de los productos era rígida en el sentido de si presentarían variaciones importantes en el caso de que el acuerdo dejara de estar en vigor (consids. 15 y 17); o (ii) la limitación del comercio: como en la decisión de 22 de julio de 1980, *The Distillers Company Ltd.*, DOCE L 233/43 de 4 de septiembre, en la que cabía apreciar que las restricciones en las ventas en las tiendas libres de impuestos no era probable que tuvieran un efecto sensible. Lo anterior es sólo a efectos de ejemplificación y lo cierto es que la determinación del carácter sustancial o no de esa afectación habrá de hacerse atendiendo a las circunstancias del caso concreto (V. Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, as. 19/77, *Miller International* c. Comisión, Rep. 131).

En las antípodas de la anterior situación, se encuentra la ya adelantada de las restricciones especialmente graves definidas en la Comunicación *de minimis*, donde puede ocurrir que, por debajo del umbral del 15 %, sea aplicable el apartado 1 del artículo 101, siempre que se produzca un efecto considerable sobre el comercio entre Estados miembros y sobre la competencia (Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 5/69, *Völk/Vervaeke*, Rec. 1969, p. 295, asunto 1/71, *Cadillon/Höss*, Rec. 1971, p. 351 y asunto C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Rec. 1998, p. I-1983, apartados 16 y 17).

La existencia de prácticas restrictivas de especial gravedad que determinarían la inaplicación de la Comunicación *de minimis* tendría sentido plantearse sobre todo con respecto a la colusión vertical entre un proveedor de contenidos no *Premium*. P.e. canales temáticos, y un difusor televisivo adquiriente de los mismos. Dentro de las mismas cabrían, en primer lugar, los acuerdos entre empresas no competidoras cuando más del 30 % del mercado de los canales temáticos esté cubierto por redes paralelas de acuerdos con similares efectos y siempre que se incardinan en alguno de los supuestos expresamente enumerados en la Comunicación, los cuales, sin ser exactamente coincidentes, tenderían a asimilarse a algunos de los enumerados al tratar de la exención por categorías, a saber: mantenimiento del precio de reventa, compartimentación del mercado por territorios o grupos de clientes, restricciones impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva, etc. En segundo término, entrarían los acuerdos entre empresas competidoras que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción (como vimos ocurría antes de la fusión con *Telefónica* y *Sogecable* en el mercado de los canales temáticos en nuestro país), cuando los mismos se incardinan en alguno de los supuestos que se acaban de referir para los acuerdos entre empresas no competidoras o cuando su objeto sea la

fijación de precios, el reparto del mercado o los clientes o la limitación de la producción.

Finalmente, recordar también que, aún mediando unos niveles de cuota por encima del 15 %, cabrá que resulte de aplicación la Comunicación *de minimis*, siempre que no nos encontremos ante alguna de las prácticas especialmente graves que se acaban de enumerar, cuando el mercado no esté concentrado (IHH por debajo de 1.000).

➤ **Efectos anticompetitivos.** Bajo este epígrafe pasamos a ocuparnos de la **identificación de los efectos anticompetitivos** y de los **factores para su ponderación**:

- **Identificación de los efectos anticompetitivos.** En los casos de colusión vertical en los que se vean involucrados proveedores de contenidos, prácticamente, cabrá que se den casi todos los efectos restrictivos previstos en las Directrices sobre restricciones verticales, a saber:

- La exclusión del mercado de otros proveedores o clientes (Vg., la colusión vertical entre *La Sexta* y *Mediapro* podría alentar la exclusión de otras productoras en el mercado ascendente de los contenidos, al no tener acceso a los telespectadores de la primera, y la de otros difusores en los descendentes de los telespectadores y de la publicidad televisada, al no tener acceso a los contenidos, especialmente atractivos, de la segunda);
- la creación de un ambiente propicio para la colusión en los mercados ascendentes o descendentes a consecuencia de la reducción de la competencia intermarcas (en los mismos ejemplos referidos en el párrafo precedente será posible que la exclusión de competidores en los mercados ascendentes o descendentes alimente la colusión horizontal entre los supervivientes que verán sus cuotas incrementadas); y
- el debilitamiento de la competencia intramarca entre distribuidores de contenidos de una misma marca (también en el ejemplo de los dos párrafos anteriores el acuerdo vertical restringiría la competencia intramarca entre difusores distribuidores de las producciones de *Mediapro*). En palabras del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 13 de julio de 1966 (*Grundig y Consten/Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429 v.): “*si bien la competencia entre productores es generalmente más aparente que entre distribuidores de la misma marca, de ello no se desprende que un acuerdo tendente a restringir esta última pueda escapar a la prohibición del apartado 1 del artículo 85, por el mero hecho de que pueda intensificar la primera*”.

- **Factores de ponderación de los efectos anticompetitivos.** Incidiendo ya sobre los factores de ponderación de los efectos anticompetitivos asociados a la colusión vertical entre proveedores de contenidos y difusores televisivos, observar lo siguiente.

- La posición de mercado del proveedor. En los mercados de contenidos *Premium*, las cuotas de los proveedores, al ser elevadas y estables en el

tiempo, crean un ambiente propicio para la colusión. En cuanto al mercado de los contenidos no Premium la posición en el mismo de los proveedores tendería a conferirles un poder de mercado menor que en esos otros.

A diferencia de los mercados incluidos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, en los que el factor de la innovación tecnológica puede restar protagonismo al de la cuota de mercado, es este último criterio al que hay que estar dentro de los mercados genéricos como, Vg., los de los contenidos en los que se acude normalmente al valor de los ingresos. A mayor grado de fluctuación de la cuota de mercado del proveedor, menor riesgo de colusión. Por otro lado, cuanto más parejas sean las posiciones de los competidores dentro del mercado de referencia y más elevadas sean sus cuotas de mercado – es decir, cuanto más cerca nos encontremos de estructuras oligopolísticas – mayor riesgo habrá de que esa misma colusión se produzca.

- La posición de mercado de los competidores. En los mercados de los contenidos *Premium* cinematográficos la posición de los competidores suele ser igualmente importante; en este caso, este dato, más que traducirse en una intensificación del juego de la competencia, tiende a servir para crear un ambiente propicio para la colusión horizontal entre los grandes estudios y la colusión vertical, en forma de suministro exclusivo, entre todos o la mayoría de ellos y la plataforma mayoritaria de TV de pago (*Digital Plus*).

En el mercado primario de los contenidos *Premium* deportivos, aún cuando la posición de algunos clubes pueda llegar a ser mucho más poderosa por volumen de ingresos que la de otros, todos ellos se ven forzados a coordinarse por el hecho de compartir un mismo calendario oficial de competiciones y surgen los riesgos de colusión vertical en los acuerdos de venta de derechos audiovisuales a los adquirientes primarios (*AVS*, *Mediapro*, *brokers* de derechos y difusores que asuman el riesgo de acudir directamente al mercado primario).

En el mercado de la producción de programas para TV los riesgos son, sobre todo, de colusión vertical entre determinadas productoras y ciertos difusores a los que verticalmente se vinculan (hasta el punto de constituir en algún caso una única entidad verticalmente integrada). De aquí resultaría un debilitamiento de la competencia intermarcas entre productoras en el mercado ascendente de los contenidos que restaría importancia al dato cual sea la posición de las competidoras.

Finalmente, en el mercado de la edición y comercialización de contenidos, podría llegar a ocurrir que este dato no tuviera importancia especial cuando, como en el caso español, existiera una contracción de la demanda que llegara a suponer dejar fuera del mercado a cualquier editora que no presentara vínculos de integración vertical con algún difusor (p.e., *Mediapark*).

- La posición de mercado del comprador. Dicha posición viene determinada por la cuota de mercado que disfruta el comprador en el mercado de compra. En el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos español la posición de *Sogecable* se vio reforzada frente a los *majors* a raíz de la fusión digital.

En el de los contenidos *Premium* deportivos también español, para compensar el fortísimo poder de mercado de los clubes en el mercado primario, se constituyó la plataforma de compra conjunta *Audiovisual Sport*.

En el mercado de la producción de programas para TV – no sólo en el español – la posición en el mercado del difusor que adquiere dichos programas podrá no ser tan importante, dada la situación de integración vertical que acabamos de describir (p.e., en España *Sogecable* y *Digital Plus*, *Telefónica* (*Endemol*) e *Imagenio*, *Mediapro* y *La Sexta*, *Sogecable* y *Cuatro*, etc.).

En el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos en España tras la fusión digital, el poder de mercado de la plataforma resultado de la fusión llegó a ser tanto como para dar lugar a una situación de monopsonio ya referida en otros apartados de la tesis.

- *La existencia de barreras de entrada.* En los mercados de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos la existencia de fortísimas barreras de entrada de naturaleza económica no sólo del lado de la venta, sino también del de la compra sería un importante factor de agravación de los efectos de la colusión vertical entre proveedores y clientes. En cambio, en los demás mercados de contenidos no *Premium* la importancia de estas barreras económicas de entrada puede no llegar a ser tan importante como hubo ya oportunidad de exponer.
- *El grado de madurez del mercado.* El dato de que, por regla general, todos los mercados de contenidos estudiados sean mercados maduros se erigirá en factor de agravación de los efectos anticompetitivos derivados de la colusión vertical. Acaso, un factor de atemperación podría venir a ser el del desarrollo de contenidos interactivos y aptos para su difusión a través de cualquier plataforma (*eContents*); podría, p.e., destacarse el efecto revulsivo que sobre el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos podría llegar a tener la distribución de los *films* a través de IT. También en el caso de los contenidos *Premium* de fútbol, vimos ya que se considera un factor procompetitivo el de la posibilidad de suministro del contenido audiovisual a través de plataformas tecnológicamente novedosas como internet y telefonía móvil.
- *El nivel de comercio.* El dato de que los mercados de los contenidos sean mercados ascendentes con respecto a los de la difusión televisiva llevará a que los efectos de la colusión vertical que lleguen a proyectarse sobre los mismos se invistan de una menor gravedad que los que pudieran hacerse sentir sobre los descendentes de la TV de pago o en abierto o de la publicidad televisada (p.e., una restricción vertical por la que los clubes de fútbol, en el mercado primario de la venta de derechos sobre eventos deportivos, se obliguen a suministrar en exclusiva a determinado intermediario, tendrá menos efectos negativos netos sobre el juego de la competencia que otra en virtud de la cual dicho intermediario se obligue a suministrar en exclusiva a cierto difusor de TV de pago).

- Presencia de marca. “Las restricciones verticales relativas a los bienes y servicios que no tienen marca son, por lo general, menos perniciosas que las que afectan a la distribución de bienes y servicios de marca. La marca tiende a aumentar la diferenciación entre productos y a reducir la posibilidad de sustitución de los mismos, lo que provoca una menor elasticidad de la demanda y una mayor posibilidad de incrementar los precios” (núm. 104 de las Directrices sobre restricciones verticales). Esto llevado al terreno que nos ocupa supondrá que las restricciones verticales relacionadas con contenidos Premium (con una mayor presencia de marca) serán mucho más graves que las referidas a contenidos sin ese valor.
- Otros factores. Dentro de éste, que podríamos catalogar como cajón de sastre, tendrían amplia cabida algunos otros factores de agravación de los efectos anticompetitivos asociados a la colusión vertical como, p.e., el efecto acumulativo derivado de hallarse ampliamente cubierto el mercado de referencia por otros acuerdos verticales similares, la duración del acuerdo vertical (de tanta importancia en las cláusulas de suministro exclusivo de contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos), la existencia de colusión en el pasado (efecto que podríamos llamar de “llover sobre mojado”) o el liderazgo en la fijación de precios ejercido por uno o por unos pocos proveedores de servicios (Vg., dentro del mercado de los contenidos *Premium* deportivos, si un par de clubes especialmente poderosos marcan la tendencia del precio de venta de los derechos correspondientes).

Estos factores juegan también su papel, como es natural, en otros mercados. P.e., en cuanto al factor de la duración del acuerdo, en su decisión de 13 de mayo, la Comisión Europea sancionó a *Intel* por abuso de posición dominante excluyente dentro del mercado de los procesadores para ordenadores articulado a través de restricciones verticales del grupo de marca única (*vid infra*), el ejecutivo de la UE justificó el elevadísimo importe de la sanción (1.060 millones de euros; que, aún así, sólo representaban el 4,15 % de su facturación anual en el mercado afectado) no sólo en la altísima cuota de mercado de *Intel* dentro del mercado de referencia, sino además por la gravedad y duración de la infracción.

En general y en fin, será necesario atender a las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de junio de 1992, T-61/89, *Dansk Pelsdyravlforening c. Comision*, Rec. II-1931, el Tribunal destacó que los efectos de unos compromisos de compra exclusiva sobre el mercado en cuestión dependían de las características de dicho mercado; y en la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, C-234/89, *Delimitis*, Rep. I-935, se recalcó que los efectos de tales compromisos debían apreciarse en su contexto específico.

- **Eficiencias.** Aún siendo cierto que las restricciones verticales son menos perniciosas para el juego de la competencia que las horizontales, la verdad es que las mismas no dejan de basarse en sus efectos anticompetitivos. En este sentido, los autores (entre nosotros Zurimendi; “*El modelo más eficiente...*”; Págs. 6 y Ss.; Op. Cit.) se encargan de resaltar como las más de las veces las restricciones verticales serán más procompetitivas que anticompetitivas.

Entre las posibles eficiencias de los acuerdos verticales destacan, por ejemplo, los autores (Zurimendi, *Idem*):

- **La fijación de economías de escala y ahorros de costes.** En la medida en que, sobre todo los acuerdos de marca única, permiten al proveedor contar de antemano con una previsión de compra de sus productos, ello le proporcionará la necesaria certidumbre para incrementar su producción y obtener esta clase de beneficios y ahorrar costes de producción. Sin embargo, no resulta claro que esta clase de beneficios resulten procompetitivos, sobre todo cuando el proveedor haga suyo el excedente sin traducirlo en una rebaja de los precios aguas abajo que pueda llegar a beneficiar al consumidor final. Esto ocurrirá cuando el mercado de producto del proveedor esté cercado por fuertes barreras de entrada (p.e., ¿qué incentivo puede tener un gran estudio de Hollywood para rebajar los precios aplicados a una cadena de TV que se haya comprometido a adquirir toda su producción sobre la base de un *output deal*?; a menor valor *Premium* de los contenidos audiovisuales mayor incentivo para repercutir aguas abajo los beneficios de la restricción vertical).
- **Eficiencias del lado de la demanda.** Las anteriores son eficiencias del lado de la oferta que dejan en manos del proveedor el trasladarlas o no a sus clientes y a los consumidores mediante rebajas de precios. Sin embargo las restricciones verticales pueden también crear eficiencias del lado de la demanda que serán, en todo caso, procompetitivas, por su tendencia a beneficiar directamente a los consumidores (V. Gutiérrez/Jorge (2005), en Beneyto, *Tratado de Derecho de la Competencia*, I, Bosch, Barcelona; Págs. 45 a 48; y Telser: “*Why should Manufacturers want Fair Trade?*”, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, Págs. 86 y ss.).

Así, determinados acuerdos verticales servirán para eliminar problemas de parasitismo (p.e., determinados productos exigen un servicio pre-venta de orientación al cliente, de modo que quien lo preste venderá el producto a un precio más elevado que quien no lo haga por tener mayores costes, pudiendo suceder que los clientes recurran al servicio de información del proveedor y terminen adquiriendo el producto del que carece de él por ser sus precios más baratos; en estos casos las restricciones verticales, por ejemplo, del grupo de marca única, pueden contribuir a eliminar estas prácticas parasitarias) o de cautividad (p.e., para la puesta en funcionamiento de determinados servicios en el mercado pueden ser necesarias determinadas inversiones que podrán acometer tanto el productor como el distribuidor, de manera que quien las realice quedará necesitado de amortizar la inversión y expuesto a que la contraparte, conocedora de esa necesidad de mantener la relación, la aproveche para mejorar las condiciones en su propio beneficio; si la inversión la realiza el productor – por ejemplo, una empresa que produce antenas parabólicas las subvenciona para clientes de TV de pago por satélite – una restricción de marca única que obligue al operador de TV de pago a no contratar con otra productora puede ser útil; y si la realiza el distribuidor – si una cadena de TV de pago es quien subvenciona al cliente la antena de disco para la recepción de la señal – una restricción del grupo de distribución limitada por la que el operador de satélites se obligue a no prestar

servicios de capacidad satelital a otras plataformas de TV de pago puede contribuir a equilibrar la situación).

Por su parte, Alfaro (*vid infra*), en el caso de las mismas eficiencias de las restricciones verticales asociadas a la eliminación del parasitismo que menciona Zurimendi, destaca que las mismas tienen un carácter cualitativo que puede llegar a dificultar su comparación con ciertos aspectos anticompetitivos de esos mismos acuerdos. El mismo Alfaro hace cita de la obra y de las afirmaciones de Gyselen (CMLR 1984, p 666) “*it is virtually imposible to make accurate estimates of the social benefits and costs of nonprice competition*”(“*es virtualmente imposible hacer estimaciones ajustadas de los beneficios y costes sociales de la competencia no basada en el precio*”). Y en este sentido, trae a colación otras reflexiones sobre las restricciones verticales que neutralizan el parasitismo en los servicios pre-venta (RBB Economics, Brief 15, julio 2004) como, por ejemplo: “*a vertical agreement has the pro-competitive effect of solving a free rider problem on pre-sales advice, and where improved showroom facilities boost demand for the product by bringing its attributes to the attention of a large number of new customers. It is possible to estimate the welfare gains to those marginal consumers who were previously frozen out of this market due to their lack of information, but it is also possible that some existing consumers (who may have been better informed and thus did not need the showroom facilities to aid their choice) may be worse off after the agreement is implemented, especially if they are obliged to <<pay>> for the unwanted pre-sales service through a higher distribution margin...*” (en definitiva, ¿cómo comparar los beneficios de que una restricción vertical pueda ayudar a que la generalidad de los consumidores conozcan las características de un producto con los costes derivados de que se produzca un incremento de precio del producto también para los consumidores que ya conozcan esas características?).

Las directrices sobre restricciones verticales contemplan también, sin valor exhaustivo, una serie de efectos positivos de las restricciones verticales. De estos, pasamos a examinar los que podrían tener una mayor virtualidad en el caso de acuerdos verticales en los que estuvieran involucrados proveedores de contenidos, a saber, **resolución de problemas de parasitismo, apertura de nuevos mercados y la introducción en ellos, resolución de problemas de cautividad, obtención de economías de escala en la distribución y uniformidad y normalización de la calidad**. Así:

- **Resolución de problemas de parasitismo.** Un acuerdo vertical de restricción de la reventa en determinado territorio puede constituir un medio eficaz de evitar el parasitismo y las importaciones paralelas. Desde este punto de vista, podría ser considerado procompetitivo un acuerdo vertical por fuerza del cual, p.e., *Bayer* acordara con sus distribuidores español o francés que estos no revendieran su producto *Adalat* en el mercado británico. De esta manera se estaría protegiendo al distribuidor local de *Bayer* en el mercado británico, especialmente en el caso de que el mismo estuviera en proceso de realizar las inversiones necesarias para romper las barreras de entrada y superar el punto crítico de inflexión o equilibrio para la implantación del producto *Adalat* en ese mercado. Cabría la posibilidad de que el mismo no llegara a rentabilizar sus inversiones y entrar en umbrales de

ganancia en el caso de tener que enfrentar la competencia de los distribuidores franceses y españoles en esa fase temprana de entrada en el mercado.

El caso anterior llegó a darse en la realidad práctica de las autoridades de la competencia europeas. Sin embargo, no se trataba de un acuerdo vertical, sino de una práctica unilateral protagonizada por la misma *Bayer*. En el mercado británico el producto *Adalat* se vendía a un precio más elevado que en los mercados francés y español. Para evitar que sus distribuidores español e francés reexportaran y accedieran al mercado británico, *Bayer* limitó progresivamente las cantidades suministradas a los distribuidores español y francés en función de las cantidades reexportadas a lo largo del año.

Esta práctica fue objeto de persecución por parte de la Comisión por entenderla anticompetitiva. Esta conducta de esta institución comunitaria obedece a una pauta de conducta de la misma conforme a la que tenderían a estimularse las importaciones paralelas y a amparar a los *free riders*. Los autores (Gyselen, L.: “*Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale Under EEC Competition Law*”, *Common Market Law Review* 21(1984) P 647; citado por el mismo Alfaro, Op. cit., en nota al pie n.º 42 de su obra) se refieren a este particular enfoque de la Comisión en términos como los siguientes: “*parallel imports may indeed give rise to free rides from one exporting dealer on the promotional or servicing efforts of one local dealer. In the EEC Commission’s eyes, however, the free rider is a hero because his sale foster the free movement of the brand within the common market and thus contribute to market integration. Consequently, restraints which limit his room for manoeuvre are subject to close scrutiny and will often fail to qualify for an exemption under Article 85, para. 3 of the EEC Treaty*” (“*las importaciones paralelas pueden realmente dar lugar a parasitismos por parte de un distribuidor exportador sobre los esfuerzos promocionales o de servicio de un distribuidor local. Sin embargo, a ojos de la Comisión Europea el free rider es un héroe porque sus ventas estimulan el libre movimiento de la marca dentro del mercado común y por tanto contribuye a la integración del mercado. En consecuencia, las restricciones que limitan su espacio de maniobra están sujetas a una rigurosa fiscalización y suelen no llegar a dar lugar a la exención al amparo del Art. 85 -101- Párrafo 3 del Tratado CEE*”).

En el caso *Bayer* tanto el TPI como el TJCE fallaron en contra de la Comisión por el hecho de tratarse de una decisión unilateral y no de un concierto o acuerdo entre *Bayer* y sus distribuidores español y francés. Lo anterior no lo considera Alfaro (*ídem* Pág. 21) coherente dando a entender que, una de dos, o se prohíben todas las conductas que puedan dar lugar a compartimentaciones del mercado, ya sean unilaterales o acordadas, o se permiten. Por la segunda de estas opciones parece decantarse dicho autor entendiendo que sólo cabría prohibir aquellos acuerdos horizontales (*cárteles*) de reparto de los mercados, no los verticales.

Y es que para este autor hay falta de sistemática por parte de las autoridades de la competencia cuando pretenden hacer extensivos a los privados los mandatos sobre libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías del TCEE, los cuales tienen como sus naturales destinatarios a los poderes públicos. Parte del análisis de R. O’Loughlin (“*EC Competition Rules and Free Movement*

Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision” ECLR 2003, p 62 ss.) para entender que el Derecho de la Competencia, por una parte, y las libertades fundamentales del Tratado, por otra, deben recorrer caminos tan paralelos como separados entre sí. Las normas sobre competencia (principalmente, los Arts. 101 y 102 TCEE) se dirigen a los particulares prohibiendo la colusión y el abuso de posición dominante. Esas normas sobre competencia no se dirigen, en cambio, a los Estados, salvo cuando actúen como empresarios (al margen del supuesto de las ayudas públicas). Por el contrario, la prohibición de restringir la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías se dirige a los poderes públicos y no a las empresas y particulares. El objetivo de la integración de los mercados se relaciona sobre todo con las libertades fundamentales referidas más que con las normas de competencia y la falta de coherencia sistemática se produce cuando pretende comprometerse también a las empresas privadas con el objetivo de alcanzar un mercado único e integrado, objetivo al que tendrían que ser ajenas.

Proyectando las anteriores premisas sobre el caso *Bayer*, resultaría ilícito que las autoridades de Reino Unido imposibilitaran las exportaciones de *Adalat* desde Francia o España con destino al mercado británico, en la medida en que ello supondría una restricción a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común, pero en ningún caso que lo hiciera una empresa privada como era *Bayer*. Y suponiendo que la restricción de las exportaciones paralelas hubiera sido por mandato de las autoridades británicas habría resultado igualmente incoherente que el juicio sobre la ilegitimidad de la misma se hubiera realizado desde la perspectiva de las normas de los Arts. 101 y 102 más que desde la que ofrecen las libertades fundamentales de circulación de mercancías y prestación de servicios.

Ahora bien, con independencia de las anteriores consideraciones, difícilmente refutables, podría hipotetizarse con un escenario alternativo en el asunto *Bayer*. Suponiendo que *Bayer* y otras dos marcas se repartieran por cuotas iguales de 1/3 todo el mercado relevante – supongamos, el mercado británico (RU) de los medicamentos que reducen la presión arterial – habría que entender que ni *Bayer* ni ninguna de las otras dos marcas competidoras disfrutarían de posición dominante. Aplicando los razonamientos del Profesor Alfaro y dada la inexistencia de posiciones dominantes, no cabría prohibir un acuerdo vertical por el que, p.e., la matriz alemana de *Bayer* acordara con sus distribuidores en Francia y España que no exportaran a RU. Ahora bien en este escenario sería perfectamente imaginable que el distribuidor local de *Bayer* en RU entrara en colusión horizontal con los distribuidores de las otras dos marcas competidoras y también que esa misma colusión horizontal llegara a darse en el nivel ascendente de los proveedores entre *Bayer* y las otras dos marcas. Los distribuidores y los proveedores dejarían de competir entre sí conformándose con sus cuotas respectivas, las cuales aún sin ser bastantes para dar lugar a posiciones dominantes sí lo serían en cambio para calmar el ánimo competitivo de las empresas. Una forma de revertir este escenario podría ser el de vetar el acuerdo vertical entre *Bayer* y sus proveedores en Francia y RU permitiendo así las exportaciones paralelas a RU. El distribuidor de *Bayer* allí, forzado a competir con otros, tendría que rebajar sus precios, sacrificando parte de su margen de beneficio; al mismo tiempo, lo anterior haría a la marca *Bayer* más competitiva frente a las otras dos rompiendo con el ambiente de colusión. De hecho, y en el

caso real, el dato de que a los distribuidores franceses y españoles les trajera cuenta soportar los mayores costes de transporte del producto hasta RU podía interpretarse como indicador de que los consumidores en RU estaban sometidos a unos precios no competitivos.

Las directrices se refieren al hecho de que un proveedor se pueda aprovechar de los esfuerzos promocionales desplegados por otro y a los acuerdos verticales como medio de evitar estas situaciones. Sin embargo, el problema de parasitismo no tendría por qué quedar circunscrito a esas situaciones. En el mercado de los contenidos *Premium* deportivos, *Sogecable* ha venido insistiendo en lo injusto (¿parasitismo?) de que otros difusores (p.e., *Telecinco*) no asuman el riesgo de acudir al mercado primario de venta de derechos por los clubes, por el temor a quedarse fuera de umbrales de rentabilidad a consecuencia de la tenencia de derechos sin posibilidad de explotación por el veto del club visitante, y de que luego pretendan la obtención, en el mercado de reventa y en condiciones de competencia de sublicencias, para la emisión de partidos concretos. Visto así la colusión vertical entre *AVS/Sogecable* y sus secciones descendentes en difusión televisiva, *Cuatro* y *Digital Plus*, podría interpretarse como herramienta para combatir ese posible parasitismo.

- **Apertura de nuevos mercados y la introducción en ellos.** La posibilidad de abrir nuevos mercados se relaciona en los ámbitos de los contenidos sobre todo con el suministro de contenidos a través de nuevas plataformas tecnológicas (Vg., telefonía móvil). En este sentido, y por ejemplo, un acuerdo de suministro exclusivo entre un proveedor de contenidos *Premium* y un operador de esa clase de plataformas podría ser la forma de ayudar al nacimiento o consolidación de ese mercado.
- **La resolución de problemas de cautividad.** Teóricamente, podría pensarse en que la realización de fortísimas inversiones por parte de los proveedores de contenidos *Premium* (fichajes de estrellas por clubes de fútbol, inversiones para las grandes superproducciones, etc.), en general, les facultaría para imponer restricciones verticales (p.e., cláusulas de no competencia que obliguen al comprador de derechos a no adquirirlos de la competencia). Sin embargo, faltaría uno de los presupuestos exigidos por la Comisión en sus Directrices, a saber, que se trate de inversiones orientadas hacia un específico cliente que coloque al proveedor en una situación de dependencia económica respecto de él.
- **Obtención de economías de escala en la distribución.** “Para realizar economías de escala y, por consiguiente, lograr para su producto un precio minorista inferior, cabe la posibilidad de que el fabricante desee concentrar la reventa de su producto en un número reducido de distribuidores. Para ello podría recurrir a la distribución exclusiva, la obligación de venta de una cantidad fija en forma de un acuerdo de compra mínimo, la distribución selectiva que incluya esta condición, o la compra exclusiva” (Pág. 42 de las Directrices). Esta clase de situaciones podrían ser en gran medida predicables de los *output deals* impuestos por los grandes estudios.
- **Uniformidad y normalización de la calidad.** “Una restricción vertical puede contribuir al incremento de las ventas mediante la creación de una imagen de

marca, algo que aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad” (ídem supra cit.). Podría pensarse en el efecto comentado por el TDC (AVS III/concentración) en cuanto a que la inclusión de fútbol en la parrilla tiende a conferir un importante valor de marca a la cadena del difusor de que se trate.

(2) Marca única

Entrando ya a valorar cuáles de las restricciones verticales tipificadas en las Directrices sobre restricciones verticales cabría que se dieran con respecto a la colusión vertical con incidencia en los mercados de los contenidos - recordemos que la tipología no agota todas las hipótesis que pudieran llegar a darse en la realidad de los mercados - decir lo siguiente.

Empezando por el grupo de marca única (núms. 129 y ss. de las Directrices), recordaremos que dentro del mismo se incluirían todos aquellos acuerdos cuya principal característica sería la de inducir al titular de la plataforma de comunicación audiovisual o al intermediario de derechos a concentrar sus pedidos de contenidos en determinado proveedor.

En los mercados de los contenidos, cabría imaginar la concurrencia de cualquiera de las restricciones verticales incluidas por la Comisión dentro de este grupo. Y así, podría hablarse de:

- 1) **Cláusulas de no competencia**, cuando se imponga un sistema de obligaciones o incentivos que hagan que el explotador de la plataforma de comunicación audiovisual de que se trate, o cualquier otro comprador de estos derechos, adquiera más del 80 % de sus necesidades de un solo proveedor de contenidos. Pensando en los mercados españoles de los contenidos tendríamos: **(i)** en contenidos *Premium* cinematográficos, como sabemos, no tiende a darse que una sola plataforma audiovisual adquiera de un único *maj*or, sino más bien de todos a la vez; **(ii)** en *Premium* deportivos, sólo cabría planteárselas en los niveles posteriores de la cadena en los que *Sogecable/AVS* y *Mediapro* abastecen de contenidos a sus integradas *Cuatro*, *Digital Plus* o *La Sexta*; **(iii)** en contenidos sin valor *Premium* muy difícilmente llegarían a darse por la desconcentración de estos mercados de contenidos y la ausencia de poder de mercado del lado de la oferta.

Por otra parte, campo de abono para las cláusulas de no competencia será el de las negociaciones entre proveedores de contenidos y organismos de radiodifusión o el de las relaciones entre cualquiera de ellos y un operador de red.

Las combinaciones posibles son todas, debiendo atenderse al lado del que se sitúe el poder de mercado. Así, en las relaciones entre un organismo de radiodifusión y un suministrador de contenidos, si el poder de mercado se encuentra del lado de la oferta, cabrá que el segundo imponga al primero la no adquisición de contenidos de los competidores de aquel; en cambio, si se encuentra del lado de la demanda, la cuestión derivará, más que hacia una cláusula de no competencia, hacia otra de suministro exclusivo en virtud de la cual el organismo de radiodifusión exigirá del proveedor de contenidos que no los suministre a los competidores del primero.

En las relaciones entre suministradores de contenidos y organismos de radiodifusión, de una parte, y operadores de red, de la otra, el enfoque puede variar también dependiendo de donde se sitúe el poder de mercado. De manera que cabrá que el gestor de una red de comunicaciones electrónicas especialmente poderoso imponga a un proveedor de contenidos o a un organismo de radiodifusión que no suministren sus contenidos o su señal, respectivamente, a otras plataformas de distribución alternativas (tal fue uno de los riesgos en el caso que estudiaremos de la creación de una empresa en participación por parte de *Telia* y *Telenor*; en concreto, la DGIV enfatizó el debilitamiento de la posición de los organismos de radiodifusión frente a la plataforma integrada de los operadores sueco y noruego de telecomunicaciones). A la inversa, cabrá también que un proveedor de contenidos o un organismo de difusión televisiva muy fuertes condicione el suministro de su producto audiovisual o de su señal a cierto operador de red al hecho de que éste no adquiera los de sus competidores.

Esta problemática se encuentra detrás del debate en torno a la neutralidad de la red (*net neutrality*) suscitado ante las autoridades de la competencia norteamericanas; debate centrado en la cuestión de si la red debe ser neutra en el sentido de no establecer ninguna clase de discriminación entre los contenidos o señales que por ella transitan, atendiendo al hecho de ser ésta, precisamente, la filosofía fundamental que anima el funcionamiento de Internet (a mayor posibilidad de discriminación por parte del operador de telecomunicaciones mayor poder de éste frente a los suministradores de contenidos y difusores).

- 2) **Cláusulas de imposición de cantidades fijas al comprador.** Es una forma más débil de no competencia que la anterior, en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor (p.e., compras mínimas, sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad o las tarifas duales - un canon fijo más un precio por unidad). Así: **(i)** en los *output deals*, en los que el organismo de radiodifusión se compromete a adquirir toda la producción de *films* cinematográficos correspondiente a cierto periodo procedente de los *majors* estadounidenses; **(ii)** en *Premium* deportivos podrían darse, sobre todo, en el nivel primario de comercialización de los derechos por los clubes, respecto del número de temporadas objeto de la cesión, aunque también en los niveles últimos de reventa en los acuerdos entre los titulares de los derechos ya sobre partidos concretos y las plataformas de comunicación audiovisual compradoras de los mismos; **(iii)** en contenidos no Premium difícilmente llegaran a darse por los mismos motivos expuestos al tratar de las cláusulas de no competencia.

Como se dijo ya al ocuparnos de las eficiencias, dentro del epígrafe de aspectos generales, una cláusula de imposición de cantidades fijas puede llegar a justificarse cuando la misma traiga causa de la fuerte inversión realizada por el proveedor. Será posible que esa cláusula de imposición de cantidades fijas se complemente con una cláusula de no competencia y que el plazo de duración de ambas coincida con el de amortización de la inversión acometida por el proveedor, por lo que tales restricciones verticales podrían llegar a beneficiarse de una exención individual del Art. 101.3 TFUE. En todo caso, se exigirá que la inversión del proveedor vaya específicamente ligada a la operación de modo que no quedarán cubiertos los simples incrementos de capacidad o las inversiones que puedan enfocarse hacia la satisfacción de necesidades

de cualesquiera otros clientes distintos de aquél con el que se establezcan las restricciones de marca única.

Se cita como ejemplo de esta doctrina la Comunicación publicada de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento no 17 relativa a la Comunicación COMP/A37.904/F3 — *Interbrew* (2002/C 283/05). *Interbrew* concertaba contratos de suministro de cerveza con establecimientos hosteleros asentados en Bélgica a los que concedía préstamos o arrendaba instalaciones. *Interbrew* realizaba aproximadamente el 35 % de sus ventas a través de esos establecimientos vinculados. El recurso a cláusulas de no competencia le garantizaba una cuota de mercado vinculada del 20 %, pues los establecimientos vinculados no podían comprar a otros proveedores de cerveza que no fueran la misma *Interbrew*. En total la cuota de mercado de *Interbrew* se situaba en el 56 % de los establecimientos de hostelería. De las negociaciones entre *Interbrew* y la Comisión resultó: (i) en los casos en los que *Interbrew* arrendaba las instalaciones, se aplicaba la cláusula de no competencia de modo que los establecimientos no pudieran comprar otra cerveza de barril que la fabricada por *Interbrew*; (ii) en los casos en los que *Interbrew* sólo concedía préstamos, se aplicaba una cláusula de imposición de cantidades fijas que vinculaba al establecimiento a adquirir de *Interbrew* como mínimo el 50 % de sus compras totales de cerveza.

En general, los efectos anticompetitivos de este grupo de restricciones verticales se proyectarían, sobre todo, sobre la competencia intermarcas entre proveedores de contenidos propiciando la exclusión del mercado de algunos competidores reales o bloqueando el acceso de competidores potenciales y dotando de una creciente rigidez a las cuotas de mercado de los diversos proveedores.

En los mercados descendentes de la difusión televisiva lo anterior puede llevar a debilitar la competencia entre contenidos dentro de cada cadena. Las cuotas de mercado se hacen más rígidas lo que propicia la colusión. Por ejemplo, partiendo de un mercado de la producción de obras audiovisuales para TV con dos o tres productoras muy potentes, la imposición de cantidades fijas de dichas obras por parte de cada una de ellas a las cadenas de TV, en abierto o de pago, que sean sus clientes tenderá a estabilizar las cuotas de aquellas en el mercado considerado y a propiciar la concertación tácita entre ellas. En la distribución de bienes al consumo, los minoristas tenderán a disponer de sólo una marca de productos con lo que quedará excluida la competencia intermarcas dentro del establecimiento (en el mismo ejemplo del párrafo anterior, las cadenas de TV de pago propenderán a incluir en su parrilla de programación tan solo las obras audiovisuales suministradas por la productora que haya impuesto las cantidades fijas).

En las Directrices sobre restricciones verticales (núm. 133) se prevé que, en el caso de restricciones de este grupo de entre 1 y 5 años, se hace preciso sopesar los efectos positivos y los perjudiciales de la restricción. Lo anterior se daría en mercados *Premium* deportivos en cuanto a las cláusulas de no competencia existentes en el nivel de reventa de derechos entre *Sogecable/AVS* y *Cuatro* o *Digital Plus*, por un lado, y *Mediapro* y *La Sexta* o *Gol TV*, por otro, aunque el hecho de tratarse de entidades integradas en el mismo grupo empresarial restaría importancia a lo anterior (debe tenerse en cuenta que, p.e., con arreglo al Art. 1.1 del Reglamento de Exención por categorías, “a efectos del presente Reglamento, los términos «empresa», «proveedor» y «comprador» incluirán sus respectivas empresas vinculadas”). Del mismo modo, en las cláusulas de imposición de cantidades fijas – léase temporadas – en los acuerdos verticales entre clubes y adquirientes primarios y en los posteriores de reventa

de partidos, en los que, tras la intervención de la autoridad de la competencia en el caso *AVS III*, se habría impuesto de modo general el plazo de 3 años.

Del propio modo, en el caso de restricciones verticales de marca única de más de 5 años, se dispone que las mismas no generarán eficiencias y que habrán de entenderse prohibidas. Lo anterior sería predicable de los *output deals* con los majors, con cláusulas de imposición de cantidades, con una duración de 5 años, o más incluso, si se considerara la existencia de mecanismos de renovación.

En todos los casos, las Directrices prevén que las posibles restricciones de la competencia se elevarán cuando las protagonicen empresas dominantes, lo que sería un factor a considerar, respecto al mercado español de contenidos, en el caso de cláusulas de imposición de cantidades fijas en los mercados de reventa de derechos sobre partidos de fútbol cuando intervengan *AVS/Sogecable* o *Mediapro* o en los mercados de venta de contenidos *Premium* cinematográficos, dada la posición dominante de los *majors* (téngase en cuenta la ya referida compatibilidad entre las instituciones de la colusión y del abuso de posición dominante, que podrán aplicarse en paralelo). En todo caso, debe existir un mínimo acuerdo de voluntades porque, de tratarse de una imposición unilateral del proveedor, la conducta caería fuera del ámbito de aplicación del Art. 101 TFUE, para entrar en el del Art. 102 TFUE, que se ocupa del abuso de posición dominante (ver, al respecto, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 en el asunto T-41/96 y del Tribunal de Justicia de 6 de enero de 2004 en los asuntos acumulados C-2/01 y C-3/01; o la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de diciembre de 2003 en el asunto T-208/01 *Volkswagen*).

En el mercado primario de venta de derechos por los clubes de fútbol, cada uno de ellos, por separado, no disfrutaría de una posición dominante individual, sin embargo, podría llegar a darse un efecto acumulativo cuando muchos de ellos recurrieran a cláusulas de imposición de cantidades fijas. Conforme al núm. 135 de las Directrices, “*en los casos en los cuales la cuota de mercado del mayor proveedor se sitúa por debajo del 30 % y la de los cinco principales proveedores se sitúa por debajo del 50 %, es improbable que se dé una situación de efecto anticompetitivo único o acumulativo*”. Lo anterior supondría ya hacer entrar en juego las circunstancias del caso concreto: probablemente, podría entenderse que la cuota del mercado del principal Club español resultaría inferior al 30 %, sin embargo, es claro que la de los cinco principales clubes quedaría por encima del umbral del 50 %. Así, es probable que el efecto acumulativo llegue a darse.

La existencia de barreras de entrada muy fuertes de tipo económico en los mercados *Premium* sería, asimismo, un factor pertinente a tener en cuenta en el caso de restricciones verticales con incidencia en estos mercados (núm. 136 de las Directrices). El poder compensatorio de la demanda (núm. 137) podría llegar asimismo a ser un factor pertinente en las cláusulas de imposición de cantidades fijas por parte de los clubes de fútbol en el mercado primario de venta de derechos, cuando uno de los adquirientes fuera *AVS* o *Mediapro*. También lo sería el nivel de comercio (núms. 139 y ss. de las Directrices) de modo que, por ejemplo, una cláusula de imposición de cantidades fijas en el nivel de reventa de derechos deportivos sobre partidos a difusores (o igualmente de films de *Hollywood*) tendría más efectos restrictivos netos sobre el juego de la competencia que esa misma cláusula impuesta en el nivel primario de ventas de derechos por los Clubes.

(3) Vinculación

La vinculación hace referencia a las situaciones en las que se obliga a los clientes que compran un producto (el producto vinculante) a comprar también otro producto del fabricante (el producto vinculado) (núm. 214 de las Directrices).

Un ejemplo reciente de vinculación o venta asociada sería el de la condena de *Microsoft* por abuso de posición dominante. En este caso, la empresa en esa situación de posición dominante supeditaba la entrega de su sistema operativo para ordenadores personales a la simultánea adquisición del lector multimedia [vid Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2007 — *Microsoft*/Comisión (Asunto T-201/04)].

Para el Tribunal de Primera Instancia (véanse los apartados 842, 843, 852, 859 a 861, 1151 y 1152), a la hora de decidir si el comportamiento de una empresa en posición dominante constituye una venta asociada abusiva, los cuatro criterios básicos a considerar serían los siguientes: **(i)** el producto vinculante y el producto vinculado son dos productos distintos o, puesto en otros términos, que dan lugar a diferentes mercados de producto; **(ii)** la empresa en cuestión ocupa una posición dominante en el mercado del producto vinculante; **(iii)** dicha empresa no ofrece a los consumidores o a sus compradores o clientes la posibilidad de adquirir el producto vinculante sin el vinculado; y **(iv)** esta práctica supone una restricción de la competencia.

El Tribunal confirmó las apreciaciones de la Comisión en cuanto a que el sistema operativo *Windows* y el lector multimedia que permitía la recepción continua de contenidos eran productos independientes, cada uno de los cuales daba lugar a su propio mercado de producto en la medida en que para uno y otro existía una demanda independiente por parte de los consumidores y al ser perfectamente posible considerar como productos independientes dos que tuvieran carácter complementario. Era también indicio de lo anterior la existencia de empresas independientes especializadas en la fabricación y venta del producto vinculado, como de hecho ocurría en el caso de los lectores multimedia. No suponía un obstáculo para apreciar la existencia de abuso el hecho de que la venta asociada de ambos productos se produjera bajo la forma de integración técnica, el que existiera un vínculo natural entre ambos productos o el que la venta asociada fuera conforme a los usos mercantiles (véanse los apartados 917, 918, 921, 922, 925, 927, 933, 935, 942 y 1341).

También insistió el TPI (véanse los apartados 969 y 970) en que no resultaba de la jurisprudencia comunitaria que para apreciar la existencia de ventas asociadas abusivas: **(a)** los consumidores hubieran de pagar necesariamente un precio por el producto vinculado para que pudiera considerarse que se les imponían prestaciones suplementarias a efectos de apreciar esa existencia de abuso; **(b)** los consumidores estuvieran obligados a utilizar el producto vinculado o que se les impidiera utilizar el mismo producto suministrado por un competidor de la empresa dominante para que pudiera considerarse que se cumplía el requisito relativo al hecho de subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones complementarias.

Finalmente, entendieron los Magistrados que no podía invocarse como justificación objetiva para la venta asociada inicialmente abusiva el hecho de que ésta garantizara la presencia uniforme de un producto en el mercado, pues no resultaba admisible que dicho resultado fuera impuesto unilateralmente por una empresa en posición dominante gracias a

ventas asociadas [Ver también Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§4. *La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99*” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. *Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción*” (Págs. 341 y ss.); “4.7. *Vinculación*” (Págs. 359 y ss.)].

Así pues, si la vinculación no está objetivamente justificada por la naturaleza de los productos o su uso comercial, tal práctica puede constituir un abuso a efectos del artículo 82 (Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia en el Asunto C-333/94 P *Tetrapak* contra Comisión, Rec. 1996, p. I-5951, considerando 37). Por otro lado, es también uno de los aspectos esenciales a considerar en el caso de las llamadas concentraciones conglomerales. Asimismo, la vinculación puede constituir una restricción vertical contemplada en el artículo 101 si redundando en una obligación de marca única en lo que respecta al producto vinculado. De esta situación pasamos a tratar en relación con los mercados de contenidos.

Tratándose de mercados de contenidos no Premium, se hace muy difícil imaginar que los mismos puedan llegar a ser empleados como mercados vinculantes o mercados palanca.

Si pensamos en el mercado español de los contenidos *Premium* deportivos, los acuerdos de vinculación podrían llegar a darse cuando, tras haber sido aportados al *pool* por los adquirentes originarios los derechos sobre los diversos clubes, el *pool* pase a conformar paquetes de partidos (en directo, en diferido, resúmenes *Premium*, etc.) que vender a, o emitir a través de, las diversas plataformas de comunicación audiovisual (TV en abierto o de pago, internet o telefonía móvil). Sin embargo, ha de tenerse presente que la tendencia en las resoluciones de las autoridades de la competencia es la de imponer la comercialización separada de los derechos para cada una de esas plataformas, así como para emisiones en directo, en diferido, etc. Por otra parte, ya se apuntó más arriba la nueva tendencia en el mercado español mostrada por *Mediapro*, con indudables afinidades con *Abertis*, a vincular servicios portadores de difusión de señal televisiva y derechos sobre partidos en la venta de los mismos a las plataformas de comunicación audiovisual.

En el caso del mercado español de los contenidos *Premium* cinematográficos, cláusulas de vinculación se dan cuando el mismo *output deal* impone como condición para que la plataforma de TV de pago pueda adquirir *films* de Hollywood (producto vinculante) el que la misma compre también los canales temáticos procedentes de los grandes estudios (producto vinculado).

En todos los casos expuestos, es claro que producto vinculante y vinculado serían diferentes, teniendo en cuenta que, como dicen las Directrices, dos productos son distintos si, no existiendo una vinculación, un número sustancial de clientes compraría o habría comprado el producto vinculante sin comprar también al mismo proveedor el producto vinculado, lo que haría posible producir de forma independiente tanto el producto vinculante como el vinculado (p.e., partidos en directo/partidos en diferido; partidos para internet/partidos para TV de pago/partidos para TV en abierto/partidos para terminales móviles; transporte de señal/derechos de emisión de partidos; estrenos de Hollywood/canales temáticos, etc.).

La vinculación puede dar lugar a efectos de **exclusión anticompetitiva en el mercado vinculado** (p.e., el de los canales temáticos vinculados a estrenos de Hollywood), el mercado

vinculante (p.e., el de los derechos deportivos sobre partidos en directo a los que se vinculen derechos sobre partidos en diferido o resúmenes *Premium*), o ambos a la vez (p.e. sobre el mercado vinculante de los derechos sobre partidos y el vinculado de los servicios portadores de señal audiovisual).

La vinculación lleva al bloqueo de clientes, al cierre de mercado y a la exclusión. Los restantes proveedores del mercado no pueden vender a compradores concretos con lo que tienden a ser excluidos del mercado. Este riesgo de exclusión lo vivieron en primera persona editores de canales temáticos en España como *Media Park*, al borde del cierre por el efecto combinado de la contracción de la demanda derivada de la integración de las dos plataformas de TV digital por satélite y de los compromisos adquiridos por la plataforma resultante de la fusión digital frente a los *majors* en punto a la adquisición de canales temáticos. En caso de cláusula de vinculación, la exclusión se proyecta especialmente sobre el mercado del producto vinculado por el llamado efecto de palanca (valdría el ejemplo que se acaba de poner, al ser los canales temáticos contenidos vinculados a otros vinculantes – contenidos *Premium* cinematográficos).

No existiendo una base suficiente de clientes interesados en la compra del producto vinculado sin el vinculante, puede suceder que la vinculación se traduzca en un incremento de los precios del producto vinculado. En el ejemplo de la vinculación de los canales temáticos con los estrenos de Hollywood, en el escenario inmediatamente posterior a la fusión digital en España, la ausencia de demanda alternativa a la procedente de *Digital Plus*, condujo a que las editoras nacionales de canales se vieran obligadas a la elevación de precios por encima de los niveles que les permitirían subsistir en el mercado. En caso de vinculación, puede también ocurrir que el comprador pague por el producto vinculado un precio más elevado del que pagaría de otro modo.

En cuanto a las posibles exclusiones del mercado vinculante, si consideráramos los derechos sobre partidos en diferido o sobre resúmenes *Premium* un complemento importante de los derechos sobre partidos en directo, la vinculación podría llegar a dificultar el acceso al mercado vinculante de los derechos sobre partidos en directo.

A la hora de valorar los efectos anticompetitivos de los acuerdos de vinculación será un factor muy pertinente el del poder de mercado del proveedor. Así, en todos los ejemplos puestos dicho proveedor de contenidos *Premium* tendrá poder de mercado e, incluso, posición dominante, lo que dificultará enormemente que el comprador pueda rehusar la vinculación. También lo será la cuota de mercado de los competidores: p.e., la ausencia de competencia para *Mediapro* en la comercialización de derechos para TV en abierto agravará los efectos de exclusión en los casos de comercialización de estos con servicios de transmisión de señal, y lo mismo en el caso de vinculación de canales temáticos con grandes estrenos de Hollywood.

También será un factor a ponderar la existencia de barreras de entrada de tipo económico dificultando el acceso al mercado de producto vinculante, pudiendo suceder que esas barreras vengan dadas por la existencia de cláusulas verticales de no competencia respecto del producto vinculante (p.e., la imposición de la compra por los estudios de Hollywood a *Digital Plus* del 80 % de las necesidades de ésta en grandes estrenos). Y, finalmente, podría serlo la existencia de poder de compra, sin embargo, este factor no parece que llegue a darse en los ejemplos que hemos venido poniendo a un nivel bastante como para compensar el poder de mercado del proveedor.

Acaso pudiera pensarse en eficiencias de la vinculación ligadas a la distribución uniforme de productos o servicios (p.e., si la vinculación permite que todos los consumidores disfruten de todos los partidos de fútbol o de la mayoría de los estrenos a través de una sola suscripción o si permite a las plataformas de comunicación audiovisual adquirir a la vez señal y contenido ayudando a crear un único mercado comprensivo de telecomunicaciones y audiovisual sobre plataforma terrestre, comunicaciones móviles, etc.). Sin embargo, el mismo factor antes comentado del poder de mercado del lado de la oferta determina que haya pocas posibilidades de apreciar eficiencias, toda vez que faltará uno de los presupuestos, como es el de la participación equitativa de los consumidores en las mismas, y que la tendencia será la de incrementar los precios que soportan en el tramo final de la cadena de valor.

Fuera de los mercados de los contenidos, pero en estrecha relación con ellos, estas prácticas tienden también a reproducirse en el ámbito de las relaciones entre distribuidores de películas y exhibidores de las mismas en salas de cine.

Sobre este particular, como se pone de manifiesto en la obra de GRETEL (*“El Sector Audiovisual y su Evolución. La explotación de los contenidos audiovisuales en la transición a los nuevos medios digitales. Creación e industria de contenidos, escenarios y retos futuros del sector TIC, propiedad intelectual y derechos de los usuarios”*; editado por el Colegio de Ingenieros de Telecomunicación; Madrid, 2005; disponible en <http://www.coit.es>; Págs. 19 y Ss.), de acuerdo con el sistema económico clásico del sector cinematográfico, éste englobaría las siguientes actividades:

- *“Producción: desarrollada por las empresas productoras y otras empresas auxiliares. Las primeras desempeñan las labores concretas de organizar y orientar el proceso de producción, buscar los factores productivos y la financiación necesaria, mientras que las segundas se encargan de otras tareas accesorias o complementarias como, p.e., los estudios de sonorización.*
- *Distribución: realizan la labor de intermediación comercial, es decir se sitúan entre las empresas productoras y las exhibidoras. Antes, pertenecían a empresas productoras aunque, hoy en día, también trabajan con productoras independientes. Suelen ocuparse del número de copias y de la promoción.*
- *Exhibición o consumo: hacen posible el «consumo» de una determinada película, generalmente mediante la disposición de un local apropiado (cine).”*

En España, existe una queja generalizada sobre la presencia de prácticas abusivas en la relación distribuidor-exhibidor. El *block booking* es una estrategia tradicional de negociación en la que se obliga al exhibidor a adquirir, junto con una película de elevada capacidad de recaudación, un conjunto de las que podrían ser calificadas como de serie-B, asegurándose de este modo la distribución de productos con escaso poder de atracción. Teóricamente esta práctica conduce a una distribución de costes y riesgo entre productor y distribuidor que de otra manera quedaría en manos del distribuidor (V. Sánchez Santos, J M; Dopico Castro, J A; Pena López J A: *“El sector de la distribución/exhibición cinematográfica en Galicia desde el punto de vista de la competencia”*; Informe elaborado para el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia; Nov. 2006).

4) Asignación de cliente exclusivo

En las anteriores Directrices de restricciones verticales, dentro del grupo de distribución limitada, se incluían una serie de restricciones verticales en las que lo característico era que, en su virtud, el proveedor, en nuestro caso de contenidos, sólo los vendía a un cliente (difusor o intermediario de derechos) o a un grupo reducido de clientes. Se trataba de la distribución exclusiva, de la asignación exclusiva de clientes, del suministro exclusivo y de la distribución selectiva.

En las nuevas Directrices de 2010 cada una de estas restricciones son, sin embargo, objeto de un trato independiente. La distribución exclusiva, que se daría si, p.e., un proveedor de contenidos los suministrase a un intermediario para que los revendiera en determinado territorio bajo la condición de que no los revendiera en otro territorio diferente, también asignado en exclusiva, no tendría, a nuestros efectos de exponer la problemática de los mercados españoles de contenidos, un excesivo interés, pues, al fin y al cabo, todos los contenidos se comercializan sobre la base del mercado nacional español, sin compartimentaciones por territorios {Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.2. Distribución exclusiva” (Págs. 352 y ss.)}.

La distribución selectiva, que se daría si ese mismo proveedor suministrase sus contenidos únicamente a los clientes, explotadores de una plataforma de comunicación audiovisual o intermediarios, que reunieran ciertas condiciones, aún siendo teóricamente imaginable, p.e., el alcanzar determinados niveles de audiencia, en el caso de una cadena en abierto, no tendrían, en cambio una excesiva virtualidad en los mercados españoles de los contenidos {Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.4. Distribución selectiva” (Págs. 354 y ss.)}.

Si podría tener un mayor sentido la asignación exclusiva de clientes. En un acuerdo de asignación de cliente exclusivo, el proveedor acuerda vender sus productos solamente a un distribuidor para la reventa a un grupo particular de clientes. Al mismo tiempo, el distribuidor se ve generalmente limitado en su venta activa a otros grupos de clientes (asignados en exclusiva) (núm. 168 de las Directrices) {Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; “§4. La evaluación de acuerdos individuales que no cumplan con las condiciones del Reglamento 2790/99” (Págs. 350 y ss.); “§ 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “4.3. Asignación de cliente exclusivo” (Págs. 354 y ss.)}.

En contenidos *Premium* deportivos, lo anterior no se daría en el mercado primario de venta de derechos por los clubes, que los venden en bloque a un único comprador. Sin embargo, si

se darían aguas abajo cuando el *pool* o el revendedor cediera los derechos con respecto a cada una de las diversas plataformas de comunicación audiovisual, pero no a las restantes que serían también objeto de asignación exclusiva. Téngase en cuenta que ni las Directrices, ni el Reglamento de Exención por Categorías limitan la manera en que puede definirse un grupo de clientes exclusivo, pudiendo basarse en cualesquiera criterios. En el resto de contenidos, *Premium* o no, aún cuando lo anterior podría también darse, no llegaría a tener tanta trascendencia.

No obstante, aún el caso de los contenidos *Premium* deportivos, sería improbable que lo anterior pudiera considerarse una restricción vertical de esta clase, si consideráramos que los derechos para cada una de esas plataformas podrían dar lugar a mercados separados de modo que internautas, televidentes y usuarios de telefonía móvil resultarían ser clientes finales en mercados distintos y que igual sucedería con los compradores de derechos en los mercados intermedios para cada una de esas plataformas. Y, aun suponiendo, que se tratara de un mismo mercado, ya se dejó expuesto que la comercialización de derechos de modo separado para cada plataforma se considera en estos mercados una práctica procompetitiva por las autoridades europea y española de la competencia.

5) Suministro exclusivo

El suministro exclusivo se da si el proveedor de contenidos de cierta clase se ve obligado o inducido a venderlos única o principalmente a determinado organismo de radiodifusión o plataforma de comunicación audiovisual para su emisión o a un intermediario de derechos para su reventa.

Probablemente, la primera Decisión en la que la Comisión llegó a manifestar con claridad que los acuerdos sobre derechos exclusivos de televisión podían ser contrarios a las normas comunitarias sobre competencia en función del número y duración de los derechos cedidos, fuera la decisión 89/536/CEE de 15 de septiembre de 1989 (IV/31.734 - Adquisición de películas por parte de cadenas de televisión alemanas; Diario Oficial n° L 284 de 03/10/1989 P. 0036 - 0044). Se trataba de un supuesto de colusión vertical consistente en unos pactos inscribibles dentro del antiguo grupo de distribución limitada (suministro exclusivo) materializado en unos acuerdos – “*Library Licence Agreement*” - entre la entonces primera cadena de TV alemana “*Erste Deutsche Fernsehen*” (grupo ARD) y un *major* norteamericano, *Metro-Goldwyn Mayer United Artists Entertainment Co. (MGM/UA)* en virtud del cual se cedían los derechos sobre 1350 películas seleccionadas por un plazo general de 15 años. En general, ARD adquiría el derecho exclusivo a difundirlas en alemán dentro de la República Federal Alemana (sin posibilidad de cesión a terceros) y a ceder licencias a terceros fuera de este último territorio salvo, en cuanto a esta última posibilidad, las películas de *James Bond* (“*James Bond Agreement*”).

En ese momento (1984) acababa de desmantelarse en Alemania el monopolio público televisivo, de modo que, junto a las cadenas públicas ARD y ZDF, había otras privadas, fundamentalmente, “*SAT 1*” y “*RTL Plus*”. La TV de pago se encontraba en pruebas. Para competir con las cadenas públicas, que obtenían una doble financiación a través de ayudas públicas e ingresos por publicidad, las privadas debían obtener, por la vía de una programación atractiva, altos niveles de audiencia sobre los que sustentar sus ingresos publicitarios. En este sentido, los derechos sobre largometrajes eran esenciales y los acuerdos verticales entre ARD y MGM/UA podían dañar el juego de la competencia. No obstante, dichos acuerdos podían también originar una serie de eficiencias, pues mejoraban la

distribución y disponibilidad de películas dentro del mercado alemán, entre otros motivos facilitando el doblaje, con el consiguiente beneficio para los consumidores, con lo que se concedió la exención por la Comisión, si bien sobre la base de unos acuerdos previos que permitían el acceso de los terceros a los contenidos de modo no discriminatorio.

Las restricciones verticales pueden así adoptar la forma de una obligación de suministro exclusivo, limitando al proveedor a que venda solamente a un comprador a efectos de reventa o para un uso de comunicación audiovisual, pero por ejemplo también puede adoptar la forma de obligación del proveedor de venta de una cantidad fija, acordándose los incentivos entre el proveedor y el comprador, lo que hace que el primero concentre sus ventas principalmente con un comprador (núm. 192 de las Directrices).

Lo primero tenderá a darse en el caso de los contenidos *Premium*; lo segundo tenderá a darse más en el caso de contenidos sin ese valor *Premium* y con un mayor valor de venta al por mayor. En el caso de contenidos *Premium* deportivos es casi consustancial que un Club ceda los derechos en exclusiva al adquiriente originario, como lo es también que en niveles posteriores se cedan también en exclusiva los derechos sobre determinados partidos. Del mismo modo se da el suministro exclusivo en contenidos *Premium* cinematográficos y puede llegar a darse, aunque tenga un menor interés que en estos casos, en el suministro de contenidos sin valor *Premium*.

En cuanto a los *efectos* contrarios al libre desenvolvimiento de la competencia derivados de esta clase de acuerdos verticales, comentar:

- 1.º **Efecto de exclusión en el mercado de compra del insumo.** El suministro exclusivo puede llegar a excluir a competidores reales o vetar a competidores potenciales en los mercados de compra de derechos deportivos, cinematográficos o no *Premium*. El poder del comprador en el mercado de compra de esos derechos será un factor a tener muy en cuenta a la hora de precisar el riesgo de exclusión del mercado de compra. Así, en derechos deportivos, ese riesgo será máximo, sobre todo en el mercado de compra de derechos a los clubes donde el *pool* se encuentra en posición de excluir a otros compradores originarios, ya sean difusores o *brokers* de derechos. Del mismo modo, en contenidos *Premium* cinematográficos, principalmente para TV de pago, dada la posición de *Sogecable*, que le permite excluir a otros compradores. En cambio, en derechos sobre contenidos no *Premium*, donde existe una mayor oferta, los riesgos de exclusión del mercado de compra no serían tantos.
- 2.º **Efecto de exclusión en el mercado descendente.** No obstante lo anterior, las Directrices sobre restricciones verticales no cifran los problemas de competencia en ese poder de compra que pueda incidir en exclusiones del mercado de compra, sino en la existencia de poder de mercado del comprador del insumo en el mercado descendente en el que vende sus productos o servicios.

Lo anterior tiende a darse en las cláusulas de suministro exclusivo con incidencia en los mercados españoles de contenidos. En *Premium* deportivos, *AVS* o *Mediapro* pueden disfrutar de más del 30 % del mercado de compra de derechos a los clubes y, asimismo, de más del 30 % del mercado de reventa de derechos sobre partidos (siendo estos los umbrales que para las Directrices – núm. 194 – determinan la existencia de problemas de competencia). En *Premium* cinematográficos, *Sogecable*, rebasa esos mismos umbrales en el mercado de compra de los derechos y en el posterior de la TV de pago.

Y, en general, se sienta en las Directrices que “*si una empresa ocupa una posición dominante en el nivel inferior del mercado, cualquier obligación para suministrar los productos exclusiva o principalmente al comprador dominante es fácil que surta efectos anticompetitivos graves*”, por lo que cualquier cláusula de suministro exclusivo de contenidos no *Premium* concertada por la dominante en TV de pago, *Sogecable*, podría plantear problemas de competencia (recordemos que en el mercado español de la TV en abierto no habría posiciones dominantes individuales).

- 3.º **Creación de un entorno favorable a la colusión.** Cuando la mayoría o todos los proveedores que compiten entre sí limitan el número de minoristas, se puede facilitar la colusión, ya sea entre los distribuidores o los proveedores. Por ejemplo, partiendo de un mercado de los contenidos *Premium* de cine con una decena de grandes estudios norteamericanos como principales proveedores de los mismos, de los que la mitad los suministrarán en exclusiva a una plataforma de TV de pago por satélite y la otra mitad a otra de TV de pago por cable, tal estado de cosas será probable que degenera en situaciones de colusión horizontal tanto en el nivel de los *majors* proveedores como de las plataformas de TV de pago distribuidoras. Esa colusión se traducirá, como es lógico, en la rigidez de los precios. Así, en la Sentencia *Metro* el TJCE mostró su preocupación por este problema: “*the Commission must ensure that the structural price rigidity in a selective distribution network is not reinforced, as might appear if there were an increase in the number of selective distribution networks for marketing the same product*” Caso 26/76, parr. 22.

Así pues, al entrañar la limitación del número de compradores de contenidos, las cláusulas de suministro exclusivo pueden propiciar la colusión en el nivel de los proveedores o en el de los clientes (así en la comercialización de contenidos *Premium* deportivos se habría percibido claramente la colusión horizontal entre los clubes en el mercado primario de la oferta de derechos implantando el derecho de veto y la de *Mediapro* y *AVS/Sogecable* en los mercados posteriores en los que se repartieron los derechos para TV de pago y en abierto; también resulta clara la colusión horizontal entre los grandes estudios en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos).

- 4.º **Limitación de la competencia intramarca.** Pueden, también, limitar la competencia intramarca para la distribución de los contenidos (p.e., en el caso más extremo de la cláusula de suministro exclusivo de contenidos *Premium* a cierto difusor ello supondrá la total eliminación de la competencia intramarca entre distribuidores de los contenidos suministrados en exclusiva), lo que, a su vez, puede contribuir a restringir la competencia intermarcas en el nivel descendente de los servicios de difusión, porque al verse privados determinados difusores de esos contenidos ello podría llegar a restringir la competencia intercadenas en esos mercados descendentes (p.e., la exclusión de *ONO* del mercado de la TV de pago).

Así, la reducción de la competencia intramarca puede dar lugar, a su vez, a que se debilite la competencia intermarcas. Tomando el ejemplo, real en nuestro país, de la existencia de suministro exclusivo por parte de los más importantes *majors* norteamericanos a favor de *Sogecable* (lo que se ha tachado de “corralito digital”), cabría diferenciar entre un primer efecto de lo anterior – la supresión de la competencia intramarca para la distribución de los contenidos *Premium* cinematográficos comercializados por esos grandes estudios – y una ulterior consecuencia, a saber la de

la reducción de la competencia intermarcas en el mercado descendente de la TV de pago entre *Digital Plus* y *ONO*.

En cuanto a los **factores pertinentes** para la valoración de esos efectos anticompetitivos habría que destacar los siguientes:

- a) **Duración**. Cualquier acuerdo de suministro exclusivo por plazo superior a los 5 años será considerado anticompetitivo, aunque sea a favor de empresas no dominantes. Entre los 1 y los 5 años de duración, habría que sopesar cuidadosamente los efectos anticompetitivos. Estos umbrales temporales se encuentran en sintonía con los impuestos por las autoridades españolas de la competencia (caso *AVS III*, caso *Sogecable*, etc.).
- b) **Poder de compra**. Respecto al factor pertinente del poder de compra de los competidores en el mercado de compra, el mismo sería prácticamente imperceptible en los ejemplos a que nos hemos venido refiriendo. Si podría observarse lo anterior como factor procompetitivo en el mercado de compra de derechos a los clubes por la competencia entablada entre *Mediapro* y *AVS/Sogecable*, pero condicionado a que no se produzca colusión entre ellas aguas abajo en el reparto de derechos para emisiones en abierto y de pago, como llegó a suceder.
- c) **Barreras de entrada**. Otro factor importante es el de la existencia de barreras de entrada al mercado de la venta del insumo. P.e., en contenidos no *Premium*, la existencia de otros muchos oferentes restaría importancia a una cláusula de suministro exclusivo a favor de determinada plataforma de comunicación audiovisual. En cambio, en contenidos *Premium* cinematográficos, la ausencia de esos mismos proveedores alternativos los agravaría. En *Premium* deportivos la situación sería algo más peculiar. La existencia de muchos clubes vendiendo sus derechos sería desde luego un factor procompetitivo, sin embargo, el mismo queda en nada a consecuencia de la mecánica del derecho de veto del club visitante que induce a que exista una única plataforma compradora. Aguas abajo, en los mercados de reventa de derechos la ausencia de proveedores alternativos de derechos sobre partidos para cada mercado (TV de pago, TV en abierto, etc.) sería, ya sí, irrefutable.
- d) **Poder de mercado**. En cuanto al poder de mercado de los proveedores, habría que destacar lo que sigue. El mismo no resulta especialmente destacable en el caso de acuerdos de suministro exclusivo de contenidos no *Premium*, ya hablemos de canales temáticos ya de obras audiovisuales para TV. En el mercado de la venta de derechos deportivos por los clubes, estos cuentan con poder de mercado, ya sea porque se trata de clubes grandes, ya por el derecho de veto reconocido a los pequeños, ya, en fin, porque estos últimos se coaliguen para conformar plataformas de venta conjunta de derechos. Del mismo modo, disfrutarían de poder de mercado *AVS/Sogecable* o *Mediapro* en los mercados posteriores de la reventa de derechos sobre partidos, aunque aquí, el suministro exclusivo no se hace necesario, al tender a darse a favor de sus plataformas de difusión vinculadas. Indudablemente también, los grandes estudios de *Hollywood* disfrutaban de ese poder de mercado en el mercado español de la venta de derechos *Premium* cinematográficos.

En estos casos citados de existencia de poder de mercado de los proveedores de contenidos *Premium*, la convivencia del poder de mercado del proveedor con el poder

de mercado del comprador o cliente puede conducir a que la cláusula de suministro exclusivo (el proveedor sólo suministra al cliente) coexista con otra de no competencia (el cliente se surte sólo del proveedor).

Desde su enfoque crítico de toda la sistemática del Reglamento de Exención por Categorías - a tenor del cual los acuerdos verticales no tendrían que ser incluidos en el Art. 101.1 TCEE y sólo, en el caso de ser protagonizadas por empresas con poder de mercado (= a posición dominante en su planteamiento) podrían ser examinadas desde el punto de vista del abuso de posición dominante – se refiere el Profesor Alfaro (Ibídem; Págs. 16 y ss.) a esta restricción vertical de la cláusula de no competencia, incluida entre las especialmente graves conforme al citado Reglamento.

Para este autor, cuando de lo que se trate sea de que varios proveedores se ponen de acuerdo para excluir a algún competidor del sistema de distribución en que aquellos se vienen basando, puede estar justificada la apreciación de un acuerdo horizontal o cártel entre esos proveedores y que dicha práctica quede abarcada como práctica colusoria del Art. 101.1. Sin embargo cuando sea un único proveedor el que acuda a este planteamiento (salvo que el mismo esté en posición dominante y pueda entenderse que se dan los requisitos del abuso) yerra el legislador comunitario al considerar la existencia de colusión. En efecto, en este caso, el proveedor que quiera que su distribuidor no distribuya también los productos de un competidor deberá compensar económicamente al distribuidor por la pérdida de beneficio derivada de no poder distribuir la marca competidora. De esta manera, si por un lado, el proveedor vería mejorada su posición competitiva por la ausencia dentro del establecimiento de los productos del competidor, por otro, la vería empeorada al tener mayores costes derivados de ese sacrificio económico. Lo anterior sirve al citado Profesor para concluir que el Reglamento invierte el sistema de regla-excepción (lo correcto sería entender que los acuerdos verticales no tendrían que ser ilícitos; sólo de ser protagonizados por empresas dominantes habría que plantearse su ilicitud y, consecuentemente, la posibilidad de eficiencias).

Más que en contenidos *Premium* deportivos, esta situación podría imaginarse en los cinematográficos. P.e., *Telefónica* anunció en abril de 2011 la firma de un acuerdo con *Twentieth Century Fox Home Entertainment* a través del cual sus filiales *Imagenio* y *Videoclub Movistar* incorporarían a su catálogo todas las películas de estreno del conocido estudio cinematográfico estadounidense, filial de *News Corp.* La operadora señalaba que su servicio de televisión de pago contaba con más de 788.000 clientes en España y una cuota de mercado del 19 % desde finales de 2010. A la vista de estos datos el anterior acuerdo vertical no tendría que suscitar problemas de competencia.

- e) **Homogeneidad de los productos.** La homogeneidad de los productos será también factor pertinente y supondrá que los riesgos de exclusión del mercado de compra sean mayores en el caso de contenidos *Premium*, con un mayor valor diferenciador o de marca que los hace menos sustituibles, que en el de los contenidos no *Premium*.
- f) **Eficiencias.** Finalmente, es cierto que los acuerdos de suministro exclusivo pueden propiciar eficiencias cuando el cliente se ve obligado a afrontar determinadas inversiones cautivas, sin embargo, lo anterior no tiende a darse en los mercados de los contenidos en los que el comprador de derechos no se ve en la necesidad de afrontar

inversiones especialmente fuertes a fin de revenderlos o de explotarlos (de esta circunstancia advirtió el CCNC en el caso *AVS III*).

6) Mantenimiento del precio de reventa

En cuanto al grupo de mantenimiento del precio de reventa, dentro de la colusión con repercusiones en los mercados de los contenidos será posible, asimismo, que se den todas las restricciones verticales inscritas en este grupo cuando nos encontremos con proveedores de contenidos con una posición de fuerza tal que les permita recomendar a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual precios de comercialización de los contenidos (sobre todo en TV de pago y, más aún, en pago por visión) o de los servicios publicitarios (principalmente, en TV en abierto) o a los *brokers* de derechos precios de reventa de los mismos; o, cuando ese poder de mercado sea aún más intenso, fijar precios máximos, mínimos o fijos en la distribución de contenidos o en la comercialización de los servicios de publicidad televisada.

No obstante, ciñéndonos a la realidad del mercado español, la ausencia de poder de mercado de los proveedores de contenidos para TV en abierto y de los proveedores de contenidos no *Premium* para TV de pago, haría concebible lo anterior sólo en el caso de proveedores de contenidos *Premium* deportivos o cinematográficos para TV de pago. La historia de estos mercados tampoco muestra, sin embargo, que hayan llegado a darse en nuestro caso estas restricciones verticales, aún cuando teóricamente sea posible. En lo demás valdría con remitirse al estudio de estas restricciones realizado a propósito del mercado de los servicios finales de TV de pago.

El mantenimiento del precio de venta puede también ser resultado de una práctica colusoria horizontal. De lo anterior encontramos el ejemplo reciente (*vid supra*) de la distribución de películas para su exhibición en salas de cine por parte de las *majors* norteamericanas.

En los nueve primeros meses de 2006, *Fox*, *Buenavista*, *UIP*, *Sony* y *Warner* llegaron a hacerse con el 80 % (unos 360 millones de euros) de la taquilla según datos de la *Federación de Cines de España*, lo que suponía un incremento de más de 11 puntos porcentuales con respecto al año anterior.

En este contexto habría que situar la ya referida resolución del TDC en el Expte. 588/05, Distribuidores Cine, condenando a las productoras *UIP*, *Fox*, *Sony*, *Disney* y *Warner* a pagar cada una de ellas una multa de 2.400.000 euros por haber formado un oligopolio que fijaba a los exhibidores los precios a los que debían comprar las películas y los paquetes (junto a una película buena colocaban varias malas).

Guardan interés ciertas reflexiones del TDC: “*En cuanto a la imputación de que son objeto las cinco empresas distribuidoras imputadas, a la que corresponden los hechos que se declaran probados en el número 5 del apartado de Hechos Probados, los mismos son legalmente constitutivos de una infracción del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto suponen la existencia de un acuerdo entre dichas empresas para uniformizar las condiciones de contratación utilizadas por cada una de ellas en sus relaciones comerciales con los exhibidores cinematográficos, limando considerablemente, cuando no anulando, la competencia entre los principales operadores del sector de la distribución en España mediante la fijación de precios y condiciones comerciales prácticamente idénticas las unas de las otras; [...] Partiendo de este dato, es preciso*

destacar que la conducta descrita es una de las más graves que pueden darse en contra de la competencia, en cuanto constituye una concertación horizontal entre los operadores más destacados, con una cuota superior a 2/3, del mercado de la distribución cinematográfica, produciendo el pernicioso efecto de eliminar completamente toda posibilidad de competencia entre ellas en el segmento más destacado de su explotación, el de los grandes estrenos, con efectos verticales al limitar las posibilidades de competencia entre exhibidores e impidiendo trasladar a los consumidores los efectos finales de una competencia efectiva en el sector. Estos efectos son más graves si se tiene en cuenta que la conducta sancionada acentúa aún más la situación de asimetría original entre distribuidores y exhibidores que, ya por sí misma limita la capacidad de negociación de estos últimos”.

v) Ante acuerdos de cooperación horizontal

Como destaca Eduardo Galán Corona (*“Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España”*; Cap. IV del Vol. I; Págs. 174 y ss.; Bosch; Barcelona, 2005), los modelos de reacción de los ordenamientos *anti trust* frente a las prácticas colusorias no son uniformes, pudiendo distinguirse: **(i)** el modelo de prohibición absoluta sin excepciones de la *Sherman Acto* (Sección 1ª), en el que su rigor se matiza por aplicación de la *rule of reason*; **(ii)** el modelo de abuso, en el que las prácticas colusorias sólo se prohíben cuando den lugar a abusos de posición dominante; y **(iii)** el modelo intermedio seguido por el derecho europeo y español de prohibición con exceptuación, donde dicha prohibición puede quedar sin efecto cuando concurren eficiencias, ventajas o beneficios que neutralizan el efecto u objeto anticompetitivo inicial.

En este último modelo intermedio, la prohibición opera en todo caso, sin necesidad de declaración de las autoridades de la competencia. Sin embargo, la aplicación de la exceptuación permite dos submodelos, a saber: **(i)** que la exceptuación exija una previa declaración de la autoridad de la competencia (sistema de prohibición con reserva de autorización o de prohibición salvo autorización expresa); **(ii)** que la exceptuación se aplique automáticamente sin necesidad de autorización de las autoridades de la competencia (sistema de prohibición con excepción legal).

Lege ferenda, puede ser defendible un diferente tratamiento para la colusión vertical y para la horizontal en el caso de que los acuerdos horizontales se sometan a un sistema de prohibición salvo autorización expresa, pues, en este caso, puede estar justificado apartar de ese régimen los acuerdos verticales que, al gozar de la presunción de ser beneficiosos para la competencia, habrían de entenderse autorizados salvo expresa prohibición de las autoridades de la competencia. No obstante, con el nuevo planteamiento introducido en 2003 tanto los acuerdos verticales como los horizontales quedan sometidos a un sistema común de autoevaluación por las partes. Esta evaluación, por lógica, tendría que llevar a que fuera mayor el número de acuerdos verticales adoptados por las empresas que el de horizontales: en primer lugar, porque será más probable que los primeros queden cubiertos por una exención por categorías que, en su caso, es mucho más amplia; en segundo lugar, porque, gozan de una presunción de ser procompetitivos de la que carecen los horizontales y que hará más fácil su inclusión dentro del Art. 101.3.

Los perfiles del sistema europeo de prohibición con excepción legal resultan de los Aps. 1 y 2 del Art. 1 del Reglamento 1/2003, que dispone: *“1.Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria*

decisión previa alguna a tal efecto. 2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”.

Como dice el mismo Galán (*Ídem*, pág. 175): “Los apartados 1 y 2 del Art. 81 – hoy 101- no se aplican en momentos distintos, sino simultáneamente y sin necesidad de ninguna declaración previa: un acuerdo, decisión o práctica concertada está prohibido si, incurso en el apartado 1, no cumple las condiciones del apartado 3 del Art. 101 y no estará prohibido si, a pesar de estar incurso en el apartado 1 del aludido precepto, cumple las condiciones del apartado 3 del mismo [...] La autoridad antitrust no va a intervenir a priori para declarar o autorizar la excepción; ésta se produce automáticamente (si se reúnen las condiciones precisas) y la autoridad antitrust se reserva la potestad de verificar a posteriori la correcta aplicación de la norma”.

Los derechos internos tienden a adaptarse al nuevo sistema europeo. En el caso del Derecho Alemán, fue derogada la Ley que disponía el sistema de prohibición salvo declaración expresa *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (véase para un planteamiento crítico de esta reforma Schultze/Pautke/Wagener (2001), *Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen. Praxiskommentar*, Recht und Wirtschaft, Heidelberg y Zimmer (2005), “Ende gut, alles gut?- Bemerkungen zur 7. GWB Novelle”, *WuW*, 7/8). Bajo esa sistemática, y como se ha apuntado ya, la sección 1 de la Ley prohibía los acuerdos horizontales, pero en la 14 se presumía la licitud de los acuerdos verticales salvo que restringieran la libertad de alguna de las partes del acuerdo para fijar precios u otras condiciones contractuales en sus relaciones con terceros. Con la derogación de esta norma todos los acuerdos – verticales u horizontales – quedan sujetos a un sistema de prohibición con excepción legal en el que los propios agentes económicos habrán de evaluar, sin necesidad de declaración expresa de las autoridades de la competencia, si la práctica inicialmente prohibida queda legitimada por la existencia de exención individual o por categorías.

En el caso del Derecho Español anterior a la Ley vigente de Defensa de la Competencia, que es la 15/2007, no se establecía, como en el alemán, una previsión conforme a la que los acuerdos verticales hubieran de apartarse del régimen general de prohibición salvo autorización expresa previsto para los horizontales, ambas formas de colusión, al menos en el plano normativo, se asimilaban. Cosa distinta era que el TDC viniera concediendo mayor número de exenciones individuales en los casos de acuerdos verticales o la mayor amplitud de la exención por categorías en este caso de los acuerdos verticales consecuencia de las remisiones en bloque a los reglamentos comunitarios realizadas por el Real Decreto 378/2003. Con la nueva Ley de Defensa de la Competencia el acomodo del derecho español al sistema comunitario de prohibición con excepción legal se ha producido en términos sustancialmente idénticos a los que acabamos de ver para el Derecho Alemán [para mayores profundidades, puede verse Zurimendi Isla, A.: “Las restricciones verticales a la libre competencia”. *Dijusa* 2006; ver también Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “*Tratado de [...] “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*”; “§ 2. Principios generales de la política comunitaria de restricciones verticales” (Págs 316 y ss); “§ 2. 3. La promoción de la descentralización y la flexibilidad procedimental. La autoevaluación.” (Págs. 319 y ss)].

Hechas la anterior introducción, de carácter más o menos general, lo siguiente sería subrayar que, al margen de la colusión vertical que dejamos estudiada en el anterior epígrafe, es perfectamente imaginable la cooperación horizontal entre dos operadores activos en un mercado español de contenidos cualquiera y que la misma no llegue a traducirse en una integración de personalidades jurídicas o concentración.

La valoración de estos acuerdos habría que hacerla desde la perspectiva que proporcionan las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (DO C 11 de 14.1.2011, p. 1/72) y teniendo en cuenta la amplia posibilidad de que se den supuestos de coordinación horizontal fuera de los casos tipificados en las mismas (acuerdos sobre I + D, acuerdos de producción, acuerdos de compra, acuerdos de comercialización y acuerdos de estandarización).

Una primera condición para que por las autoridades de la competencia tenga que llegar a evaluarse el juego de la competencia en una hipótesis de cooperación horizontal sería la de no resultar aplicable ninguna *exención por categorías*.

Dejando aparte las relativas a los acuerdos de I + D y de transferencia de tecnología, de escasa incidencia en los mercados de contenidos (salvo, tal vez, en lo concerniente al desarrollo de contenidos interactivos), podrían cobrar algún sentido las referidas a los acuerdos de especialización incluidas en Reglamento (UE) n ° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 335 de 18.12.2010, p. 43/47), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (Reglamento de exención en especialización).

Recordaremos que estos serían acuerdos horizontales entre empresas activas en un mercado de contenidos entre los que cabrían: **(i)** los acuerdos de especialización en los que una de las partes (unilateral), o las dos sobre una base de reciprocidad (recíproca), se comprometen a no producir o a dejar de producir determinados contenidos y a adquirirlos de la competidora que, a su vez, se obliga a suministrárselos; **(ii)** los de producción en común, en los que las partes se comprometen a elaborar en común determinados contenidos. Siendo condición para la aplicabilidad de la exención por categorías la de que la cuota combinada de las partes concertadas en el mercado de referencia no exceda del 20 % lo anterior, prácticamente, sólo cabría imaginarlo en el mercado español de la edición y comercialización de canales temáticos o de obras audiovisuales pues, en los otros de contenidos *Premium*, será más complicado que no llegue a rebasarse dicho umbral.

Sentado que no llega a ser de aplicación ninguna exención de categorías, lo siguiente para que resulte procedente la evaluación del juego de la competencia será la existencia de *poder de mercado*. Éste, por una serie de razones que se han dejado sobradamente expuestas al tratar de otros mercados, tiende a asimilarse al dato de que las partes concertadas en horizontal ostenten en el mercado de referencia una cuota combinada por encima del 10 %, que resultará lo más frecuente en los casos de cooperación horizontal dentro de los mercados españoles de los contenidos.

Y, pese a lo anterior, tendrán las autoridades de la competencia que entrar a conocer de un determinado asunto, aún por debajo de esos umbrales de cuota, si se trata de algunas de los acuerdos entre competidores considerados de especial gravedad en la Comunicación *de*

minimis, a saber: **(a)** fijación de los precios de venta de los contenidos a los terceros; **(b)** la limitación de la producción o de las ventas de contenidos; o **(c)** el reparto del mercado o de los contenidos. Por otra parte, y siempre que no se trate de alguno de los supuestos de especial gravedad que se acaban de mencionar, aún mediando una cuota combinada por encima del 10 % de las partes puestas de acuerdo, podría llegar a ser innecesario entrar a la valoración de los efectos anticompetitivos de la colusión horizontal cuando el IHH fuera inferior a 1.000 (p.e., diez competidores con cuotas iguales del 10 %), lo que resultará difícil en los mercados de los contenidos *Premium* y menos en los de los contenidos no *Premium*.

Desde una perspectiva más bien general, los efectos anticompetitivos derivados de la cooperación horizontal dentro de un mercado español de contenidos *Premium* tenderían a ser la atenuación de la presión competitiva entre las partes puestas de acuerdo (aún sin llegar a los niveles de las concentraciones) que, asociada a la posibilidad de que dichas partes consideraran el de la concertación como modelo económico viable en el largo o medio plazo, podría llevar a un incremento de su poder de mercado que les sirviera de estímulo para incrementar los precios, recortar la producción o rebajar la calidad de los contenidos (el signo de todos estos efectos sería el inverso de darse la colusión horizontal en el mercado de compra, de modo que las partes quedarían estimuladas para obtener de los proveedores rebajas en los precios, incrementos de la producción o de la calidad fuera de parámetros competitivos).

Inciendiando ya sobre los **factores de ponderación** de la cooperación horizontal, nos centraremos sólo en las especialidades que pudieran plantearse dentro de los mercados de los contenidos:

- (1) **naturaleza del acuerdo**: todas las restricciones horizontales de especial gravedad (limitación de la producción, fijación de precios o reparto del mercado o de los clientes) podrán, en principio, darse, siendo éste uno de los factores más importantes, sino el que más;
- (2) **estabilidad de cuotas**: será mayor en los mercados de los contenidos *Premium*, menor en el de la producción de programas y menor, aún, en el de los canales temáticos;
- (3) **barreras de entrada (competencia potencial)**: sobre todo las económicas, serán más intensas (mínima competencia potencial) en contenidos *Premium*, menos intensas (más competencia potencial) en producción de programas y menos intensas todavía (más competencia potencial aún) en canales temáticos;
- (4) **poder de compra**: será factor de ponderación sobre todo cuando la colusión horizontal se sitúe del lado de los proveedores y será mínimo en contenidos *Premium* y máximo en canales temáticos;
- (5) **naturaleza del producto**: dentro de éste cabría distinguir entre ciertas características de los contenidos audiovisuales que tenderían a atenuar los efectos anticompetitivos (su carácter de producto intermedio; la homogeneidad de los contenidos audiovisuales o el elevado precio de los derechos sobre los mismos que incitará a la búsqueda de sustitución por parte de los clientes; o la ausencia de valor de compra única) y otros que llevarían a intensificarlos (por ejemplo, el dato de tratarse de mercados maduros).

Este factor fue también analizado en cuanto que relacionado con la ponderación de los efectos anticompetitivos asociados a las restricciones verticales sin que sea del caso andar reiterando todo lo ya dicho. Sintetizando todas estas consideraciones: a *mayor carácter final del producto* (en el sentido de más cercanía dentro de la cadena de distribución al consumidor final; factor que estudiamos en sede de restricciones verticales bajo la rúbrica de “nivel de comercio”), a *mayor madurez del producto* (factor estudiado bajo la de “madurez del mercado” en esa misma sede de las restricciones verticales), a mayor *heterogeneidad del producto*, a *menor coste del producto* y a *mayor valor de compra única del producto*, mayores riesgos de restricción del juego de la competencia derivados del acuerdo horizontal.

- (6) **existencia de eficiencias**: como, por ejemplo, cuando se trate de una cooperación horizontal para el desarrollo de contenidos interactivos;
- (7) **posición de los competidores**: como ya se dijo, en los mercados de los contenidos, sobre todo los *Premium*, será frecuente que el hecho de que los competidores disfruten de importantes cuotas de mercado no sólo no sirva de estímulo para el juego de la competencia, sino que, antes bien, contribuya a crear un ambiente propicio para la colusión;
- (8) **efecto acumulativo**: cuando el juego de la competencia en el mercado de los contenidos de que se trate se encuentre ya recortado por otros acuerdos horizontales anteriores;
- (9) **duración del acuerdo**: a mayor duración del acuerdo entre los dos proveedores (o compradores) de contenidos, mayor riesgo de lesión del juego de la competencia;
- (10) **reiteración**: cuando existan antecedentes de cooperación horizontal en el pasado entre los dos operadores puestos de acuerdo;
- (11) **liderazgo de precios**: p.e., la cooperación horizontal entre *Real Madrid* y *Barcelona* en torno a los precios a fijar en el mercado primario de los contenidos *Premium* deportivos llegará a ser letal para el juego de la competencia dentro del mismo, sino existieran mecanismos de compensación como el derecho de veto del club visitante;
- (12) **costes de transferencia**: p.e., los efectos de la cooperación horizontal dentro del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos se verían agravados por la imposibilidad de que una plataforma de TV compradora de los mismos opte por otro proveedor por la existencia de los *output deals*;
- (13) **otros factores**: que la cooperación horizontal permita a las partes puestas de acuerdo impedir la expansión de los competidores o excluir a firmas innovadoras, el dominio ejercido por las partes sobre los presupuestos de la coordinación (p.e. si en un acuerdo de producción en común de obras audiovisuales comparten importantes partidas de costes), la posibilidad de que la parte que se sienta traicionada pueda activar medidas de retorsión (p.e., bajando precios), el que la práctica concertada no sea contestable por los competidores (p.e., por su débil poder de mercado), etc.

Entrando ya en el examen de *particulares supuestos de cooperación horizontal*:

- (a) **Acuerdos de I + D y de transferencia de tecnología.** Por las mismas razones que acabamos de ver para la exención por categorías, cabría prescindir de los acuerdos en I + D y en transferencia de tecnología.
- (b) **Acuerdos de estandarización.** Tampoco tendrían aquí una especial trascendencia los acuerdos de estandarización; todo lo contrario que en los medios o ventanas en los que los contenidos hayan de ser soportados, siendo ilustradora al respecto la pugna que últimamente ha venido enfrentando a *Sony* y *Toshiba* a propósito del DVD de alta definición. En la guerra de estándares entre *Toshiba* y *Sony*, la amenaza de huida de *Warner* y *Paramount* hacia el formato *Blu-ray* de *Sony*, publicada por *Financial Times*, fue motivo de inquietud en el seno de *Toshiba* y, finalmente, de la imposición del formato de *Sony* frente al HD DVD de *Toshiba*. No obstante, numerosos expertos coincidían en que la victoria en esta guerra de formatos no sería tan determinante como lo fue, en la década de los 80, el triunfo del *VHS* de *Philips* sobre el *Betamax* de *Sony*, en la disputa de los sistemas de vídeo. El motivo, la dura competencia ejercida sobre el DVD por otras ventanas, a saber, los servicios de venta y alquiler de contenidos audiovisuales a través de Internet (Fuente *iSuppli*).
- (c) **Acuerdos de producción.** Así las cosas, de los acuerdos horizontales previstos en las Directrices sobre restricciones horizontales, los de una mayor virtualidad en los mercados españoles de contenidos podrían ser los de producción, los de compra y los de comercialización.

Bajo la denominación de acuerdos de producción quedarían englobados, además de otros de menor importancia ahora, los acuerdos de subcontratación en los que una parte (el “contratista”) encarga a otra (el “subcontratista”) la producción de un bien. Dentro de estos acuerdos de subcontratación, interesan ahora especialmente los acuerdos horizontales de subcontratación, que se celebran entre empresas que operan en el mismo mercado de producto con independencia de si son competidores reales o potenciales. Entre ellos se incluyen los acuerdos de especialización unilaterales y recíprocos, así como los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción.

Los de especialización unilateral o recíproca son los que se refirieron al mencionar la exención por categorías. En tales acuerdos de especialización, una de las partes (unilateral), o las dos sobre una base de reciprocidad (recíproca), se compromete a no producir o a dejar de producir un producto o servicio y a adquirirlos de la competidora que, a su vez, se obliga a suministrárselos. En los acuerdos de subcontratación con objeto de ampliar la producción el contratista encarga al subcontratista la producción de un bien, mientras que el contratista no cesa o no limita al mismo tiempo su propia producción del bien.

Cualquiera de los anteriores acuerdos cabría, en teoría, que se diera dentro de un mercado de contenidos dado en España, principalmente, en contenidos no deportivos (*Premium* cinematográficos, obras audiovisuales y canales temáticos), pues en éstos podrían carecer de sentido. Cabría igualmente que se diera cualquier otro acuerdo de producción conjunta que, igualmente, quedaría cubierto por las Directrices, con las mismas salvedades que se acaban de citar. Por otro lado, como en el caso de contenidos

no *Premium*, lo más probable sería la aplicación de la exención por categorías, nuestro estudio terminaría por quedar limitado a los acuerdos de producción conjunta en el mercado español de los contenidos *Premium* cinematográficos.

Los mercados indirectamente afectados – “*spill-over markets*” – son mercados anteriores, posteriores o adyacentes al de referencia y estrechamente relacionados con este último, de modo que la cooperación en él llevara necesariamente a la cooperación de las partes también en estos mercados indirectamente afectados. En estos casos, mercado de referencia sería el de contenidos al que viniera referido el acuerdo, a saber, el español de los contenidos *Premium* cinematográficos. Aunque cabría que también otros ámbitos salieran afectados, p.e., el mercado descendente de la difusión televisiva, lo anterior no llegaría a concretarse pues quienes producen los contenidos, los grandes estudios, no tendrían presencia en ese mercado descendente.

Los efectos que de un acuerdo de producción en el mercado español de contenidos *Premium* cinematográficos cabría que se derivaran serían, básicamente, los siguientes. En primer lugar, una atenuación de la presión competitiva entre las partes del acuerdo horizontal, en su papel de proveedores de contenidos, que les puede conducir a coordinarse en el precio o en otros parámetros competitivos (calidad, novedad, etc.) de los contenidos producidos y a resultados colusorios, en especial, si tal acuerdo lleva a que compartan información importante o partidas de costes también importantes.

En segundo lugar, un acuerdo de producción puede permitir a las partes excluir a los competidores en los mercados descendentes, incrementando los costes de estos. A diferencia del anterior, este efecto no tiene su origen en una relación competitiva entre las partes, sino en una situación de poder de las mismas en un mercado anterior que les permite incrementar los costes de sus competidores en el posterior. Sin embargo, por la ya mencionada ausencia de los grandes estudios en los mercados descendentes, no cabría plantearse.

Los acuerdos que implican fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado o los clientes restringen la competencia por el objeto, al ser constitutivos de cártel (ver más arriba). Sin embargo, lo anterior no se aplica a los acuerdos de producción cuando se cumplan determinadas condiciones, como, por ejemplo, la de que las partes se pongan de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción, por ejemplo, sobre su capacidad y volumen, y siempre que no resulten afectados otros parámetros competitivos. Esta situación resulta perfectamente imaginable en el caso de acuerdos de producción en los mercados españoles de los contenidos *Premium* cinematográficos.

Sería respecto de estos acuerdos de producción en los mercados españoles de los contenidos *Premium* cinematográficos, que escapan de la definición del cártel, que habría que plantearse la aplicabilidad de las Directrices. Sólo en el caso de disfrutar de poder de mercado, tendrán las partes la capacidad y el estímulo para coordinar su comportamiento. En todo caso, las de 2011 son mucho menos precisas que sus predecesoras a la hora de fijar la situación de poder de mercado que, por encima de los umbrales que permiten la aplicación de la exención por categorías, determinan que el acuerdo de producción conjunta en un mercado español de contenidos sea anticompetitivo y entre en el ap. 1.º del Art. 101.

No obstante, factores como la existencia de fuertes barreras de entrada y el alto grado de concentración del mercado español de los contenidos *Premium* cinematográficos, unidos a la permanencia de cuotas de mercado elevadas de las partes en el tiempo, el hecho de que las partes del acuerdo sean competidoras cercanas, la dificultad de sus clientes (plataformas de TV de pago) para cambiar de proveedores, etc. determinarían esos efectos anticompetitivos. Estos factores, unidos a otros ya mencionados (importantes partidas de costes compartidas, por lo costoso de las grandes superproducciones, e intercambio de información), alimentarían la colusión.

Finalmente, aún cuando teóricamente cabría que un acuerdo de producción conjunta como el que nos planteamos generara eficiencias (ahorro de costes de producción, mejora de la calidad de las películas, etc.), muy probablemente no resultaría de aplicación el Art. 101.3 por varios motivos, entre los que podrían citarse lo improbable de que llegara a hacerse a los consumidores partícipes de tales ventajas, dado el poder de mercado y la actuación de los grandes estudios.

- (d) **Acuerdos de compra.** En cuanto a los acuerdos de compra (núms. 194 y ss. de las Directrices), los mismos podrían tener una importancia vital en los mercados de los contenidos *Premium* como única vía para reforzar el poder de compra y compensar así el poder de mercado de los proveedores. Por otra parte, los mismos carecen de sentido en los mercados no *Premium*, en los que los proveedores carecen de poder de mercado, situándose el mismo, más bien, del lado de la demanda. Si pensamos en los mercados *Premium* en España, sin embargo, no parece que los acuerdos de compra conjunta tengan una excesiva actualidad.

En contenidos *Premium* cinematográficos, aunque ha llegado a especularse con las alianzas entre *Telefónica* y *Sogecable (Trio Plus)*, entre cuyos efectos podría encontrarse el de reforzar su poder negociador de cara a los *majors* norteamericanos, lo cierto es que las mismas no han llegado a cuajar. En *Premium* deportivos, si bien es cierto que los acuerdos de compra conjunta podrían cobrar todo el sentido con vistas a reforzar el poder negociador del lado de la demanda frente a los clubes vendedores de los derechos, lo cierto es que, en España, se han articulado otros mecanismos alternativos. En efecto, la implantación del derecho de veto del club visitante crea una dinámica (ver más arriba) en la que la plataforma única de adquisición o *pool* de derechos va reforzando progresivamente su poder negociador a medida que va adquiriendo más y los más importantes derechos, lo que llega a hacer innecesario, en este nivel, cualquier acuerdo de compra. En niveles posteriores, sublicencia de derechos sobre partidos, tampoco es que esta clase de acuerdos de cooperación horizontal cobren una excesiva relevancia, por varias razones: o bien el *pool* sublicencia a su entidad de difusión verticalmente integrada o bien, en el caso de sublicenciar a terceros, lo normal será que cada difusor quiera adquirir los derechos sólo para sí.

- (e) **Acuerdos de comercialización.** Por último, tendríamos los acuerdos de comercialización como posibles acuerdos horizontales que cabría que se dieran dentro de los mercados españoles de los contenidos. Recordar que, dentro de estos, quedarían incluidos los acuerdos entre competidores para la promoción o publicitación de sus contenidos, para su distribución, para su venta o para la prestación de servicios postventa. De estos acuerdos, los que podrían estar dotados de una mayor importancia podrían ser los de venta o distribución conjuntas:

- i. **Distribución conjunta.** Los de distribución conjunta podrían cobrar más sentido en el caso de distribución de los *films* entre las salas de exhibición cinematográfica; menos importancia tendrían en el caso de contenidos para TV donde, más que una distribución, lo que habría es, sencillamente, un contrato entre el proveedor de los contenidos y el organismo de radiodifusión autorizando la difusión por éste de los contenidos cedidos dentro de un mercado nacional determinado. En cambio, en contenidos *Premium* deportivos, dadas las características del mercado español, no tendrían sentido los acuerdos de distribución conjunta ni en el mercado primario de venta de derechos por los clubes, ni tampoco en los posteriores de reventa de derechos sobre partidos concretos. En el caso de contenidos no *Premium*, los acuerdos de cooperación horizontal de distribución conjunta, si bien podrían llegar a darse, lo cierto es que tendrían un escaso impacto sobre el juego de la competencia, al tratarse, como ya sabemos, de mercados muy desconcentrados. A la vista de todo lo anterior, podría concluirse la escasa incidencia de los acuerdos de distribución conjunta en los mercados españoles de los contenidos.
- ii. **Venta conjunta.** En cambio, los acuerdos de venta conjunta tendrían una virtualidad indudable en los mercados españoles de los contenidos (núms. 225 y ss. de las Directrices).

P.e., en la resolución del Tribunal de la Competencia, de 1 marzo 2000 (Expediente núm. 454/1999, asunto de los espectáculos taurinos, Ponente María Jesús Muriel Alonso) se analizó un supuesto de venta conjunta. El mercado era el de los derechos televisivos y audiovisuales que correspondían a los propietarios de las ganaderías sobre las corridas de toros en las que fueran lidiadas sus reses y en los programas que incorporaran imágenes de las mismas. Mediante un contrato-tipo todos los ganaderos cedían en bloque los derechos que les correspondían a una única empresa – *Toros e Imágenes, S.L.*, - que era la que asumía todo el poder negociador del lado de la oferta con los efectos prácticos de eliminar la confluencia individual en la determinación de la oferta y la neutralización del juego de la competencia del lado de la oferta (el supuesto sería, por tanto, el inverso al de la creación de la plataforma de compra conjunta *Audiovisual Sport* en contenidos *Premium* futbolísticos).

Para el TDC, dicho contrato suponía, *de facto*, “la aparición de un nuevo mercado a propósito de la negociación de dichos derechos de imagen, con el consiguiente beneficio no sólo para ellos, sino para el conjunto de la economía al reforzar una mayor competencia entre los diferentes implicados en las retransmisiones de los espectáculos taurinos”. El periodo de cinco años previsto para dicho acuerdo se consideraba excesivo toda vez que “conduciría, a buen seguro, a una consolidación de dicha empresa intermediaria nociva para el mercado, eliminando la posibilidad de competencia en el nuevo ámbito que se crea, al unificar la oferta de los ganaderos frente a los empresarios de plaza”. Por ello se concedió la autorización singular prevista en el Art. 3.1 de la derogada Ley de Defensa de la Competencia, pero limitando a un año el plazo de la cesión en exclusiva, plazo que se entendía prudente para la consolidación del nuevo mercado.

En los acuerdos de venta conjunta, el grado de la colusión horizontal sería tan intenso como para que las partes establecieran de común acuerdo todos los aspectos comerciales relacionados con la venta del producto, incluido el precio. A la vista de lo anterior, dichos acuerdos cobrarían una especial importancia en el caso de la comercialización de contenidos *Premium* cinematográficos e incluso de los deportivos cuando dos o más clubes, especialmente los más débiles, comercializasen sus derechos de imagen de modo conjunto. En cambio, en los mercados posteriores de reventa de derechos sobre los partidos, no parece que los acuerdos de venta conjunta pudieran llegar a tener un especial sentido.

Así pues, y en conclusión, en los mercados españoles de los contenidos, los acuerdos de comercialización que podrían cobrar un mayor sentido serían los de venta conjunta de estrenos de Hollywood por parte de los *majors* y los de venta conjunta de sus derechos deportivos por parte de los clubes más modestos. En estos casos, mercados directamente afectados serían los primarios de la venta de los derechos, sin que quepa imaginar la existencia de otros indirectamente afectados en los que pudieran estar también presentes los oferentes de los mismos.

En cuanto a los efectos anticompetitivos, habría que destacar lo que sigue. Cuando el acuerdo de venta conjunta conduzca a la fijación de precios en común, a la limitación de la producción o al reparto del mercado – esto último tendría un menor sentido en los supuestos delimitados para el mercado español - lo anterior determinaría que el acuerdo hubiera de ser considerado automáticamente ilegal al tratarse de una de las restricciones consideradas como especialmente graves. Otros efectos que irían de suyo en estos acuerdos de venta conjunta se relacionarían con el dato de compartir las partes de los mismos importantes partidas de costes además de información comercial sensible.

La circunstancia de que los acuerdos de venta conjunta resulten objetivamente necesarios para que las partes del mismo puedan introducirse o permanecer en el mercado permitiría pensar en la justificación de los acuerdos de venta conjunta de sus derechos por parte de los clubes más modestos como forma de permanecer en el mercado y de obtener unos ingresos con los que afrontar en condiciones la competición. Esta circunstancia, sumada a alguna otra como, por ejemplo, la más que posible concurrencia de eficiencias, nos permitiría centrarnos sólo en los acuerdos de venta conjunta de contenidos *Premium* cinematográficos.

Partiendo de lo que acaba de decirse, para que un acuerdo de venta conjunta suponga riesgo de perturbación del juego de la competencia, es necesario que exista poder de mercado. Esta situación se considera poco probable en las Directrices (núm. 240) en el caso de que las partes del acuerdo disfruten de una cuota combinada de menos del 15 %. Siendo así, parece que cualquier acuerdo de venta conjunta de derechos concertado entre los *majors* podría llegar a entrañar una seria restricción al juego de la competencia. Para terminar, razones similares a las referidas a los acuerdos de producción conjunta conducirían a que no hubiera lugar en estos casos para las eficiencias del Art. 101.3 TFUE.

Finalmente, cabe observar que la problemática planteada desde la óptica del Derecho de la Competencia con respecto a los acuerdos de venta conjunta en

contenidos *Premium* deportivos no es, como es natural, exclusiva del mercado español. Estos problemas se plantearon también con respecto a la venta conjunta por la UEFA de los derechos sobre los partidos de la Liga de Campeones que fueron objeto de una decisión en 2003 (Op. Cit.). También se suscitó en Reino Unido y Alemania con respecto a la comercialización conjunta de los derechos sobre los partidos de la Premier League.

En el caso de la *Premier League*, la *Football Association Premier League* (sociedad privada de responsabilidad limitada constituida en 1992 e inscrita en el registro británico de sociedades cuyos accionistas eran los clubes que participaban cada temporada en la *Premier League*) era el equivalente a nuestra Liga de Fútbol Profesional. La FAPL era una asociación de empresas que tenía atribuida en exclusiva la comercialización de los derechos sobre los partidos de la *premier* en representación de las empresas integradas en ella. Éstas (los clubes) tenían vetada toda opción de comercialización individual.

El acuerdo horizontal de venta conjunta por la *FAPL* se traducía en restricciones de la competencia consistentes en la elevación de barreras de entrada en los mercados de compra de esos derechos, en los que *BSkyB* disfrutaba de una posición dominante muy clara y en los posteriores a estos últimos, sobre todo, el de la TV de pago. A consecuencia de lo anterior, la Comisión envió una comunicación a la *FAPL* en diciembre de 2002 a la vista de la cual la *FAPL* propuso una serie de compromisos cuyas líneas maestras para el periodo 2004-2007 podrían ser las siguientes:

- La *FAPL* adjudicaría los derechos tras una invitación pública a licitar.
- Los contratos con los difusores no tendrían un plazo superior a 3 temporadas.
- De acuerdo con el Reglamento de Retransmisiones de la *UEFA* (Op. Cit. Caso *UEFA*) no era posible la cesión de los derechos sobre los partidos de la jornada principal del sábado por la tarde.
- Los contenidos se desglosarían por paquetes: directo, semidirecto (difusión muy próxima en el tiempo dentro del día de la celebración del partido), momentos destacados (estos últimos sólo a disposición de los operadores de *free to the air TV*), etc. Para las temporadas 2004-2007 todos los derechos en directo fueron adquiridos por *BSkyB*.
- No sólo la *FAPL*, sino también los clubes podrían explotar los derechos en diferido (a partir de la medianoche del domingo para el partido del sábado y a partir de la medianoche del mismo día de su celebración para los demás partidos). La *FAPL* podía hacerlo para todos los partidos de la *Premier* y el Club, a través de su propio canal, sólo para aquellos en los que participara.
- El Club que no optara por la difusión en diferido a través de un canal propio podría ceder los derechos de explotación a un difusor sobre los partidos “*en casa*” a partir la medianoche del día siguiente a su celebración para una sola emisión ya en abierto, ya de pago. En ningún caso más de dos clubes podrían vender a un mismo difusor sus derechos correspondientes a una misma jornada de Liga.
- Los derechos para el Reino Unido e Irlanda serían, en todo caso, objeto de comercialización separada.

- A partir de los derechos de la temporada 2007, la *FAPL* especificaría que un único comprador no podría adquirir en exclusiva todos los paquetes de derechos de retransmisión en directo comercializados de forma centralizada.
- Tanto la *FAPL*, para todos los partidos, como los clubes, para aquellos en los que participan podrían comercializar los derechos de emisión tanto por Internet (a partir de la medianoche del día del partido), como a través de 3G/UMTS inalámbrico (la *FAPL* sin más demora que la derivada de los impedimentos técnicos y los clubes a partir de la medianoche del día siguiente al partido).

A la luz de todos los anteriores compromisos la Comisión se mostró dispuesta a conceder una exención individual para los acuerdos de venta conjunta (véase Comunicación publicada de conformidad con el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo referente al asunto COMO/C.2/38.173 y 38.453 — Venta conjunta de los derechos de difusión en exclusiva de la FA Premier League por los medios de comunicación; *Diario Oficial* nº C 115 de 30/04/2004 p. 0003 – 0006).

En noviembre de 2005 la Comisión recibió un segundo grupo de compromisos desarrollo de los anteriores para la temporada 2007 y siguientes. Los principales elementos de los compromisos consistían en crear paquetes más pequeños y más uniformemente equilibrados de derechos de televisión, garantizar que ningún comprador pudiera comprar todos los paquetes, y velar por que la venta de esos derechos se llevara a cabo de forma justa. A tal fin, la *FAPL* se comprometía a conceder los paquetes al mejor postor independiente para cada paquete, y a velar por que el proceso fuera verificado por un supervisor independiente. Los compromisos incluían otras obligaciones que eliminaban las restricciones a la oferta de derechos para varios medios diferentes [ver Informe de la Comisión - Informe sobre la política de competencia 2005 /* SEC/2006/0761 final */ y Resumen de la Decisión de la Comisión, de 22 de marzo de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (Asunto COMP/38.173 — Venta conjunta de los derechos de difusión de la FA Premier League por los medios de comunicación) *DO C 7 de 12.1.2008, p. 18/18*].

Una problemática muy similar a la anterior fue la planteada con respecto a la comercialización de los derechos de la Bundesliga; sólo que, en este caso, la venta conjunta y exclusiva de derechos para la difusión por los medios de comunicación realizada por la *Liga-Fussballverband* (o *Ligaverband*) era lo que planteaba los problemas de competencia. También en este caso de propusieron una serie de compromisos.

Los ejes sobre los que giraban los mismos coincidían en lo sustancial con los del caso británico:

- para prevenir el riesgo de efectos de cierre de los mercados en sentido descendente, los derechos para los medios de comunicación se licitarían en condiciones no discriminatorias y transparentes;
- el riesgo de cierre del mercado a largo plazo se resolvía mediante el compromiso de limitar la duración de los contratos exclusivos verticales de licencia a un máximo de tres temporadas;

- para permitir que una serie de compradores potencialmente interesados presentasen una oferta por los derechos audiovisuales, la *Ligaverband* se comprometía a limitar el alcance de la exclusividad disgregando los derechos audiovisuales en un número razonable de paquetes separados, que estarían diseñados de tal manera que cada paquete fuera explotable individualmente por un operador;
- los clubes conservarían el derecho a vender individualmente ciertos derechos y se introducían cláusulas que impedían la existencia de derechos no utilizados;
- se abrían al máximo las posibilidades de comercialización sobre plataforma de Internet y sobre 3G/ UMTS inalámbrico; etc.

A la vista de todos los anteriores compromisos anunció la Comisión su decisión de autorizar los acuerdos horizontales de venta conjunta [ver /* COM/2007/0212 final */ 2005/396/CE: Decisión de la Comisión, de 19 de enero de 2005, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE (Asunto COMP/C-2/37.214 — Venta conjunta de los derechos mediáticos del campeonato de fútbol alemán Bundesliga); Diario Oficial n° L 134 de 27/05/2005 p. 0046 – 0046].

h) Sobre análisis de la estructura de los mercados de los contenidos en España y del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

i) En el caso Telia/Telenor

Un primer caso de concentración fue el asunto *Telia/Telenor* donde el mercado identificado fue el de la venta mayorista de derechos sobre contenidos. Este mercado fue identificado como mercado de producto de referencia, es decir, uno de los mercados en los que debía ser evaluada la posición de la nueva entidad resultante de la concentración. Sin embargo, del contenido de la resolución de la DG4 no cabía inferir cuáles eran las cuotas disfrutadas por las partes dentro de este mercado, si bien sí se recalca que su posición dentro del mercado en cuestión era importante, más en el caso de *Telenor* que en el de *Telia*.

En este asunto, la proyección mental de la operación de concentración notificada sobre la situación preexistente en el mercado de producto delimitado es lo que habría de permitirnos formular conclusiones sobre el juego de la competencia. Habitualmente, las restricciones al juego de la competencia derivadas de una concentración podrán traducirse en un incremento de los precios de los productos, en una rebaja de su calidad o en recortes en la producción. Pues bien, todos estos riesgos podían derivarse de la operación.

Por otra parte, el hecho de que la autoridad de la competencia no dejara reflejados datos sobre cuotas en este mercado imposibilitaría calcular el incremento del grado de concentración como consecuencia de la operación. No obstante, si resultaba evidente que la cuota de la nueva entidad en el mismo iba a quedar muy por encima del umbral del 50 %, lo que, unido a otros factores, podría llegar a determinar la existencia de posición dominante.

Los efectos anticompetitivos de la concentración sobre el mercado de referencia iban a ser, principalmente, los no coordinados derivados del hecho de desaparecer con la operación la competencia entre *Telia* y *Telenor* en los mercados nórdicos de la venta mayorista de derechos sobre contenidos, los cuales resultarían agravados por el hecho de disfrutar las partes de importantes cuotas de mercado y por el de quedar *Newco* no sólo en condiciones de impedir la expansión de competidores, sino además de bloquear la entrada de los mismos.

Como factores que favorecen la existencia de efectos anticompetitivos no coordinados cita la Comisión en sus Directrices sobre concentraciones horizontales los siguientes, todos los cuales concurrían en el caso *Telia/Telenor*:

- la posesión de importantes cuotas de mercado de las concentradas en la medida en que, en tales casos, la relajación de la presión competitiva dentro del mercado considerado derivada de dicha concentración se hará especialmente perceptible a través del incremento del IHH;
- la existencia de limitaciones para que los clientes cambien de proveedores por la ausencia de otros alternativos o de importantes costes de transferencia, caso en el que la empresa resultante de la concentración puede optar por rebajar la producción para así subir los precios aplicados a sus clientes cautivos;
- la posición de la entidad resultante de la concentración que le permita impedir la expansión de sus competidores (por ejemplo, en el caso de que dicha entidad cuente con amplia presencia en el mercado geográfico, ajustando sus precios en las zonas en las que tenga que enfrentar competencia para impedir la expansión de sus competidores y subiéndolos en las que no tenga que hacerlo);
- la eliminación de una fuente competitiva importante;

Dejando atrás los efectos anticompetitivos no coordinados, toda concentración entraña efectos anticompetitivos coordinados cuando refuerza, normalmente con vínculos jurídicos derivados de la integración, la coordinación hasta entonces existente entre las partes de dicha concentración (en este caso, la creación de *Newco* por *Telia* y *Telenor*). Sin embargo, cuando las Directrices sobre concentraciones horizontales se refieren a efectos anticompetitivos coordinados de la concentración no lo hace en esta acepción, sino en otra diferente.

Los efectos anticompetitivos coordinados a que se refieren las Directrices consisten en que, en el escenario tras la operación, las empresas que permanecen en el mismo consideran el de la coordinación como modelo económico racional en el largo plazo. Las formas de manifestarse estas restricciones son de lo más diverso, abarcando el mantenimiento de precios por encima de niveles competitivos, el reparto del mercado con arreglo a criterios geográficos o de otra clase (por ejemplo, categorías de televidentes; público juvenil o familiar) o los recortes en la producción.

En el caso *Telia/Telenor*, los efectos anticompetitivos coordinados, más allá de la integración de dos compañías independientes en una entidad de nueva creación, no llegaban a darse, pues no cabría apreciar otro riesgo de colusión entre la propia *Newco* y otros mayoristas de contenidos con cuotas importantes dentro del mercado de referencia.

Y en cuanto a la neutralización de los posibles efectos anticompetitivos, no se darían ninguno de los factores que pudieran llegar a determinarla:

- La competencia potencial (sobre todo de los organismos de radiodifusión) estaría muy debilitada.
- Normalmente, cuando se hace mención al poder de mercado se hace para referirlo al lado de la oferta. Cabe, sin embargo, también el poder de mercado desde el lado de la demanda. El poder de negociación de la demanda debe entenderse, en este contexto, como la capacidad de negociación comercial que tiene el comprador frente al vendedor gracias a su tamaño, a su importancia comercial desde la óptica del vendedor y a su capacidad para cambiar de proveedor. El poder de compra de los adquirientes de contenidos mayoristas para su distribución sería muy débil.
- La tercera fuente de neutralización de los efectos anticompetitivos de la concentración sería la de las posibles eficiencias derivadas de la operación a las que hicimos más arriba alusión. Dichas eficiencias tendrán que traducirse en la posibilidad de que los consumidores disfruten de productos o servicios innovadores o en mejoras de la producción o distribución que supongan para los propios consumidores una rebaja de los precios (siempre que estos no sean anticompetitivos por el dato de ser, por ejemplo, predatorios). Por otra parte, de la misma manera que para la competencia potencial, dichas eficiencias deberán surgir con rapidez y gozar de suficiente intensidad (esta última exigencia será más acentuada cuando falte cualquiera de los otros dos factores que acabamos de ver: poder de compra y competencia potencial). Finalmente, otros dos requisitos específicos de las eficiencias serán los de su carácter inherente a la concentración (en el sentido de que no puedan alcanzarse a través de otras soluciones menos anticompetitivas) y verificabilidad (en el de ser concretas y palpables). Partiendo de las anteriores premisas, no cabía en el caso *Telia/Telenor* imaginar la concurrencia de eficiencias (más bien todo lo contrario; véase lo dicho más arriba en cuanto al riesgo de degradación de la calidad de la programación).

En definitiva, en *Telia/Telenor*, los riesgos evidentes para el juego de la competencia dentro del mercado de referencia de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos motivó que la operación sólo fuera autorizada tras el compromiso de las partes de desprenderse de sus secciones respectivas dedicadas a la distribución de señal de TV.

En *Telia/Telenor* los riesgos de la concentración en este mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos se asociaban, sobre todo, a la creación de una posición dominante (casi monopolística) de *Newco* dentro del mismo y a la posibilidad de que ésta pudiera abusar de la misma. Las restricciones más directas para el juego de la competencia derivadas de este abuso eran las horizontales que acabamos de ver (la exclusión del mercado de otros vendedores mayoristas de contenidos), pero tampoco cabía descartar otras de carácter vertical ascendente (en las relaciones de *Newco* con los organismos de radiodifusión) o descendente (en las relaciones de la propia *Newco* con otros operadores de telecomunicaciones distribuidores de señal de TV).

Si bien la presencia de *Newco* en mercados complementarios, como serían los de la TV y las telecomunicaciones (internet y telefonía), eran indudables, lo cierto era también que los efectos de carácter conglomeral resultaban, en cambio, más difíciles de apreciar en el nivel en el que *Newco* actuaba como vendedora al por mayor de contenido audiovisual a otros cableoperadores nórdicos de más reducida dimensión. En este nivel, *Newco* no actuaba como proveedor a esos cableoperadores de productos complementarios, entendidos estos como aquellos que tienen un mayor valor para un cliente si se utilizan o se consumen juntos que si

se utilizan o se consumen por separado, o de productos que pertenecen a la misma gama de productos, que son fácilmente sustituibles desde el lado de la oferta; sin perjuicio de que lo anterior si llegara a darse, como hemos dicho, en los niveles posteriores de la cadena.

Por ello, al análisis basado en las Directrices sobre evaluación de las operaciones de concentración horizontal, podría aún superponerse otro que arranque de las Directrices sobre concentraciones no horizontales, habida cuenta que la operación bien podía llegar a suscitar esos importantes efectos verticales.

Así, las divisiones ascendentes y descendentes de *Newco* iban a estar presentes: **(i)** en el mercado de compra de señal a los organismos de difusión; **(ii)** en el mercado de venta de esos derechos a otros cableoperadores de reducida dimensión; y **(iii)** en el mercado posterior de los servicios de TV por cable y satélite hasta los hogares. En todos esos niveles podía llegar *Newco* a excluir a sus competidores (efectos no coordinados de la concentración vertical) ya fuera mediante el bloqueo de insumos, ya mediante el de clientes.

En primer lugar, podía bloquear el acceso de los cableoperadores de reducida dimensión a los insumos necesarios (señal de TV) para competir con ella en el mercado de la TV a los hogares (bloqueo de insumos). Este bloqueo de insumos podía llegar a manifestarse lo mismo en su forma más radical de negativa al suministro, que en otras formas más atenuadas que pasaran por subidas de precios, degradaciones de calidad, limitaciones de la producción o de la innovación.

En este sentido, la entidad resultante de la concentración de *Telia* y *Telenor* (*Newco*) vimos ya que se encontraba en posición de bloquear la venta directa de contenidos audiovisuales por parte de los organismos de radiodifusión a otros operadores de telecomunicaciones de más reducida dimensión y, al no tener que afrontar la competencia de esos organismos, *Newco* tendría la motivación y la capacidad para elevar las tarifas aplicadas a esos otros operadores en la venta mayorista de obras audiovisuales. De lo anterior, resultaría que los organismos de radiodifusión dejarían de estar estimulados para mejorar la calidad de sus programas; sólo podrían vender a *Newco* que, partiendo de su poder como distribuidor de señal de TV, cada vez les exigiría mayores descuentos. Finalmente, esa fuerte posición de *Newco* en la intermediación permitiría a ésta abrir o cerrar el grifo del suministro al por mayor de contenidos audiovisuales a esos otros operadores de telecomunicaciones.

La capacidad de *Newco* para proceder al bloqueo de insumos resultaba indudable. Todas las notas impuestas en las Directrices para que pudiera estimarse esta capacidad concurrían en el caso. En primer término, en cuanto a la naturaleza del producto, la adquisición de la señal audiovisual podía suponer una parte importante del coste total del servicio de comunicación audiovisual descendente del cableoperador pequeño; sin esa señal no podía imaginarse ese servicio audiovisual {Otro ejemplo citado por la Comisión [V. nota al pie n.º 29 de las Directrices]: “*un dispositivo de arranque de motor puede ser considerado un componente vital de un motor (asunto T-210/01, General Electric Company/Comisión, Rec. 2005, p. II-000); véase también, por ejemplo, el asunto COMP/M.3410 — Total/GDF, apartados 53, 54, 60 y 61*”}}.

Además, esos insumos, en nuestro caso, aportaban un importante valor diferenciador y de marca a los servicios de esos cableoperadores de más reducida dimensión (otro ejemplo más citado por la Comisión en nota al pie n.º 30 de las Directrices: “*los ordenadores personales se venden a menudo con una referencia concreta a su tipo de microprocesador*”).

Por último, y en cuanto a la competitividad de otros proveedores activos en el mercado de la venta de esos insumos, la capacidad de bloqueo de la concentrada era manifiesta si se consideraba que los competidores de su división inferior no podían acceder a otros proveedores de insumos igualmente eficientes dada la interposición de *Newco* entre ellos y los organismos de difusión que vendían la señal.

El estímulo e interés de *Newco* por materializar ese bloqueo de insumos resultaba también muy probable. Era perfectamente posible que las pérdidas que hubiera de soportar la división ascendente de *Newco* a consecuencia de las restricciones en el suministro de contenido a los cableoperadores más pequeños se vieran más que compensadas por el incremento de su poder y cuota en los mercados descendentes de la TV a los hogares. Lo anterior podía verse, sin duda, facilitado por la existencia de fortísimas economías de densidad (efecto red), de escala (reducción de costes cuantos más fueran los usuarios adscritos a la oferta de *Newco* en el mercado minorista) y de alcance (por la prestación por parte de la concentrada del más amplio espectro de servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales).

El escenario post-concentración más probable era uno en el que el bloqueo de insumos llevase a un incremento de costes de los competidores descendentes bloqueados que los forzase a incrementar los precios aplicados a sus clientes minoristas o a limitar la cantidad, calidad o innovación de sus productos (menor posibilidad de los cableoperadores pequeños de ofertar el *triple play*). En este sentido, cuanto mayor fuera el número de competidores bloqueados o mayor su poder de mercado, más intensos serían los efectos restrictivos netos sobre el juego de la competencia en el mercado descendente. De la misma manera, y sin salir de este escenario, sería posible que los aspectos verticales de la concentración y el bloqueo de insumos elevasen barreras de entrada infranqueables para los competidores potenciales que pretendieran acceder a ese mismo mercado descendente. Partiendo de este escenario podrá concluirse que la concentración entrañaba una obstaculización significativa del juego de la competencia.

No paraban ahí los efectos anticompetitivos no coordinados de la operación, pues los mismos se extendían también al bloqueo de clientes para los organismos de difusión, que no podrían acceder directamente a los cableoperadores para venderles su programación como consecuencia de la interposición de la red de *Newco* y de su dominio de instalaciones esenciales. La obstaculización significativa para el juego de la competencia resultaría en este caso del riesgo de que los difusores, sin estímulo económico adecuado, por la falta de una base adecuada de clientes y por el creciente poder de compra de *Newco*, terminaran degradando la calidad de su programación, con el perjuicio consiguiente para los consumidores finales.

Respecto de los efectos anticompetitivos coordinados derivados de los aspectos verticales de la concentración, los mismos no llegarían a ser significativos por las mismas razones que expusimos al tratar de los aspectos horizontales, a los que valdría con remitirse. Y la misma remisión cabría hacer respecto a la existencia de neutralizadores. En cuanto a estos últimos, y respecto a las posibles eficiencias, aún cuando pudiera pensarse que la integración en *Newco* de contenido audiovisual y de TV al hogar podía llevar aparejados ahorros (internalización de márgenes dobles) no resultaba probable que, dado su poder de mercado incrementado, terminara por hacer a sus abonados partícipes de los mismos.

ii) En el caso UER

En cuanto al mercado de los derechos sobre eventos deportivos importantes para TV en abierto o de pago identificado en el caso *UER*, en este pronunciamiento no se realizaba un análisis estático de la estructura del mercado como tal (con fijación de cuotas de mercado) en relación con los diversos mercados nacionales europeos de producto.

En el caso *UER*, lo que predominaba era la existencia de colusión horizontal; lo que existía era un acuerdo horizontal entre los diferentes organismos radiodifusión que formaban parte de la misma. En cuanto a la inclusión de ese acuerdo dentro de alguna de las categorías mencionadas en las Directrices sobre restricciones horizontales, cabría observar que para la Comisión se trataba de un acuerdo de compra conjunta de derechos sobre acontecimientos deportivos. También cabría entender que el acuerdo en cuestión participaba de algunas de las notas de los acuerdos de especialización recíproca, en la medida en que el organismo de acogida era el encargado de producir la señal para cedérsela al resto de miembros de la *UER* que se veían así dispensados de la necesidad de cubrir el evento por sí mismos. Por último, podría también apreciarse la existencia de un acuerdo de venta conjunta en lo concerniente a la concesión de sublicencias a otros difusores no miembros de la propia *UER* para la retransmisión de los acontecimientos.

Sobre la existencia del acuerdo de compra conjunta observar lo siguiente. La finalidad de la *UER* era la de reforzar el poder de compra de los difusores frente a las asociaciones internacionales organizadoras de los eventos. El mercado directamente afectado sería el de compra de los derechos sobre acontecimientos deportivos, en tanto que mercados indirectamente afectados serían el posterior de los telespectadores y el posterior también de la reventa de esos derechos a otros difusores no miembros de la *UER*. Aún cuando no se facilitaran datos sobre cuotas de mercado, parecía evidente que el requisito del poder de mercado se cumplía para todos ellos. El efecto anticompetitivo más importante de este acuerdo de compra conjunta era el de la exclusión de los competidores no miembros de la *UER* del mercado de compra de los derechos y, por alcance, de los posteriores de la difusión televisiva y de la reventa de los derechos.

En cuanto a la existencia de acuerdo de especialización recíproca en el caso *UER* observar también lo que sigue. Sobre los mercados directa e indirectamente afectados y la existencia de poder en los mismos valdría con remitirse a lo que acabamos de decir para el acuerdo de compra conjunta. Los efectos anticompetitivos más importantes vinculados a esta especialización recíproca se cifrarían en la atenuación de la presión competitiva entre difusores miembros de la *UER*, cuando los mismos estuvieran asentados en un mismo estado, ya que, conforme al sistema pactado, todos, menos el designado, dejarían de concurrir para la adquisición de los derechos y para la producción de la señal. Además, esa atenuación de la presión competitiva entre ellos les podía llevar a coordinarse en la concesión de sublicencias a otros organismos de difusión, incrementando sus costes en el mercado descendente de la difusión televisiva en el que competirían con los propios miembros de la *UER*.

Por último, sobre el acuerdo de venta conjunta implícito en el sistema *UER*, el mercado directamente afectado sería más bien el mayorista de la reventa de los derechos a otros difusores mediante el otorgamiento de licencias. Los efectos anticompetitivos podían, en este caso, concretarse en recortes de la producción (limitación de las licencias concedidas a otros difusores no miembros de la *UER*) y fijación de los precios en la reventa de los derechos a esos mismos difusores no miembros de la propia *UER*.

Para salvar todos los efectos anticompetitivos anteriores, la Comisión, como se detalló en su lugar, impuso un régimen obligatorio de concesión de sublicencias a los organismos de radiodifusión no miembros de la *UER* que, sin embargo, no fue considerado bastante por el Tribunal de Primera Instancia en la medida en que no garantizaba la disponibilidad para su difusión en directo y en abierto por esos otros organismos de radiodifusión de todos los acontecimientos deportivos no difundidos, bajo esa modalidad, por los propios miembros de la *UER*. En el fondo, pues, de la decisión del Tribunal latía la idea de que el sistema *UER*, a pesar del régimen de sublicencias autorizado por la DG IV, seguía entrañando limitaciones de producción.

iii) En el caso UEFA (remisión)

En lo que se refiere al mercado de los derechos sobre eventos deportivos importantes para TV en abierto o de pago identificado en el caso *UEFA*, al igual que en el caso *UER*, tampoco en este pronunciamiento se realizaba un análisis estático de la estructura del mercado como tal (con fijación de cuotas de mercado) en relación con los diversos mercados nacionales europeos de producto. Por otro lado, el hecho de haber ya hilado conclusiones sobre la colusión horizontal dentro del mercado de la venta de derechos sobre acontecimientos deportivos en la parte dedicada a recapitulación y conclusiones en el mercado de la audiencia y los telespectadores nos permitiría hacer una remisión a lo dicho allí, sin necesidad de perdernos en mayores consideraciones.

iv) En el caso AVS III/concentración

En este caso de toma de control de *AVS* por *Sogecable*, mercados afectados eran, recordémoslo, “*los mercados de la adquisición y reventa de los derechos para la retransmisión en directo de partidos de fútbol correspondientes a las competiciones de Liga española y Copa de S.M. el Rey, (en especial de equipos de Primera División)*”. Se trataba de mercados de contenidos afectados por la existencia de relaciones principalmente verticales: p.e., *Mediapro*, que era una de las partes de la concentración, tenía, en esos mercados, ascendentes con respecto al de la TV de pago en el que estaba activa la otra parte de la concentración, *Sogecable*, una cuota muy por encima del 25 %.

En lo que se refiere al análisis de la estructura de estos mercados de contenidos en el caso *AVS III/concentración*, dado que el análisis general del mercado español lo hicimos más arriba sobre la base de este caso y del caso *AVS III/colusión*, valdría con una remisión a lo dicho allí.

Sólo recordar:

- En el ***mercado primario de venta de derechos por los clubes***, si bien podría hablarse de un mercado concentrado, atendiendo a la posición por ingresos de los clubes más importantes, no podría hablarse de posiciones dominantes individuales o colectivas, aún cuando sólo fuera por el poder que confería a los clubes más modestos el derecho de veto.
- En el ***nivel de compra de derechos a los clubes***, por las razones que allí se expusieron, el nivel de cuota de mercado habría de fijarse en función del número de clubes de los que llegaran a disfrutarse los derechos y, atendiendo a este parámetro, lo cierto era que las limitaciones impuestas a *Sogecable* por el ACM de 2002 habían permitido a

Mediapro hacerse con una posición dominante para las temporadas siguientes a la de plantearse la operación (2005/2006).

- En el ***nivel siguiente de la puesta en común de derechos en el pool***, la posición dominante de *AVS* en el trienio anterior al planteamiento de la concentración (2003/2006) había venido siendo también dominante.
- En ***niveles posteriores de asignación y reventa de derechos sobre partidos por el pool AVS*** la posición dominante del mismo, hasta la operación, había venido siendo también clara; mas no después, al llegar a hacerse *Mediapro* con los derechos en abierto.

En estos mercados había, además, un rasgo estructural de capital importancia cual era el de la superposición al derecho de arena (titularidad del club anfitrión sobre los derechos audiovisuales) del derecho de veto del club visitante. Este rasgo alimentaba la concentración progresiva de derechos en el *pool* y la exclusión de otros agentes en el mercado primario de compra de derechos a los clubes. Además esta situación tendía a perpetuarse gracias a la posición de incumbencia relativa en que se encontraba el adquiriente mayoritario respecto de los derechos de cada club que, en cada momento, llegaran a quedar vacantes. Es decir, que, con independencia de la operación, el modelo español era en sí anticompetitivo y el derecho de veto podía llegar a ser considerado colusorio, a no ser que el mismo fuera acompañado de determinados mecanismos de compensación: limitación temporal de las cesiones en exclusiva, supresión de derechos de adquisición preferente, etc.

La operación notificada suponía la integración vertical total de *AVS* en *Sogecable*. La valoración de la incidencia de la operación en los mercados descendentes de la comunicación audiovisual se hizo ya en su lugar, con lo que tocaría ahora centrarse en la que pudiera llegar a tener en los mercados ascendentes de los contenidos. Dicho lo anterior, la posible afectación de la competencia resultaba indudable atendiendo a la cuota de mercado de la concentrada en los mercados afectados.

En este sentido, podía empezar por tratarse de los ***efectos anticompetitivos no coordinados***, atenuación de la presión competitiva entre la división ascendente de la concentrada *AVS/Sogecable* y sus competidores en el mercado de la compra de derechos a los clubes, al perder estos la capacidad y el estímulo para competir en ese mercado pujando por los derechos. En este sentido, si bien la competencia se encontraba muy debilitada en ese nivel, la posición dominante de *AVS/Sogecable* no saldría reforzada, al menos no directamente, como consecuencia de la concentración vertical. Así, podrían compartirse ciertas alegaciones de *Sogecable*, en cuanto a que la concentración propuesta no la convertía en comprador único, ni reforzaba su poder de negociación y/o capacidad para forzar una reducción de precios.

En cambio, los ***efectos anticompetitivos coordinados*** sí podían llegar a ser muy significativos. Los efectos anticompetitivos coordinados de la concentración vertical coinciden en lo sustancial con los estudiados al tratar de las concentraciones horizontales, siendo esta la razón de que podamos comenzar por remitirnos a lo dicho allí. Se trata, en suma, de que la concentración vertical afecta al juego de la competencia de modo que, a partir de ella, resulte mucho más probable que empresas que antes no se coordinaban pasen a hacerlo tanto en los mercados ascendentes, como en los descendentes de modo que ello pueda traducirse en incrementos de precios, limitaciones de la producción, etc. en perjuicio del mercado y de los consumidores. Puede también suceder que la concentración facilite o haga más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la operación, al reforzarla con los vínculos jurídicos derivados de la concentración.

Lo anterior respondía a la posibilidad de que llegara a darse la colusión horizontal, en forma de reparto del mercado, entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*, de modo que la primera podía centrarse en los derechos para TV de pago y la segunda en los derechos para TV en abierto. Si bien, como los clubes vendían los derechos para todas las modalidades de comunicación audiovisual, esa colusión había de materializarse en el nivel de puesta en común. Así, *Mediapro* cedía sus clubes al *pool* y este, a cambio, le entregaba los derechos en abierto para todos los partidos. En efecto, una de las previsiones del acuerdo de 24 de julio de 2006 era la consistente en el pacto de no competencia entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*.

Se darían aquí las condiciones necesarias para esta clase de efectos según la Comisión:

- ***La posibilidad de influencia efectiva de las partes sobre las condiciones en las que se basa la coordinación.*** La posibilidad de ejercer esta influencia será mayor cuanto más sencillo sea el mercado. El modelo español de comercialización de los derechos podía llevar al cierre del mercado de compra y ello traería consigo una reducción del número de competidores y la creación de un entorno favorable para la colusión, principalmente en ese mercado de compra tan concentrado. El reparto del mercado entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*, bien podía crear una mayor simetría dentro del mismo. En este sentido, ya vimos que una de las posibilidades era la de que el rival ascendente, *Mediapro*, pasase a desviar su producción hacia los rivales de la división descendente de la concentrada, *La Sexta*, en detrimento de *Cuatro*. Todo lo anterior llevaría a que pudiera darse un control recíproco de conductas, lo que ayudaría a la colusión y a la existencia de efectos anticompetitivos coordinados.
- ***La existencia de algún mecanismo disuasorio de castigo o represalia que cada empresa pueda activar si alguna otra se aparta del camino pactado.*** La empresa integrada verticalmente puede estar en condiciones de sancionar con más eficacia a las empresas rivales cuando deciden desviarse de las condiciones de la coordinación, dada su condición de cliente o proveedor fundamental para ellas.

Se refiere la Comisión (nota al pie n. 82 de las Directrices) al asunto COMP/M.2322 — *CRH/Addtek* (2001), en el que participaban en la concentración un proveedor de cemento dominante en sentido ascendente y un productor descendente de productos de hormigón prefabricados, ambos activos en Finlandia. La Comisión consideró que la nueva entidad podría disciplinar a los rivales en sentido descendente debido a que dependerían en gran medida de los suministros de cemento de la entidad resultante de la concentración. En consecuencia, la entidad en sentido descendente podría incrementar el precio de sus productos de hormigón prefabricados asegurándose al mismo tiempo de que los competidores se ajustarían a estos incrementos de precios y evitando que recurrieran a importaciones de cemento procedente de los países bálticos y Rusia.

En contraste con lo anterior, “en el asunto COMP/M.2348 - *Outokumpu/Norzink*, la Comisión llegó a la conclusión de que aun cuando el mercado del zinc contaba con pocos agentes, las barreras de entrada eran altas y las perspectivas de crecimiento de la demanda bajas, la probabilidad de que surgiera una estructura de mercado que propiciara los resultados coordinados era baja si podía demostrarse que: i) las partes no estaban en condiciones de manipular la formación de los precios, ii) los productores tenían unas estructuras de costes asimétricas y no existía ningún

mecanismo de retorsión creíble” (Nota al pie núm. 113 de Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas - Texto pertinente a efectos del EEE - *Diario Oficial* n° C 165 de 11/07/2002 p. 0006 – 0031).

En los mercados de los contenidos deportivos, el mecanismo disuasorio se relacionará de manera muy especial con la negativa a la cesión de la señal del partido para la emisión o, más mediatamente, con la negativa al acceso a los estadios para esa misma emisión. Dentro del mercado de los contenidos *Premium* futbolísticos, recientes ejemplos de represalia los encontramos, en efecto, en la negativa de suministro de la señal por parte de *Sogecable* a *Mediapro* al intentar apartarse ésta de la estrategia de coordinación previamente concertada en el seno de *Audiovisual Sport*, lo que dio lugar a la llamada “guerra del fútbol”.

- ***El resguardo de la acción concertada de modo que quede al abrigo de reacciones de competidores actuales o futuros y de clientes.*** También a estos factores nos hemos referido, de un modo u otro, en otros pasajes de la tesis. Para que la coordinación sea posible será necesario que no exista ningún competidor díscolo con el poder de mercado suficiente como para romper la estrategia coordinada, lo que efectivamente podría ser así ante un caso de coordinación como el que venimos refiriendo.

Sentado, pues, que la concentración vertical llegaba a generar los efectos anticompetitivos coordinados que acaban de referirse, habría ya que pensar en la existencia de ***neutralizadores***:

- En cuanto a la ***competencia potencial***, la principal fuente de la misma para *AVS/Sogecable* era la que pudiera proceder de *Mediapro*. Sin embargo, en un contexto, como el que acabamos de definir de reparto de mercados y de derechos para emisiones en abierto y de pago, la misma quedaba, ciertamente, muy debilitada.

Si bien la obligación de emitir un partido en abierto conforme a la Ley 21/97, por una parte, podía llevar a atenuar el poder de mercado de *AVS/Sogecable*, por la otra, podía contribuir a apuntalar esa colusión o reparto de mercados. Y lo mismo podía decirse del ACM de 2005 que permitió a *Sogecable* comenzar a emitir en abierto a través de *Cuatro*, al tiempo que limitaba la capacidad de *Sogecable* para emitir en abierto los partidos de fútbol de Liga española hasta la temporada 2008/2009. En parecido sentido, la limitación temporal de 3 años, impuesta por el ACM 2002 para los contratos entre *AVS* y los clubes, había facilitado el acceso de *Mediapro* a los derechos, la misma expiraba en 2007 y, además, podía ser un estímulo más para operar el reparto de derechos en abierto y de pago como forma de sortearla.

La competencia potencial en ese nivel de la compra de derechos a los clubes se veía debilitada por la posibilidad de que los difusores decidieran no acudir al mercado primario ante el riesgo de no poder explotar los derechos adquiridos como consecuencia de la falta de acuerdo con el *pool* en el nivel de la puesta en común. En este nivel intermedio *AVS* tenía una posición dominante que la podía llevar a imponer condiciones no equitativas al difusor adquiriente. Éste podía verse abocado a ceder ante el riesgo de no poder poner en común los derechos adquiridos y de no poder adquirir el derecho a la emisión de partidos concretos. Igualmente, esta situación podía

desincentivarlo a la hora de pujar por los derechos de cada club y estimularlo para adquirir derechos sobre partidos concretos en los mercados posteriores de la reventa.

- El ***poder de compra*** que sobre la entidad resultante de la concentración vertical pudieran ejercer los organismos de radiodifusión interesados en la compra de partidos tampoco era significativo. Era cierto que el ACM 2002 había impuesto a *Sogecable* obligaciones de conceder sublicencia a otros operadores, pero no lo era menos que los mismos se habían venido quejando reiteradamente de abusos de exclusión en forma de negativas al suministro y pinzamientos.

A lo anterior debía sumarse que esas condiciones cesaban en 2007. Por otra parte, antes de la concentración, el derecho de veto que en el seno de *AVS* venía ejerciendo *TVC*, podía llevar a que la asignación de partidos aguas abajo se llevara a cabo conforme a criterios de eficiencia. Sin embargo, tras la concentración y la adquisición del control total de *AVS* por *Sogecable*, lo más probable era que esa misma asignación se llevara a cabo en función de los intereses de la misma *Sogecable* en los mercados aguas abajo de la difusión.

La colusión entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*, podía también servir para permitir a esta última discriminar en la reventa de derechos sobre partidos a otros operadores en abierto distintos de *Cuatro*, que no podía emitir fútbol en abierto en virtud del ACM de 2005, en favor de *La Sexta*.

- Y, en cuanto al ***poder de mercado disfrutado por los clubes aguas arriba***, es cierto que existía, pero también que el mismo se veía compensado por el efecto red que llevaba a la concentración de derechos en el *pool*, hasta el punto de que el Club que no vendiera sus derechos al *pool* se exponía a no poder explotarlos, como, de hecho, a punto estuvo de suceder con el *Sevilla*.
- Finalmente, las ***eficiencias*** tampoco resultaban fácilmente imaginables, pues lo más normal era que la integración vertical en el eje *AVS/Sogecable/Digital Plus/Cuatro* y en el eje *Mediapro/La Sexta/Gol TV* se tradujera en un empeoramiento de las condiciones aplicadas a los abonados a TV de pago como consecuencia del denominado efecto “bola de nieve”.

A la vista de todo lo anterior, los efectos anticompetitivos de la concentración vertical sobre el mercado de los derechos deportivos resultaban indudables. Por esta razón el TDC consideró que la limitación temporal de 3 años debía ser para todos los contratos de cesión celebrados por los clubes, fueran con *AVS* o con cualquier otro adquiriente, si bien una medida con este alcance no podía ser adoptada en el seno del expediente de concentración y quedaba *ultra vires* del mismo. En éste lo que hizo fue adoptar medidas que, más que garantizar la competencia en el mercado aguas arriba de la compra de derechos, buscaban preservarla en los mercados posteriores de la asignación y reventa de derechos sobre partidos (obligación de conceder sublicencias en condiciones no discriminatorias a otros operadores). A estas medidas nos referimos ya al tratar de los mercados de la difusión televisiva.

v) En el caso AVS III/colusión

(1) En clave de colusión vertical

En este caso eran dos los principales focos de colusión. Uno primero se situaba en los acuerdos verticales (colusión vertical) entre los clubes de fútbol y los operadores audiovisuales (*Sogecable, AVS, Mediapro, TV Cataluña, TV Valenciana, Telemadrid con Caja Madrid*) para la cesión en exclusiva de los derechos audiovisuales de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey (excepto la final) para las temporadas 2006/2007 y siguientes. El segundo de ellos se situaba en los aspectos cooperativos o colusorios (colusión horizontal) del acuerdo *AVS III*, teniendo en cuenta que, en el caso anterior, sólo se había centrado la autoridad de la competencia en los aspectos concentrativos.

En lo que se refiere al análisis estático de la estructura del mercado afectado valdría con recordar lo dicho en el epígrafe anterior en cuanto a la remisión a lo dicho al tratar de la estructura general del mercado español.

Empezando por el primer foco de colusión, y reservando el segundo para el siguiente epígrafe, la CNC admitió que los acuerdos de compra de derechos a los clubes eran acuerdos verticales que podían restringir la competencia no sólo en el propio mercado de la adquisición, sino también, aguas abajo, en los mercados de la reventa de derechos sobre partidos y de la difusión televisiva. No obstante se centró en el mercado ascendente, toda vez que el juego adecuado de la competencia en el mismo lo garantizaría también en los niveles posteriores de la cadena de valor.

Tales acuerdos podían admitir ser calificados como restricciones del grupo de marca única, en su modalidad de imposición de cantidades fijas, si entendiéramos que los mismos se traducían en que el adquiriente originario, p.e., *AVS* o *Mediapro*, quedara obligado frente a un club concreto por más temporadas que las que resultarían de unas condiciones saneadas de competencia. Sin embargo, tal vez fuera más acertado considerar que se trataba de acuerdos de suministro exclusivo, que, en cuanto tales, quedarían sujetos a todo lo que apuntamos al ocuparnos del fenómeno de la colusión vertical en los mercados españoles de los contenidos. En su virtud, el club de fútbol proveedor se obligaba a ceder en exclusiva los derechos a un comprador a efectos de reventa o para un uso de comunicación audiovisual.

Aunque, también advierten las Directrices, que la convivencia del poder de mercado de los proveedores (los clubes) con el de los compradores (*AVS* o *Mediapro*) puede llevar a que coexistan las cláusulas de suministro exclusivo con las del grupo de marca única.

La autoridad española de la competencia sentó que no resultaba aplicable la exención por categorías atendiendo no sólo a niveles de cuota, sino además a la cobertura del mercado por toda una red de acuerdos con similares efectos restrictivos. Además, y en esto no coincidiríamos con su parecer, entendemos que no lo sería por que el objeto principal de tales acuerdos era la cesión de derechos de propiedad intelectual sobre los partidos, teniendo en cuenta la amplitud con que se definen estos derechos en el ámbito comunitario.

Los riesgos para el juego de la competencia derivaban de la posible exclusión de los competidores reales o potenciales del mercado de compra de los derechos deportivos. Eran factores pertinentes para calibrarlos el fuerte poder en el mercado de compra de *AVS* y *Mediapro*, que les podía permitir excluir a otros compradores originarios, ya fueran

intermediarios de derechos u organismos de difusión televisiva. Al anterior había que añadir su fuerte poder de mercado, por encima del umbral del 30 % fijado en las Directrices, en los mercados posteriores de la reventa de derechos sobre los partidos.

Estos acuerdos de suministro exclusivo, al limitar el número de compradores de derechos, propiciaban la colusión en el nivel de los proveedores o en el de los clientes. En la comercialización de contenidos *Premium* deportivos se habría percibido claramente la colusión horizontal entre los clubes en el mercado primario de la oferta de derechos implantando el derecho de veto y de *Mediapro* y *AVS/Sogecable* en los mercados posteriores en los que se repartieron los derechos para TV de pago y en abierto.

La limitación de la competencia intramarca en el mercado ascendente de contenidos para la distribución del producto, p.e., partido de Liga de Primera División o partido del Real Madrid, asociada al acuerdo de suministro exclusivo podía también llevar a una limitación de la competencia intermarcas, o si se quiere, intercadenas, p.e., *La Sexta* frente a *Telecinco*, en los mercados posteriores de la comunicación audiovisual.

Otro factor pertinente era el de la duración, aclarando las Directrices que los acuerdos de suministro exclusivo por plazo de 5 o más años son en sí anticompetitivos con independencia de que se realicen a favor de empresas dominantes o no. Esta doctrina la aplicó bien la autoridad española de la competencia que, como sabemos, limitó la duración de los acuerdos verticales de suministro exclusivo con los clubes a los 3 años. La existencia de toda una serie de factores anticompetitivos (tendencia al oligopsonio, la cobertura del 100 % mercado por una red de acuerdos de suministro exclusivo con efectos anticompetitivos similares, el efecto red, las posiciones de incumbencia relativa con vistas a la adquisición de nuevos derechos, etc.) la llevó a limitar la duración muy por debajo de ese umbral de los 5 años.

Si bien el poder de mercado de los competidores en el mercado de compra podía haber llegado a ser un factor pertinente, lo cierto es que el mismo no llegó a materializarse como consecuencia de la colusión horizontal, en forma de reparto de mercados, articulada entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*.

También era un factor a tener en cuenta el de la existencia de barreras de entrada de tipo económico en el mercado primario. No era ya sólo que los derechos fueran costosos de por sí, sino que, además, lo anterior se veía agravado por el efecto red asociado al mecanismo de veto del club visitante que llevaba a la concentración en el incumbente de derechos y creaba una situación de integración vertical que, de por sí, daba lugar a nuevas barreras de entrada de tipo económico. Si bien eran muchos los clubes vendedores, esa dinámica neutralizaba cualquier aspecto procompetitivo que de lo anterior pudiera llegar a derivarse.

El valor diferenciador y de marca del fútbol - confería ese valor de marca a la cadena en cuya parrilla se incluía - agravaba los efectos anticompetitivos de la cláusula de suministro exclusivo, al existir una menor elasticidad de la demanda y de productos sustitutivos para el fútbol, lo que terminaría por traducirse en incremento de los precios aplicados a los abonados.

Y lo mismo podía decirse del hecho de tratarse de prácticas anticompetitivas que no dejaban de ser una reproducción, más o menos fiel, de otras que habían llegado a darse en el pasado.

Finalmente, no era dable imaginar la existencia de eficiencias. *Sogecable*, aunque no de modo explícito, se había quejado del parasitismo de los difusores que no se arriesgaban a comprar derechos de los clubes y preferían optar por exigir la concesión de sublicencias en los mercados posteriores de la reventa, ante el riesgo de no poder explotarlos. Así, podía entenderse que el suministro exclusivo era una forma de atenuar ese parasitismo. Sin embargo, este argumento era hasta cierto punto falaz, pues si los difusores no acudían al mercado primario era, tal y como vimos, en gran medida por el efecto red que llevaba a la progresiva concentración de los más y más valiosos derechos en el *pool*.

Tampoco podía pensarse que el suministro exclusivo pudiera ser la forma de paliar problemas de cautividad, ni del lado de los clubes vendedores - p.e., las fuertes inversiones en fichajes no les colocarían en situación de dependencia con respecto a cierto comprador de derechos, pues podrían vendérselos a otros diferentes - ni tampoco del lado de los adquirentes de derechos, pues, como subrayó la CNC, los mismos no se veían en la necesidad de afrontar inversiones especialmente fuertes a fin de revenderlos o de explotarlos.

Podía pensarse, en cambio, en eficiencias asociadas a la uniformidad y eliminación de costes de transacción y a la posibilidad de que el abonado disfrutara de todos los partidos a través de una única plataforma, a lo que, sin duda, contribuía el suministro exclusivo aguas arriba, y, del mismo modo, a la apertura de mercados vinculados a la comunicación audiovisual de partidos a través de plataformas novedosas, IT y terminales móviles.

La existencia de eficiencias asociadas a los contratos de suministro exclusivo permitió a la CNC considerarlos amparador por la exención, Arts. 101.3 TFUE y 1.3 LDC, en cuanto su duración no excediera de tres temporadas completas. Además, en el caso concreto, la aplicación del principio de proporcionalidad, por la necesidad de no afectar el complejo contractual existente en los mercados posteriores de reventa, perjudicando a los abonados a TV de pago y a otros clientes, y del de confianza legítima, pues la aplicación del límite temporal de 3 años no resultaba de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia hasta ese momento, llevó a no declarar la ilegalidad de los acuerdos de suministro exclusivo siempre que los mismos no fueran más allá de la temporada 2011/2012.

(2) En clave de colusión horizontal

(a) Pacto de no competencia

El segundo foco de colusión se situaba, como anticipamos, en los acuerdos de cooperación horizontal existentes en el acuerdo de 24 de julio de 2006 y que suponían, en primer lugar, que *Sogecable*, *AVS*, *TVC Cataluña* y *Mediapro* **no fueran a competir entre sí durante tres temporadas en la adquisición y reventa de los derechos** de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey (respecto al análisis estático de estos mercados valdría con remitirse, otra vez más, a lo dicho en el apartado anterior).

Lo primero era que la autoridad de la competencia negó a estos pactos horizontales la consideración de restricciones accesorias a la operación de concentración *AVS III* de conformidad con la normativa comunitaria.

Este concepto de “restricción accesorio” (*ancillary restraints*, *restrictions accessoires*, *Nebenabrede*) es preciso distinguirlo del de “eficiencia de la restricción”. La teoría de las restricciones accesorias -*ancillary restraints of trade*- tiene su origen en la práctica antitrust

norteamericana (sobre su origen, vid., L. Miranda Serrano, “*Las concentraciones económicas...*”, p. 483, y sobre la práctica de la Comisión en esta materia, L. Fernández de la Gándara/A.L. Calvo Caravaca, “*Derecho...*”, pp. 351 y ss.).

Bajo el nombre de restricción accesoria se pretende englobar todas aquellas restricciones, p.e., cláusulas de prohibición de competencia o acuerdos de compra y suministro, que se encuentran directamente relacionadas con la realización de una operación principal no considerada restrictiva y las cuales se entienden necesarias y proporcionadas a la misma, razón por la cual no llegan a caer dentro del ámbito del Art. 81 ap. 1.

En cambio, cuando hablamos de una eficiencia de la restricción lo hacemos para referirnos a ciertas ventajas económicas derivadas de prácticas o acuerdos restrictivos del juego de la competencia con una intensidad bastante a contrarrestar esos efectos anticompetitivos. Mientras que, por esta última razón, tratándose de eficiencias de la restricción, se hace necesaria una evaluación de los efectos anticompetitivos para saber si dichas eficiencias alcanzan a neutralizarlos, tal valoración, cuando se trate de restricciones accesorias, no necesita referirse a los mencionados efectos anticompetitivos, sino sólo a si dichas restricciones son necesarias para y proporcionadas a la operación principal con la que directamente se relacionan.

Por ejemplo, en el asunto *TPS* la Comisión concluyó que la obligación de que las partes no participaran en empresas activas en la distribución y comercialización de programas de televisión por satélite era auxiliar a la creación de la empresa en participación durante la fase inicial. Por consiguiente, se consideró que la restricción quedaba fuera del apartado 1 del artículo 81 durante un período de tres años. Para alcanzar esta conclusión la Comisión atendió a las grandes inversiones y a los riesgos comerciales que comportaba incorporarse al mercado de la televisión de pago.

Los criterios manejados por la Comisión para la evaluación de las eficiencias se encuentran en la Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (Diario Oficial n° C 101 de 27/04/2004 p. 0097 – 0118), mientras que para lo referente a las restricciones accesorias habrá de estarse, sobre todo, a la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (Diario Oficial n° C 056 de 05/03/2005 p. 0024 - 0031). En esta última Comunicación se hace referencia a la autoevaluación por las empresas de qué restricciones revisten carácter accesorio y cuáles no, relevando de esta función a la propia Comisión, salvo en el caso de “*cuestiones nuevas sin resolver que susciten auténtica incertidumbre*” (V. considerando 6.º de la Comunicación). Por lo general, sólo respecto a las restricciones accesorias que benefician al comprador será defendible su carácter de restricción accesoria, pues es a él a quien ha de garantizarse el valor íntegro de la empresa adquirida (considerando 17.º).

En lo demás, se ocupa la Comunicación de los casos de adquisición de empresa y empresa en participación y para cada uno de ellos trata de las cláusulas de inhibición de competencia (el vendedor o la matriz se compromete a no competir con la compradora o con la filial en participación), de los acuerdos de licencia (el vendedor o la matriz, deseando conservar la titularidad de determinados derechos de propiedad industrial, conceden licencias sobre el objeto de los mismos a la compradora o filial en participación) y de las obligaciones de compra y suministro (el vendedor o la matriz se comprometen a suministrar o a comprar ciertos productos a la compradora o a la filial en participación). Para cada una de estas

prácticas restrictivas se ofrecen en la Comunicación una serie de pautas con vistas a que las mismas puedan llegar a ser tenidas por restricciones accesorias.

Refieren los autores (Odriozola, Irissarryy Barrantes; *“Tratado de Derecho de la Competencia”*; Op. Cit.; Vol. I; Págs. 310 y ss.) como las cláusulas de inhibición de la competencia, que excedan del ámbito de las restricciones accesorias, es decir, que no puedan ser entendidas como restricciones accesorias de la operación principal, infringirán el actual Art. 101 TFUE, con lo que tendrán que ser examinadas al amparo del Art. 101.3 por si pudieran llegar a beneficiarse de exención atendiendo a la existencia de eficiencias [V. 94/579/CE: Decisión de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto nº IV/34.857 - BT-MCI) en Diario Oficial nº L 223 de 27/08/1994 p. 0036 – 0055 (en especial considerandos 54,55 y 61 a 63: la cláusula de inhibición de la competencia asumida por las empresas matrices en beneficio de la empresa en participación creada era considerada restricción accesoria a la propia creación de la empresa en participación; sin embargo una cláusula de limitación de la competencia por virtud de la cual una de las matrices se comprometía a no competir en territorio comunitario con la otra matriz en relación con actividades no asignadas a la empresa en participación se consideraba como no accesoria a la operación propuesta, si bien se entendía que la misma podía ser objeto de exención individual por plazo de 5 años].

Con respecto a las eficiencias prevenidas en el Art. 81.3 es digno de destacarse que a partir del Reglamento (Art. 1.2) (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE) (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1): *“Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”*.

También destaca el Profesor Alonso Soto como uno de las novedades más importantes de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia la de la implantación del sistema de exención legal en materia de prácticas colusorias (Alonso Soto, R.; *“La nueva regulación de la defensa de la competencia”*; Conferencia dictada el 13 de diciembre de 2007, en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid y dentro del ciclo organizado por la Academia Matritense del Notariado): *“La sustitución del sistema de la autorización administrativa previa por el de la exención legal, que se ha producido en el ámbito comunitario europeo a raíz de la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1/2003 el 1 de mayo de 2004, exigía una respuesta del derecho nacional que se contempla ahora en la nueva Ley. La Ley española ha optado en este punto por acomodar nuestro sistema al sistema comunitario, implantando un sistema de exención legal que presenta las siguientes características: a) Consagra el principio de que aquellos acuerdos que reúnen los requisitos de generar ventajas de tipo económico, permitir a los consumidores participar de esas ventajas y no eliminar totalmente la competencia quedan exentos de la prohibición contenida en el artículo 1 LDC; b) Suprime la obligación de la notificación previa de los mencionados acuerdos; c) Establece como metodología de análisis que serán los propios operadores económicos los que deberán realizar la evaluación de la concurrencia de los citados requisitos para que un acuerdo pueda acogerse a la exención legal; d) El control de la corrección de dicho análisis se hará «a posteriori» por las Autoridades de Competencia; e) La carga de la prueba de la existencia de una infracción corresponderá a las Autoridades de Competencia y la de que concurren las condiciones de exención al operador económico”*.

Sobre restricciones accesorias puede consultarse: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; *“El control de concentraciones en la Unión Europea”*; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 10; Págs. 257 y Ss./ Sobre la noción de restricción accesoria, sus requisitos y tratamiento puede verse Bello Martín-Crespo, P.; *“Concentración de empresas de dimensión comunitaria”*; Pamplona, 1997; Aranzadi; Cap. VI, Págs. 461 y Ss./ Calvo Caravaca A. L.; Goñi Urriza N.: *“El control de las concentraciones de dimensión europea”*; Madrid, 1999; Universidad Carlos III-BOE, Págs. 289 y Ss.

Hecho el anterior *excursus* sobre restricciones accesorias y constatado que en el caso *AVS III/colusión* no nos encontrábamos ante esa clase de restricciones, cabría afirmar que se trataba de restricciones de la competencia del llamado “nucleo duro”, *hard core restrictions*, y, además, en su manifestación más radical, pues tenían como objeto restringir la competencia en los mercados afectados (Art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE).

Al tratarse de una restricción por el objeto, no se haría necesario analizar sus efectos anticompetitivos, posibles o reales, en los mercados para su prohibición (Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados C-501/06 P y otros, *GlaxoSmithKline*, considerando 55; el asunto C-209/07, *BIDS*, considerando 16; el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Rec. 2009, p. I-4529, considerandos 29 y ss. y el asunto C-7/95 P, *John Deere*, considerando 77). Por lo anterior, no resultaba decisivo que los efectos anticompetitivos de tal restricción se hubieran visto atenuados a consecuencia de haberse apartado *Mediapro* de la estrategia coordinada, adquiriendo por su cuenta los derechos de varios clubes al margen de *AVS*.

El perfil del posible cártel era difuso, no obstante, predominaban los aspectos de la compra conjunta, en la medida en que las partes se obligaban a adquirir los derechos de los clubes a través de la plataforma *AVS* (núms. 194 y ss. de las Directrices).

Venía a señalarse en este sentido en el núm. 205 de las Directrices: *“Los arreglos de compra conjunta constituyen una restricción de la competencia por el objeto si no se refieren realmente a compras conjuntas, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, es decir, para incurrir en actividades que por lo general están prohibidas, como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados”*.

En este caso, los mercados afectados eran el de compra de los derechos deportivos y el de la reventa de esos mismos derechos y los principales efectos anticompetitivos podían ser el de la exclusión de competidores potenciales en el mercado de compra, así como el reparto de mercados o el incremento de los precios aplicados en el mercado de reventa, puesto que, aguas arriba, en el mercado de compra, el poder de mercado de los clubes proveedores servía para descartar todo riesgo de reducción de los precios por debajo de niveles competitivos.

No obstante, y reiteramos, al tratarse de restricciones por el objeto, no se hacía necesario para su proscripción evaluar esos efectos anticompetitivos y, ciertamente, no lo hizo la autoridad de la competencia que las prohibió y sancionó sin más. *Sensu contrario* resultaría también lo anterior del número 107 de las Directrices: *“Los arreglos de compra conjunta que no restringen la competencia por el objeto deben analizarse en su contexto jurídico y económico teniendo en cuenta sus efectos reales y probables sobre la competencia”*.

Por las mismas razones no era procedente realizar, en este caso, una evaluación de las posibles eficiencias.

Dejando atrás el pacto de no competencia implícito en la compra conjunta a través de *AVS*, habría que centrarse en los posibles aspectos colusorios horizontales derivados de la puesta en común de derechos deportivos en el seno de *AVS* por parte de los diversos titulares de los mismos y, asimismo, de la definición y mantenimiento de un modelo determinado de explotación de los derechos.

(b) Pacto de puesta en común

En lo que se refiere a la **puesta en común de los derechos adquiridos** de los clubes que en el seno de *AVS* realizaban *Mediapro* y *Sogecable*, podría interpretarse que se trataba de un acuerdo de producción; en la medida en que los derechos sobre cada club eran insumos necesarios y complementarios entre sí para la producción de los derechos sobre la unidad partido.

El mercado afectado directamente sería el de la reventa de los derechos sobre los partidos de fútbol, mientras que podían resultar indirectamente afectados el mercado ascendente de la compra de derechos a los clubes o los posteriores de la comunicación audiovisual. La existencia de poder de mercado, cuota combinada por encima del 20 % en todos esos niveles, determinaba la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por categorías.

Tal acuerdo de producción podía dar lugar a que las partes coordinasen su comportamiento competitivo como proveedores en el mercado de la reventa, tras haberles sido asignada la unidad partido como contraprestación por su aportación al *pool*. El riesgo era el reiterado del reparto de los mercados de la reventa (derechos en abierto/derechos de pago), donde podrían asignar partidos a sus filiales *La Sexta* o *Digital Plus*, y de los posteriores de la comunicación audiovisual, ya a través de plataformas de difusión ya a través de cualesquiera otras como IT o terminales móviles. Lo anterior se veía, sin duda, fuertemente agravado por el hecho de implicar todo el sistema que las partes compartieran, de modo importante, sus costes comunes, todo ello a la vista de la importante proporción de valor que con respecto a todos esos mercados posteriores podían suponer los derechos deportivos.

En este sentido, la situación coincidía perfectamente ser la descrita en el núm. 179 de las Directrices: *“Otra situación en la que los costes comunes pueden llevar a un resultado colusorio se presenta cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente. Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente. Esto debilitaría la competencia descendente y probablemente llevaría a unos precios finales más altos. El beneficio se trasladaría de la fase descendente a la ascendente para compartirlo a continuación en cooperación mediante la empresa en participación”*.

El resultado podía ser el de quedar excluidos los competidores de las partes en cualquiera de los mercados afectados directa o indirectamente y, a diferencia de lo sucedido con el pacto horizontal de no competencia, que entrañaba una restricción por el objeto, sí se hacía necesario, en este caso de la puesta en común, una valoración de los efectos anticompetitivos. En este sentido, dejó advertido la autoridad de la competencia que la puesta en común en el

seno de *AVS* podía llevar a reforzar la posición de las partes en el mercado ascendente de compra, terminando de desalentar a otros compradores potenciales para que acudieran directamente al mismo a hacerse con los derechos, sin esperar a la reventa. Y del mismo modo, dejó apuntado que esa puesta en común servía para reforzar su posición en los niveles de la reventa y de la comunicación audiovisual, en los que podían incrementar los costes de sus rivales y protagonizar abusos de exclusión.

Por otra parte, la complementariedad de los insumos puestos en común en el seno de *AVS*, derechos de unos y otros clubes, necesarios para conformar la unidad/derecho sobre cada partido, podría interpretarse como factor procompetitivo y, ciertamente, podían jugar su papel en el terreno de las eficiencias. Sin embargo, no era suficiente, de primeras, como para descartar la existencia de efectos anticompetitivos.

En este sentido, por ejemplo, cabría destacar como después de esta operación, en verano de 2011, se anunciaba un acuerdo entre *Prisa* y *Mediapro* en virtud del cual, en la temporada 2011/2012, *Canal+* ofrecería 22 encuentros con la presencia del *Real Madrid* o del *FC Barcelona*, lo que suponía seis partidos más que en la temporada anterior 2010-2011. En los canales exclusivos dedicados al fútbol español, *Canal+ Liga* y un nuevo *Canal+ Liga 2*, que se ponía en marcha, los espectadores podrían ver a todos los equipos de fútbol, con ocho partidos cada fin de semana. Así, en el caso de *Canal+* se mantenía su cita clásica del fin de semana con el fútbol de Primera y, además, se mejoraba su oferta. Entre estos partidos se podrían ver tres a través de *Canal+ Liga*, un paquete que incluiría siempre un encuentro que disputase el *Real Madrid* o el *Barcelona* (salvo uno de los enfrentamientos ligeros entre los dos equipos de la temporada). Además, *Canal+ Liga 2* incluiría un total de cinco encuentros de la Primera División de la Liga de fútbol española, en directo y cada fin de semana “*con los choques de equipos imprescindibles de la Primera División como Athletic de Bilbao, Sevilla, Atlético de Madrid, Valencia, Málaga, Villarreal o Betis*”. La cuota mensual para poder ver estos ocho partidos cada fin de semana era de 16,95 euros. En resumen, señalaba la compañía, que con el nuevo acuerdo entre *Prisa TV* y *Mediapro*, los aficionados al fútbol podrían seguir toda la jornada en directo y nueve de los diez partidos del fin de semana a través de los canales de la familia *Canal+*: la cita clásica de *Canal+*, tres partidos en *Canal+ Liga* y cinco más en *Canal+ Liga 2*; es decir, todos excepto el de *La Sexta* y las televisiones autonómicas de los sábados.

Por otra parte, resultaría factor de agravación de los efectos anticompetitivos el hecho de implicar al operador hasta entonces prevalente, *Sogecable*, y al de nueva entrada, *Mediapro*, llamado a erigirse en su principal competidor. Y también lo sería el de no limitarse el acuerdo horizontal a los aspectos de la producción, sino también a los de la explotación y la comercialización, como veremos, con el efecto de llevar la colusión a niveles más cercanos al usuario final. También agravarían los efectos anticoncurrenciales las fuertes barreras de entrada, la falta de dinamismo y las posiciones de incumbencia relativa en los mercados afectados.

Con ser indudables los efectos anticompetitivos del acuerdo de puesta en común en *AVS*, también era posible que se dieran eficiencias. La puesta en común posibilitaba que no quedaran derechos sin explotar, como consecuencia de no llegar a casarse los derechos de los dos equipos en liza. También podía permitir una explotación más racional a través de las diversas ventanas, sin solapamientos de partidos ni incompatibilidades horarias. Todo ello podía beneficiar a los consumidores. Ahora bien, el carácter indispensable de tales eficiencias pasaba porque no excedieran de tres temporadas, en línea con las limitaciones impuestas para

los acuerdos con los clubes y aguas abajo para los acuerdos de reventa de partidos, de manera que, más allá de ese límite, no resultaban indispensables. Y, no sólo eso, sino que, además, más allá de tal límite temporal, resultaría una obstaculización significativa del juego de la competencia en todos los mercados afectados, conforme se dejó expuesto. Por ello, la autoridad de la competencia sancionó el carácter anticompetitivo del acuerdo de puesta en común en el seno de AVS en cuanto excediera de la temporada 2008/2009.

(c) Definición del modelo de explotación

En tercer lugar, además de los componentes de no competencia y puesta en común, habría que ocuparse del consistente en la **definición del modelo de explotación de los derechos audiovisuales**. Este acuerdo admitiría ser calificado como de comercialización si entendiéramos que de lo que se trataba era de que las partes, utilizando AVS, pudieran comercializar conjuntamente los derechos sobre las unidades/partidos. Sin embargo, el sentido de la cooperación, más que el de la comercialización conjunta, era el del reparto del mercado de reventa de los derechos y de las fuentes de abastecimiento para operar en los segmentos descendentes de la comunicación audiovisual. El efecto era el consabido de la exclusión de los competidores en esos niveles.

En particular, *Sogecable* se reservaba de forma indefinida y en exclusiva un partido en TV de pago, y *Mediapro* también de forma indefinida y en exclusiva un partido en TV en abierto, en un contexto en el que ambos estaban integrados verticalmente en esos dos mercados (cláusula quinta del acuerdo).

Lo anterior se acercaba más al cártel que a la mera cooperación horizontal, sin que resultara claramente inscribible en ninguna de las hipótesis de cooperación previstas en las directrices. En todo caso, en la medida en que se buscaba mantener el modelo de explotación de los derechos audiovisuales, la autoridad de la competencia apreció la existencia de eficiencias, en los términos referidos para el componente de puesta en común, es decir, no más allá de la temporada 2008/2009.

Finalmente, observar que los mismos criterios que se acaban de relacionar en el presente epígrafe y en los anteriores para el acuerdo AVS III fueron empleados por la autoridad de la competencia para los acuerdos celebrados por *Mediapro* con *TVC*, por una parte, y con *TVV*, por otra, que entrañaban, en realidad, un pacto de no competencia entre *Mediapro* y esos dos operadores para la compra de los derechos deportivos de los clubes de fútbol.

vi) En el caso Cablevisión

En el caso *Cablevision*, el “mercado de los derechos sobre programas audiovisuales” fue considerado como uno de los mercados relevantes, a pesar de que el mercado en el que más directamente se iban a hacer sentir los efectos de la operación era el entonces emergente en nuestro país de la TV de pago. Amplísimo, hasta el punto englobar todos los demás mercados de contenidos que hemos identificado, fue, por tanto, el mercado de contenidos identificado en este caso *Cablevisión*. Por otro lado, la autoridad nacional de la competencia no vertió datos de los que pudieran deducirse cuotas de mercado sobre las que basar el análisis de ese mercado de contenidos, pues el negocio de la TV de pago era por entonces sólo emergente.

Ese mercado de los contenidos, delimitado en unos términos tan amplios como para comprender a los demás que hemos venido estudiando, en la terminología del Reglamento

Europeo de Concentraciones, no admitiría ser catalogado como mercado de referencia, pues en el mismo sólo estaba activa una de las partes de la concentración, *Canal +*, y la nueva entidad, *Cablevisión*, no iba a actuar directamente en este mercado. Tampoco podría considerarse mercado afectado por la existencia de relaciones horizontales (lo que presupondría que *Telefónica* y *Canal +* estuvieran presentes en el mismo con una cuota combinada superior al 15 % - lo que no llegó a acreditarse - aún cuando la nueva entidad *Cablevisión* no fuera a actuar en el mismo) o verticales (como vimos al tratar del mercado de la TV de pago, en nuestro país – a diferencia, p.e., de lo sucedido en los mercados nórdicos - el mercado de comunicaciones electrónicas consistente en el transporte de señal audiovisual sobre su red en el que estaba activa *Telefónica* y el de los derechos sobre programas audiovisuales en el que funcionaba *Canal +* no estaban entre sí en relación de verticalidad, más bien ambos serían mercados ascendentes con respecto al de la TV de pago).

Más bien, la calificación que habría de corresponder a este mercado de los derechos sobre programas audiovisuales sería la de mercado en el que la operación podía llegar a tener un impacto significativo, al ser un mercado en el que una de las partes, *Canal +*, tenía una cuota superior al 25 % y era complementario de otro, el de comunicaciones electrónicas, en el que otras de las partes, *Telefónica*, estaba también activa con una cuota superior al 25 %, por el hecho de ir ambos referidos a insumos necesarios para la prestación de servicios de TV de pago a los usuarios finales.

Este dato de que, en *Cablevision*, el mercado de contenidos no fuera mercado de referencia, sino sólo mercado en el que la operación podía llegar a tener un impacto significativo, limitaría la posibilidad de formular conclusiones desde la perspectiva de las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales, pues la sistemática de éstas gira en torno al incremento del grado de concentración en un mercado a consecuencia de la agregación de las cuotas disfrutadas en el mismo por las partes concentradas.

Y, en lo que se refiere a la evaluación conforme a las Directrices sobre concentraciones no horizontales de 2008, una de las premisas para la valoración de los efectos anticompetitivos sería la de que la nueva entidad, *Cablevisión* en nuestro caso, quedara con cuotas superiores al 30 % en cada uno de los mercados afectados, lo que no llegaba a darse.

De hecho, las consideraciones del TDC sobre evaluación de la competencia en este mercado apenas si se limitaron a señalar que *Canal +*, a través de la información sobre seguimiento de programas que le iba a proporcionar *Cablevisión* (activa en servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago), podría programar ajustándose a las preferencias de los abonados, haciendo estériles todas las medidas legales encaminadas al fomento de la programación independiente. Lo anterior confirmaba que, al menos en lo que a los mercados de los contenidos se refiere, los riesgos de la operación se hacían sentir, más que sobre la estructura y concentración de los mercados, sobre la posibilidad de intercambio de información y otras formas de colusión en el mismo.

vii) En el caso BiB

En el caso *BiB*, el mercado de contenidos identificado fue el del “suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV de pago”, es decir, uno comprensivo de otros dos diferentes, a saber: contenidos *Premium* deportivos y contenidos *Premium* cinematográficos. Por otro lado, el mercado de los servicios de TV digital interactiva en que iba a estar activa *BiB* no llegaría a ser, propiamente, mercado descendente con respecto al de los contenidos.

En la resolución se omitían los datos actuales sobre cuotas de mercado por razones de confidencialidad. No obstante lo anterior, la Comisión se remitía a un informe de la autoridad nacional de reglamentación inglesa (OFT), anterior en un par de años a su decisión, conforme al cual *BSkyB* disfrutaba de una cuota del 90 % (IHH por encima de 8.100) dentro del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos y una posición dominante dentro del de los contenidos *Premium* deportivos. Dicha institución observaba que la situación no había evolucionado mucho con respecto a la reflejada en ese informe, con lo que la conclusión principal en lo que al análisis de este mercado se refiere tendría que ser la de la existencia, antes de la concentración, de posición dominante de *BSkyB* dentro del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos y deportivos.

Así pues, en este caso, el mercado de contenidos fue definido en términos también amplios, aunque no tanto como en el caso *Cablevisión*. Así, la DG IV centró sus consideraciones sobre evaluación del juego de la competencia en ese mercado comprensivo tanto de los contenidos *Premium* cinematográficos como deportivos. Exactamente por los mismos motivos que acabamos de ver en *Cablevisión*, en *BiB* este mercado de contenidos no podía llegar a ser considerado como mercado de referencia (en él sólo estaba activa una de las concentradas, *BSkyB*, y no lo iba a estar la entidad resultante de la concentración, *BiB*), ni como mercado afectado (no existían relaciones horizontales al no estar activas en el mismo otras partes de la concentración; ni verticales por razones idénticas a las mencionadas para *Cablevisión* a las que vale con remitirse, sólo que cambiando a *Telefónica* por *BT* y a *Canal +* por *BSkyB*). También en este caso la calificación que más se acomodaba a este mercado de contenidos era la de mercado en el que la operación podía llegar a tener un impacto significativo en la medida en que una de las partes de la operación, la propia *BSkyB*, tenía una fuerte presencia en el mismo al tiempo que otra, *BT*, la tenía en otro próximo estrechamente relacionado con el de los contenidos cual era el de la prestación de servicios de telecomunicaciones (ambos eran insumos para los servicios de TV de pago).

De nuevo, por razones idénticas a las expuestas para el caso de *Cablevisión*, el hecho de no llegar este mercado de contenidos a ser un mercado de referencia dificultaría la aplicación de las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales o no. Por esta razón, la Comisión apenas si limitó su valoración a exigir como una de las condiciones para autorizar la operación que *BSkyB*, al suministrar sus canales *Premium* deportivos o cinematográficos a otros operadores de satélite, a cableoperadores o a operadores terrestres, suministrara una señal limpia de iconos interactivos que permitieran derivar al telespectador hacia los servicios de *BiB*.

A escala nacional, un caso de estrechamiento de márgenes o pinzamiento se dio en este mercado de los contenidos *Premium* para TV de pago en el asunto *BSkyB* (CA98/20/2002 dated 17 December 2002). De haber soportado *BSkyB* en el tramo mayorista de la adquisición de contenidos los mismos costes que aplicaba a sus competidores por la venta de esos mismos contenidos, y teniendo en cuenta los precios a los que los comercializaba entre

los usuarios finales, *BSkyB* habría sufrido pérdidas pues no habría podido amortizar los costes de lanzamiento de su plataforma de TV de pago. En este caso se trataba de un caso de abuso de posición dominante desvinculado de cualquier supuesto de concentración. El abuso era tan explotativo (aplicaba precios abusivos a los compradores de sus contenidos) como excluyente (en horizontal buscaba excluirlos del mercado de la TV de pago).

También años después del caso *BiB*, en el caso de *Newscorp*, la prensa se hacía eco (v. Cinco Días de 20 de agosto de 2011) de que, tras el escándalo de escuchas ilegales y los sobornos a policías protagonizado por periodistas del grupo en el Reino Unido y de la decisión de la empresa de retirar la oferta para hacerse con el 100 % de su plataforma televisiva *BSkyB* ante el malestar generado en el Gobierno de David Cameron, las autoridades de la competencia en Reino Unido se decantaban por liberalizar el mercado del cine en la televisión de pago y romper el dominio que en él ejercía *Sky*, otra de las empresas del grupo Murdoch. *Sky* tenía la exclusiva con las seis grandes productoras de Hollywood para emitir las películas en su estreno en televisión. Un acuerdo que le otorgaba ventaja sobre rivales como *Virgin*, *Media* o *BT Vision*. “*El control de Sky sobre este contenido en la televisión de pago le permite atraer a más abonados que sus rivales, lo que aumentaba su ventaja a la hora de pujar por nuevos derechos cinematográficos*”, señalaba Laura Carstensen, responsable de la investigación puesta en marcha por competencia. Entre las medidas que el regulador barajaba para mejorar la competencia en este mercado figuraban la posibilidad de restringir el número de *majors* con las que *Sky* podría firmar acuerdos para emitir cine de estreno; limitar la naturaleza de estos acuerdos; u obligar a *Sky* a ofrecer a sus abonados algunos de los canales de cine de sus rivales.

viii) En el caso Vía Digital

(1) Contenidos Premium deportivos

Inciendo ya sobre el caso *Vía Digital*, recordaremos que los cuatro mercados de contenidos (“mercados afectados”) identificados en este asunto fueron: **(a)** contenidos *Premium* deportivos; **(b)** contenidos *Premium* cinematográficos; **(c)** edición y comercialización de canales temáticos; y **(d)** obras audiovisuales (producción de programas) para TV.

En cuanto al mercado de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago, ciñéndonos a este caso de *Vía Digital*, la primera observación tendría que ser la de que, en los mercados de los contenidos *Premium* deportivos, los derechos de difusión corresponderían, en primer lugar, a los organizadores de los eventos, ya fueran estos los clubes de fútbol (Liga o Copa del Rey) o la *UEFA* (Liga de Campeones o Copa de la *UEFA*). Este mercado que pudiéramos llamar “primario” (mercado de la oferta) de los derechos de emisión difícilmente admitiría ser calificado como monopolístico o no; por ejemplo, en el caso de la Liga habría muchos clubes titulares de los derechos, pero todos ellos se verían forzados a actuar de forma coordinada a la hora de vender los derechos de imagen a los difusores como consecuencia de estar todos ellos integrados en una competición oficial (la pauta es la de que, para poder retransmitir cierto acontecimiento, el difusor tenga cedidos los derechos por los dos clubes que se enfrentan). No obstante, el mercado “secundario” (mercado de compra), es decir, cuando ya los derechos han sido cedidos a los difusores sí admitiría esa calificación.

En el caso *Vía Digital*, el TDC fijó las cuotas de mercado atendiendo al número de clubes respecto de los que cada difusor disfrutaba los derechos. Lo anterior, hasta cierto punto, no

daría una imagen fiel de la situación existente en el mercado desde el mismo momento en que no atribuirán la misma cuota de mercado, en términos de ingresos, los derechos sobre los partidos del *Real Madrid* o el *Barcelona* que sobre cualquier otro equipo. En todo caso, siendo éste el criterio manejado por la autoridad de la competencia, es a él al que habría que estar.

Así, la situación por cuotas en el mercado secundario o de compra era la siguiente: *Sogecable* contaba con los derechos de 19,4 clubes (46,2 % de cuota de mercado), *Admira* con los de 18,4 (43,8 % de cuota de mercado) y *Televisió de Catalunya* con los de 3,2 (7,7 % de cuota de mercado). Para estos cálculos se prorrateaban los derechos sobre equipos de los que, indirectamente, disfrutaban las partes a través de *Audiovisual Sport*.

A la vista de lo que precede, el mercado español de los contenidos *Premium* futbolísticos en el escenario prefusión era un mercado duopolístico, concentrado y con un IHH de 4.112. En el mismo, no cabía entender que hubiera posiciones dominantes individuales aun cuando tanto *Admira* como *Sogecable* disfrutaran de un indudable poder de mercado. En cuanto a la posible existencia de posiciones dominantes colectivas, cabía planteársela en el caso de la actuación coordinada entre *Sogecable* y *Admira* sobre todo con vistas a compensar el fuerte poder de los proveedores (los clubes) en el mercado primario y también en los mercados posteriores de reventa de derechos a otros operadores a través de la plataforma conjunta constituida por *Audiovisual Sport*. Ahora bien, con ser cierto lo anterior, una vez verificada esa adquisición la coordinación dejaría ya de existir en los mercados descendentes de la difusión televisiva donde las propias *Sogecable* y *Admira* ya sí entrarían en competencia para captar abonados.

Además habría que dejar advertido que lo anterior vendría referido a los principales componentes del mercado español de los contenidos *Premium* futbolísticos, a saber, Liga y Copa del Rey. Los derechos sobre partidos de fútbol disputados por equipos españoles en Liga de Campeones y Copa de la UEFA se integrarían también en ese mismo mercado y de ellos los primeros correspondían a RTVE y los segundos a las cadenas autonómicas. A pesar de que estos últimos derechos integraban el mismo mercado pertinente de producto que aquellos otros referidos a las competiciones nacionales, la autoridad de la competencia no los tuvo en cuenta con vistas a fijar cuotas globales dentro del mercado de producto de los contenidos *Premium* deportivos.

La calificación que al mercado de los contenidos *Premium* deportivos podía corresponder podía perfectamente ser la de mercado de referencia, en el sentido de ámbito donde debía ser evaluada la posición de la nueva entidad (plataforma resultante de la fusión) en el mercado. Lo anterior era así porque la operación notificada entrañaba la centralización en la nueva plataforma de la titularidad de los derechos sobre contenidos *Premium* deportivos que antes venían correspondiendo a *Telefónica* y a *Sogecable*. En este sentido, si bien era cierto que ambos operadores, ya antes de la operación, estaban coordinados a través de una plataforma de adquisición conjunta de derechos como *Audiovisual Sport (AVS)*, cuya finalidad era la de reforzar su poder de compra para compensar el poder de mercado disfrutado por clubes y asociaciones en el mercado primario de la oferta de derechos de retransmisión, también lo era que esa coordinación no podía llegar a ser tanta como la que pudiera derivarse de la unificación de personalidades jurídicas en una entidad de nueva creación. En vista de lo anterior, la evaluación del juego de la competencia en el mercado tras la operación desde la perspectiva de los instrumentos europeos podría mantener su sentido.

No obstante, esta evaluación pasaría por asumir ciertas inexactitudes asociadas a las siguientes circunstancias. En primer lugar, la ya comentada de no entrañar la operación el surgimiento *ex novo* de una coordinación hasta entonces inexistente (la coordinación existía, lo que ocurre es que no hasta el extremo de la unificación de personalidades). En segundo lugar, como vimos al tratar del análisis del mercado, el TDC no facilitó datos de los que pudieran inferirse cuotas dentro del mercado global de los contenidos *Premium* deportivos, en el sentido de comprender no sólo los partidos de Liga y Copa del Rey, sino además las competiciones europeas (lo anterior supondría limitar la evaluación a una parte, si bien la más significativa, del mercado de producto pertinente, a saber, la referida a las competiciones nacionales). Por otra parte, como se encargó de recalcar el propio TDC, la “parte” del mercado de los contenidos *Premium* deportivos referida a competiciones europeas era mucho más competitiva, al ser más enconada la competencia que se hacían entre sí difusores en abierto y de pago y por ciertas intervenciones de la autoridad europea de la competencia que habían supuesto una drástica reducción de los plazos de exclusividad. Lo anterior llevaría a que, paradójicamente, las condiciones de competencia no fueran homogéneas en todo el mercado de referencia. En tercer lugar, vimos que el TDC fijó cuotas dentro de la parte nacional de ese mercado atendiendo al número de clubes respecto de los que se disfrutaban los derechos, lo que no terminaba de dar una imagen fiel pues, como ya dijimos, los ingresos derivados de la retransmisión de los partidos de uno u otro club variaban mucho en función de cual fuera su base de aficionados.

Prescindiendo de la actuación de las partes como revendedores en el mercado mayorista de los derechos sobre contenidos *Premium* deportivos, concediendo licencias a otros difusores en abierto o de pago (lo que vimos se instrumentaba a través de la plataforma conjunta *Audiovisual Sport*), la finalidad principal de los contenidos *Premium* deportivos adquiridos por las partes era el autoconsumo, es decir, su integración dentro de su oferta de contenidos a los abonados en el mercado descendente de la TV de pago. Lo anterior llevaba a que los riesgos derivados de la operación para el juego de la competencia se proyectaran en vertical sobre este último mercado, pudiendo estos consistir más en una elevación de los precios aplicados a los abonados que en limitaciones de la producción (al ser el fútbol un producto perecedero respecto del cual no tendría sentido recortar las emisiones) o rebajas en la calidad o en la innovación (al no ser estos parámetros determinantes dentro de estos mercados de los contenidos *Premium* de fútbol y de la TV de pago salvo, si acaso, en cuanto a los servicios en alta definición).

Hechas todas las anteriores precisiones sería ya posible pasar a proyectar la operación notificada sobre el mercado de los contenidos *Premium* deportivos para así concretar la evaluación del juego de la competencia en el mismo. Así, la operación iba a suponer que las partes pasaran a disfrutar de una cuota de mercado de más del 90 % o, lo que es igual, pasar de un IHH de 4.112 a otro por encima de 8.100, lo que arrojaba un *delta* próximo a los 4.000 puntos. Es decir, que la operación entrañaba la creación de una posición dominante, casi monopolística, en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos referidos a competiciones nacionales y la posibilidad de que la nueva plataforma pudiera llegar a abusar de la misma. Este abuso de posición dominante podría llegar a tener una proyección vertical descendente (respecto a las condiciones aplicadas a los telespectadores) más que horizontal (prácticamente no quedarían competidores en el mercado de referencia tras la concentración; sólo *Televisió de Catalunya* con los derechos de apenas tres clubes) o vertical ascendente (por el poder de los clubes en el mercado primario de la oferta de derechos). A la luz de lo anterior y de los parámetros manejados por la Comisión (*vid supra*), los riesgos para el juego de la competencia dentro del mercado de los contenidos *Premium* deportivos derivados de la

operación resultaban evidentes y podían llegar a verse agravados por la existencia en el pasado de antecedentes de concertación entre las partes (Vg. en *Cablevision*).

Los efectos anticompetitivos de la concentración sobre el mercado de referencia iban a ser, sobre todo, los no coordinados derivados del hecho de desaparecer a raíz de ella, de forma definitiva, la competencia entre *Sogecable* y *Telefónica (Admira)* en el mercado de la compra de contenidos *Premium* deportivos nacionales, efectos que quedarían agravados por el hecho de disfrutar las partes de importantes cuotas de mercado y por el de quedar la nueva plataforma en condiciones de bloquear la entrada de nuevos competidores interesados en la puja gracias a la existencia de pactos de exclusividad y a la larga duración de estos y a la de derechos de adquisición preferente con vistas a futuras negociaciones. Y, en cuanto a los efectos anticompetitivos coordinados, aparte de los consistentes en reforzar el grado de coordinación preexistente hasta el punto de la integración jurídica, no habría riesgo significativo de otros efectos anticompetitivos coordinados dentro del mercado de los contenidos *Premium* deportivos pues la nueva plataforma iba a quedar en posición cuasimonopolista dentro del mismo.

Tampoco en este caso concurriría ninguno de los neutralizadores de los efectos anticompetitivos de carácter general. En primer lugar, la competencia potencial para la adquisición de los derechos sobre partidos de Liga y de Copa del Rey procedente de difusores en abierto y cableoperadores era muy limitada (en el caso de estos últimos porque sus mayores esfuerzos económicos se localizaban en el tendido de infraestructuras) por la existencia de importantísimas barreras de entrada de índole económica. En segundo término, los abonados a TV de pago ejercerían un nulo poder de compra sobre la nueva plataforma resultante de la fusión (ésta, más bien, soportaría esa presión competitiva en el mercado ascendente de la oferta de contenidos por los propios clubes). Por último, tampoco de la integración de las plataformas parece que hubieran de derivarse eficiencias para los consumidores (era probable que su posición reforzada permitiera a la plataforma resultante de la concentración obtener una rebaja de los precios aplicados por los clubes en la venta de sus derechos de imagen, pero no lo era tanto que esta última tuviera incentivos para trasladar lo anterior a sus abonados por la vía de la rebaja de tarifas).

Dicho lo anterior, sí concurrían, no obstante, en este caso otros factores más de atenuación que de neutralización de los efectos anticompetitivos, a saber, la obligación legal de difundir ciertos partidos en abierto conforme a la Ley 21/97 y el mandato de la Comisión para que fueran concedidos a otros operadores licencias de emisión de partidos en pago por visión. Sin embargo, los mismos no llegaban a dotarse de la entidad necesaria como para contrarrestar la práctica anulación de la competencia potencial dentro del mercado de los contenidos *Premium* deportivos nacionales (Liga y Copa del Rey) que la concentración suponía conforme a todo lo que hemos dejado expuesto. De todo lo anterior que, para autorizar la operación, el TDC impusiera una serie de condiciones referidas a este mercado de las que las más importantes se traducían en la renuncia por las partes a los derechos de adquisición preferente sobre estos contenidos que pudieran tener concedidos, en una drástica reducción de la duración de las exclusivas y en la renuncia a los derechos de los que pudieran ser titulares para plataformas diferentes de la satelital (Vg., Internet).

Finalmente, los efectos verticales de la operación de concentración resultaban indudables en el eje de los contenidos *Premium* deportivos con la TV de pago, por la presencia de *Sogecable* y *Telefónica* en los primeros y de la nueva plataforma *Digital Plus* en el segundo. Estos efectos se dejaron ya apuntados al tratar del mercado de la TV de pago. En cuanto a los

efectos conglomerales, pese a la presencia de las partes, *Sogecable* y *Telefónica*, en varios mercados de contenidos complementarios entre sí (obras audiovisuales, canales temáticos, los propios derechos deportivos, etc.), al ser todos ellos insumos para la prestación de servicios de TV de pago, los mismos tampoco llegaban a ser importantes, por el carácter desconcentrado de algunos de esos mercados de contenidos, etc., de modo que no resultaban imaginables prácticas de vinculación, venta empaquetada o apalancamiento. Estas consideraciones resultarían igualmente válidas para los demás mercados de contenidos de que pasamos a ocuparnos.

(2) En el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos

El segundo de los mercados de contenidos identificados en *Vía Digital* era el de los contenidos *Premium* cinematográficos.

Entrando en las conclusiones sobre análisis del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, recordar que la estructura de la oferta procedía de los siete grandes estudios norteamericanos, sin embargo no se dejaban reflejadas las cuotas de mercado correspondientes a cada uno de esos grandes estudios ni a escala mundial ni tampoco nacional. Lo anterior imposibilitaría la labor de hilar conclusiones en materia de análisis del mercado desde la sistemática que nos hemos venido proponiendo. Sí era un rasgo esencial el de comercializarse los derechos sobre estos contenidos sobre la base de pactos de larga duración y exclusividad (*output deals*).

Por razones idénticas a las expuestas para el mercado de los contenidos *Premium* deportivos, podía entenderse que el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos (mercado de compra) era mercado de referencia, toda vez que era éste uno de los mercados en los que podía ser evaluada la posición de la nueva plataforma resultante de la fusión, en la que quedarían centralizados los derechos de *Sogecable* con relación a seis *majors* y los de *Vía Digital* con relación a uno. A diferencia de lo ocurrido con ese otro mercado *Premium* de derechos de fútbol, no existía en éste de los derechos sobre cine una coordinación previa de las partes, lo que tendería a dotar de una mayor intensidad a los efectos anticompetitivos en el caso que ahora nos ocupa. Por otra parte, la evaluación del juego de la competencia en este mercado vendría condicionado por la ausencia de datos (ni por valor de las ventas, ni por su volumen) sobre cuotas disfrutadas por los grandes estudios en el mercado (mundial o nacional) de la venta de contenidos *Premium* cinematográficos ni por las partes en el nacional de la compra de esos contenidos.

Por otra parte, en este mercado, la actividad de *Sogecable* y *Vía Digital* en la reventa a otros difusores de los contenidos *Premium* cinematográficos para primera y segunda ventana de TV de pago era inapreciable. Es decir, que los *films* de *Hollywood* eran un *input* que las partes precisaban para la prestación a sus suscriptores de los servicios de TV de pago. Partiendo de lo anterior, la concentración podía suponer que el nuevo operador nacido de la fusión (monopolista en contenidos *Premium* cinematográficos) pudiera llegar a tener incentivos para elevar las tarifas aplicadas a sus abonados (al no tener que soportar la competencia procedente de otras plataformas con contenidos igualmente atractivos en su parrilla) o para rebajar la calidad o cantidad de los *films* adquiridos hasta sólo alcanzar los umbrales mínimos como para competir con la oferta de TV en abierto.

Como ya se ha dicho, no se vertían en el informe del TDC datos sobre cuotas de mercado disfrutadas por las fusionadas en el mercado de los contenidos *Premium* de cine, por lo que

no habría lugar al cálculo de los niveles de concentración en él antes y después de la operación. El dato, sin embargo, de que *Vía Digital* disfrutara de los derechos correspondientes a sólo uno de los siete grandes estudios supondría un factor de atemperación de los efectos anticompetitivos con respecto a los verificados en el ámbito de los contenidos *Premium* deportivos, donde su posición era más pareja a la de *Sogecable*. En este caso, la operación entrañaba más que el riesgo de la creación de una posición dominante, la cual ya existía previamente en manos de *Sogecable*, la de la consolidación o apuntalamiento de la misma. Mediante un razonamiento paralelo al que hemos hecho al tratar del mercado de los contenidos *Premium* deportivos, tendríamos que los efectos del eventual abuso de esa posición dominante se proyectarían más en horizontal, bloqueando la entrada a potenciales competidores en el mercado de compra de los derechos sobre los *films* de Hollywood, y en vertical descendente, mediante la aplicación de condiciones abusivas a los abonados en el de la TV de pago, que en vertical ascendente, por el poder de los *majors* en el mercado de venta.

Los efectos anticompetitivos no coordinados serían muy similares a los derivados de la operación en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos. Tras ella, desaparecería la ya de por sí débil competencia que *Vía Digital* venía ejerciendo sobre *Sogecable* a la hora de adquirir grandes superproducciones. Precisamente, por ser débil esa competencia previa, esta clase de efectos anticompetitivos no llegarían, sin embargo, a ser de tanta intensidad como en aquel otro mercado. Por otra parte, por razones también similares a las expuestas al tratar de este último, los efectos anticompetitivos coordinados no resultarían especialmente importantes: la escasa cuota de mercado disfrutada por *Vía Digital* restaría importancia a la coordinación implícita en la integración jurídica de ambos operadores y, en segundo término, el escenario *post* concentración no arrojaría la existencia de operadores con cuotas elevadas de mercado con los que pudiera concertarse en horizontal la nueva plataforma resultante de la fusión.

Finalmente, y en cuanto a la inexistencia de factores de neutralización de los efectos anticompetitivos, valdría con remitirse íntegramente a lo dicho al tratar del mercado de los contenidos *Premium* deportivos sobre la ausencia de competencia potencial para la compra de contenidos, por la existencia de elevadísimas barreras de entrada de tipo económico, sobre el nulo poder compensatorio ejercido por la base de abonados y sobre la ausencia de eficiencias asociadas, por ejemplo, al hecho de que el reforzamiento del poder de compra de la nueva plataforma frente a los grandes estudios oferentes de contenidos pudiera llegar a estimularla para rebajar las tarifas aplicadas a los abonados o invertir en la mejora de los contenidos adquiridos.

En conclusión, a pesar de que en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos los efectos anticompetitivos de la operación iban a ser más atenuados que en el de los deportivos, por el hecho de ser más débil la posición previa de *Vía Digital* en aquél que en éste, la eliminación de la competencia potencial en el mercado considerado, a consecuencia de la consolidación de una posición monopolística en el mismo que supondría cerrarlo a nuevos entrantes, máxime, atendiendo a la existencia de *output deals* con los rasgos de fuerte exclusividad, larga duración y posibilidades de renovación a favor de los grandes estudios, indujo al TDC a exigir, con vistas a autorizar la operación, que la nueva plataforma reconociera un derecho de resolución unilateral a favor del gran estudio que había contratado con *Vía Digital* (*Metro Goldwyn Mayer*) y a que quedara reducido a un año el plazo de duración de los *output deals* suscritos.

(3) Obras audiovisuales para televisión

Un tercer mercado de contenidos en el caso *Vía Digital* era el de la producción de programas para TV en abierto o de pago (obras audiovisuales para TV). Como hemos podido ver en los dos casos anteriores, en el informe del TDC tendían a englobarse en un solo mercado de contenidos los que eran, en realidad, dos mercados y hasta tres mercados distintos. Así, por ejemplo, en contenidos *Premium* deportivos habría un mercado de venta de derechos en el que los clubes competían entre sí para esa venta (por más que esa competencia hubiera que matizarla mucho a consecuencia de la coordinación entre ellos por el hecho de participar en una misma competición oficial), otro de compra en el cual los operadores de TV competían entre sí para la compra de esos derechos (por más que dicha competencia se viera también atenuada a consecuencia de coordinarse esos operadores en el seno de una plataforma de adquisición conjunta) y otro de reventa de esos derechos por parte de estos últimos a otros difusores televisivos.

En el ámbito de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos no hemos llegado a deslindar esos mercados por no exigirlo la exposición relativa a la evaluación del juego de la competencia. Sin embargo, ese deslinde sí podría ser necesario en el caso de la producción de programas para TV. Así, tendríamos, por una parte, el mercado de la venta a terceros de programas de TV y, por otra, el de la compra de esos mismos programas. En este caso, la existencia de relaciones entrecruzadas entre *Telefónica (Vía Digital)* y *Sogecable* dificultaba mucho la catalogación unívoca de cualquiera de esos dos mercados como mercado de referencia, mercado afectado (relaciones horizontales o verticales) o mercado donde la operación podía llegar a tener un impacto significativo. Lo anterior, sin llegar a impedir la formulación de conclusiones desde la perspectiva de la evaluación del juego de la competencia, condicionaría mucho esa evaluación, como veremos a continuación.

En el mercado de la oferta, *Sogecable* estaba activa vendiendo programas a terceros y también lo estaba *Telefónica* (si bien *Vía Digital* no vendía programas a terceros, al destinar a autoconsumo toda su producción, *Telefónica* controlaba *Endemol*, que sí competía con *Sogecable* en ese mercado). En el mercado de compra de esa clase de programas, estaban presentes tanto *Sogecable* como *Telefónica* (esta última a través de *Vía Digital*, pero también de *Antena 3*; en esta última, tras la operación, tuvo, no obstante, la obligación de desinvertir por mandato legal como hubo ya oportunidad de reseñar al tratar del mercado de la TV de pago).

En este mercado y asunto, si bien el TDC dejó reflejadas las cuotas de mercado disfrutadas por *Sogecable* y *Telefónica* en términos de número de horas emitidas, lo cierto es que dicha autoridad nacional de la competencia no fijó las cuotas de mercado disfrutadas por otros productores de programas. El TDC apuntó que el criterio del número de horas emitidas podría ser mucho menos revelador del poder de mercado de una productora cualquiera que el de los ingresos obtenidos.

La evaluación del juego de la competencia venía condicionada por la ausencia de datos sobre cuotas de mercado en el propio informe del Tribunal, el cual apenas si se limitó a consignar los referidos a número de horas emitidas en TV dedicadas a obras de *Telefónica* y de *Sogecable* (lo que se alejaba de cualquier referencia a los ingresos, que serían los que, de verdad, revelarían el poder y cuota de mercado de las partes). La ponderación de los efectos anticompetitivos surgidos de la concentración desde la perspectiva de las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales quedaría aquí muy

limitada por razones que reiteraremos al tratar del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos: **(a)** en el mercado de venta no iba a estar directamente activa la entidad resultante de la concentración; **(b)** en el mercado de compra llegaría a estarlo, pero tampoco facilitó el TDC datos sobre cuotas de mercado.

Por estas razones, la evaluación del juego de la competencia tendría más sentido realizarla aquí desde el enfoque de la colusión o concertación horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica* en los mercados de referencia de la venta y de la compra de programas para TV en abierto o de pago y desde el de la colusión vertical dentro de la cadena venta de programas/compra de programas/difusión televisiva en varios de cuyos eslabones estaban activas ambas. En este sentido, el TDC concluyó que los riesgos para el juego de la competencia eran evidentes; sin embargo no impuso condiciones que específicamente fueran referidas a este mercado a fin de preservar el juego de la competencia en el mismo.

Ahora bien, la valoración de la colusión o cooperación horizontal entre las partes debía hacerse más bien con una visión prospectiva y referida al escenario posterior a la fusión. Para dicha evaluación bastaría con proyectar todas las consideraciones que, a título general, hemos dejado reflejadas al ocuparnos a título general de estos fenómenos en el mercado español.

En obras audiovisuales, partiendo de que tanto *Telefónica* (*Endemol*) como *Sogecable* tenían una presencia importante del lado de la oferta y que la nueva plataforma la iba a tener del lado de la demanda, los riesgos de colusión vertical eran evidentes. En este sentido, los efectos de la misma podrían llegar a ser contrarios tanto al juego de la competencia intermarcas como intramarca. En cuanto a la primera, la concertación entre *Telefónica* y *Sogecable* podía llegar a traducirse en que las obras de una y otra no compitieran en el mercado de los contenidos (al tratarse de un mercado intermedio estos efectos serían menos graves que los de la eliminación de la competencia intercadenas en los mercados descendentes de la difusión televisiva). Respecto a la competencia intramarca, la operación podía llegar a entrañar que la plataforma resultante de la fusión no hubiera de entrar en competencia con otras para la distribución de las obras ya de *Sogecable* ya de *Endemol*.

Por otro lado, dada la vinculación entre *Sogecable* y *Telefónica*, por una parte, y la nueva plataforma resultante de la fusión, por otra, más que de colusión vertical de lo que cabría hablar es de auténtica integración vertical. La aplicación del Reglamento de Exención por categorías resultaría difícil atendiendo a razones de lo más diverso: los umbrales de cuota de mercado, el hecho de implicar la colusión vertical a empresas competidoras (*Sogecable* y *Telefónica*), el de constituir los derechos de propiedad intelectual el objeto principal de la cesión, etc.

Tampoco cabría que pudiera llegar a ser aplicada la Comunicación *de minimis* al existir poder de mercado por encima del umbral del 10 %. Los efectos restrictivos para el juego de la competencia que podían llegar a darse como consecuencia de la colusión vertical eran, prácticamente, todos los que vimos de carácter general, a saber: **(a)** la exclusión del mercado de otros proveedores de obras audiovisuales para TV; **(b)** la creación de un ambiente propicio para la colusión entre *Sogecable* y *Telefónica* en el mercado ascendente de la producción de programas como consecuencia de la restricción de la competencia intermarcas a que se hizo referencia; **(c)** la limitación de la competencia intramarca en los mismos términos a los que se acaba de hacer referencia en el párrafo anterior. Como factores que, de un modo especial, harían más perceptibles estos efectos podrían destacarse, ante la ausencia de datos sobre las cuotas disfrutadas por *Sogecable* y *Telefónica* y por sus competidores y la inexistencia de

barreras de entrada de carácter significativo, el alto grado de madurez del mercado de la producción de programas para TV o algún otro factor como podría ser el de la existencia de antecedentes de colusión entre *Telefónica* y *Sogecable* (*Cablevisión*).

Además era posible que esa colusión vertical se invistiera de alguna de las formas de restricción incluidas en el grupo de marca única (Vg. una cláusula de imposición de cantidades fijas de programas por parte de *Telefónica/Endemol* a la nueva plataforma), de suministro exclusivo (Vg. una cláusula por la que *Sogecable* se obligara a suministrar obras audiovisuales en exclusiva a la nueva plataforma resultante de la fusión pero no a otros operadores de TV en abierto o de pago), etc. En menor medida cabría que llegaran a darse restricciones verticales incluidas dentro del grupo de mantenimiento del precio de reventa toda vez que el peso de las obras audiovisuales en la parrilla de programación de los operadores de TV de pago no sería tanto como para condicionar el precio satisfecho por los abonados (a diferencia de los contenidos *Premium*). En cuanto a los concretos efectos anticompetitivos derivados de cualquiera de esas restricciones verticales valdría con remitirse a lo que se ha venido diciendo a título general.

(4) Canales temáticos

El cuarto mercado de contenidos en el caso *Vía Digital* era el de la edición y comercialización de canales temáticos. También en este caso, con arreglo a razonamientos idénticos a los expuestos al tratar del mercado de la producción de programas para TV, sería dable distinguir entre el mercado de venta de estos canales y el de compra de los mismos.

Fue el asunto *Vía Digital* uno de los pocos casos de identificación del mercado de la edición y comercialización de los canales temáticos. Aun cuando el TDC facilitara en su resolución datos sobre cuotas de mercado con arreglo a otros parámetros, lo cierto es que una perspectiva global sólo la ofreció con sujeción al del número de suscriptores abonados a cada canal. Con arreglo a este último, las cuotas de mercado eran las siguientes: *Sogecable* (27 %), *Grupo Telefónica* (8 %), grandes estudios (26 %), productores nacionales independientes (11 %) y productores internacionales independientes (28 %). Ahora bien, en la medida en que dichos porcentajes agrupaban a diversos editores, los mismos no permitirían hacer un cálculo exacto del IHH.

En el mercado de la venta de canales, en el que estaban activas tanto *Telefónica* como *Sogecable*, los datos sobre cuotas de mercado los facilitó el TDC atendiendo a dos parámetros, el del número de canales comercializados y el del número de abonados a los mismos. El hecho de que, como dijimos más arriba, la imagen más fiel del poder de mercado correspondiente a los editores dentro de este mercado la proporcionen más el valor (ingresos) que el volumen (unidades vendidas) de las ventas nos conduciría a primar el factor del número de abonados. Así, atendiendo a este factor, resultaría que la cuota combinada de *Telefónica* y *Sogecable* en este mercado, tras la concentración, quedaría muy por encima del 15 %, concretamente en un 35 %, lo que permitiría catalogarlo más como mercado afectado que como mercado de referencia (la nueva entidad resultante de la concentración no estaría activa directamente en este mercado, sino en el descendente de la TV de pago).

En el mercado de la compra de canales también estaban activas las partes a través de sus respectivas plataformas de TV. Éste, a diferencia del anterior, sí admitía ser claramente catalogado como mercado de referencia, en la medida en que la nueva entidad resultante de la concentración iba a estar directamente activa en el mismo. Sin embargo, del informe del

TDC no resultaban datos de los que pudiera inferirse cuál iba a ser la posición en este mercado de compra de la nueva entidad resultante de la operación.

El dato de que el mercado de la venta de canales temáticos no llegara a ser mercado de referencia, junto con el de que el TDC no facilitara datos sobre la cuota atribuible a la nueva plataforma en el de compra, dejaría asimismo sin sentido la evaluación del juego de la competencia desde la perspectiva ofrecida por las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones y que gira en torno a la existencia de una cuota de mercado incrementada en manos de una única persona jurídica (en este caso seguirían siendo dos en el de venta y en el de compra no se facilitaron datos sobre cuál llegaría a ser esa cuota incrementada).

Así las cosas, la evaluación del juego de la competencia, como en el caso del mercado de la producción de programas para TV, debía tener lugar desde el enfoque, sobre todo, de la colusión horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica* en los mercados de la compra y de la venta de canales temáticos y de la concertación vertical que pudiera resultar del hecho de estar presentes ambas partes en estos dos mercados y además en el descendente de la TV de pago.

Respecto de la colusión o cooperación horizontal valdría con hacer la misma remisión que en el otro mercado no *Premium* de las obras audiovisuales a lo apuntado con carácter general respecto al mercado español de esta clase de contenidos, refiriéndolo al escenario post-concentración.

En cuanto a la ponderación de la colusión vertical en el mercado de la edición y comercialización de los canales temáticos, dadas las similitudes con el que acabamos de ver de la producción de programas para TV, procederá que nos centremos, sólo, en las diferencias más reseñables. En este sentido, lo más notable era que, a diferencia de las obras audiovisuales, dotadas de un carácter más heterogéneo, los canales temáticos estaban duplicados en las plataformas fusionadas por lo que los efectos de la contracción de la demanda iban a ser más drásticos que en aquel otro mercado de producto, agravando así los efectos de la colusión vertical. El factor decisivo era en este caso el del poder de compra de la plataforma resultante de la fusión que iba a quedar en situación de monopsonio frente a los editores nacionales independientes de canales temáticos que, como *Planeta*, habrían de enfrentar el poder de compra incrementado de la nueva plataforma única.

Desde esta perspectiva, el TDC resaltó el riesgo de que la reducción de la demanda de canales en el mercado de compra (consecuencia de reducirse de dos a una las plataformas de TV de pago y de lo improbable de que, en esta última, los canales se mantuvieran duplicados), junto con el de que en el mercado de venta llegara a haber colusión horizontal entre las partes, además de la existencia de cláusulas de vinculación en los *output deals* suscritos con Hollywood, que garantizaban la permanencia de los canales procedentes de los *majors*, pudieran llegar a tener efectos letales sobre el juego de la competencia dentro del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos propiciando la exclusión de otros competidores activos en el mismo.

Ésta fue la razón de que el TDC, para autorizar la operación, impusiera que la nueva plataforma reservara cierto porcentaje de su tiempo de emisión para los canales de terceros, que *Sogecable* suministrara sus canales a terceros en condiciones no discriminatorias y de forma desagregada y, por último, que la propia *Sogecable* renunciara a actuar como agente para España de los canales temáticos norteamericanos.

ix) En el caso *Stream*

En el caso *Stream* los dos mercados de contenidos identificados por la autoridad italiana de la competencia fueron el de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos. Dado que el caso italiano fue una réplica del español nos limitaremos, en las tareas de análisis y evaluación del juego de la competencia en el mismo, a reseñar las especialidades con respecto a este último que sean dignas de especial mención.

Respecto a las conclusiones sobre el análisis del mercado italiano de los contenidos *Premium* deportivos en el caso *Stream*, la autoridad italiana de la competencia no dejó reflejados en su resolución datos sobre cuotas de mercado. En cualquier caso, las similitudes con el caso español restarían importancia a lo anterior. La estructura de la oferta, clubes y *UEFA*, y de la demanda, *Stream* y *Telepiù*, era muy similar a la existente en el mercado español que acabamos de ver. La principal diferencia tal vez pudiera cifrarse en la inclusión dentro del mercado italiano de los contenidos *Premium* deportivos no sólo de contenidos futbolísticos, sino también de los referidos a otros deportes en los que pudieran participar equipos o deportistas italianos, y en la de no comprender los contratos con titulares de los derechos todos los modos de difusión, p.e., Internet, a diferencia de lo ocurrido en el caso español.

En cuanto a la evaluación del juego de la competencia en este mercado de los contenidos *Premium* deportivos cabría observar las siguientes especialidades con respecto al caso español. En primer lugar, la ya mencionada definición de este mercado en términos más amplios que en el caso *Vía Digital*, al comprender prácticas deportivas distintas del fútbol, arrojaría, sin duda, una diferente evaluación del juego de la competencia. Además, no constaba en el caso italiano la preexistencia de una plataforma de adquisición conjunta de los derechos por parte de las dos plataformas de TV de pago que iban a fusionarse. Lo anterior llevaría a que los efectos anticompetitivos asociados a la operación tendieran a manifestarse en el mercado italiano con una mayor virulencia que en el español. La valoración de la efectividad del principio de libre competencia en el caso *Stream* vendría asimismo condicionada por el hecho de que la autoridad italiana de la competencia fuera incluso más parca que la española a la hora de reflejar datos sobre cuotas de mercado; ni tan siquiera los facilitó por número de clubes respecto de los que cada difusor ostentaba los derechos. En cuanto a las condiciones para la autorización de la operación, tal vez fuera lo más destacable que la autoridad italiana proponía reducir a un año la duración de los contratos suscritos, mientras que la española proponía que esa misma reducción fuera hasta los tres. En todo lo demás referente a la valoración del juego de la competencia en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos en el caso *Stream* casi valdría con remitirse punto por punto a lo dicho para el caso *Vía Digital*.

Entrando en las conclusiones sobre análisis del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, como en el caso *Vía Digital*, la estructura de la oferta era muy similar y procedía de los siete grandes estudios norteamericanos, sin embargo, en ninguno de los dos casos se dejaban reflejadas las cuotas de mercado correspondientes a cada uno de esos grandes estudios ni a escala mundial ni tampoco nacional. Lo anterior imposibilitaría la labor de hilar conclusiones en materia de análisis del mercado desde la sistemática que nos hemos venido proponiendo. Sí era un rasgo común el de comercializarse los derechos sobre estos contenidos sobre la base de pactos de larga duración y exclusividad (*output deals*) tanto en el caso *Vía Digital*, como en el asunto *Stream*.

Lo más destacable en el caso *Stream* con relación a la valoración de este mercado en el caso español sería lo siguiente. En primer lugar, así como el TDC limitó este mercado a la cesión de derechos para primera y segunda ventana de la TV de pago, por ser las únicas para las que regía el principio de exclusividad, la autoridad de la competencia italiana comprendió también otras ventanas como sería, por ejemplo, el pago por visión. En cuanto a las condiciones para la autorización de la operación, en tanto que el TDC impuso el reconocimiento de un derecho de resolución unilateral a favor de sólo un gran estudio, *Metro Goldwyn Mayer*, si bien limitando a un año la duración de los *output deals* suscritos, la autoridad italiana de la competencia extendió lo anterior a todos los grandes estudios. Además, en el caso italiano, la autoridad de la competencia obligó a la nueva plataforma a desprenderse de las exclusivas en pago por visión, video bajo demanda y video casi bajo demanda. Para todo lo demás concerniente a la ponderación del juego de la competencia en el mercado *Premium* cinematográfico en este caso valdría con remitirse a lo dicho para *Vía Digital*.

x) En el caso HMG

En el caso *HMG*, tampoco la DG4 fijó las cuotas de mercado correspondientes a cada una de las productoras independientes activas en este mercado, si bien apuntó a que el criterio del número de horas emitidas podría ser mucho menos revelador del poder de mercado de una productora cualquiera que el de los ingresos obtenidos.

En el caso *HMG*, el mercado de contenidos identificado de la producción independiente de programas para TV, más que como mercado de referencia en el que fuera a encontrarse activa la entidad resultante de la concentración, *HMG*, debía entenderse como mercado afectado por la existencia de relaciones verticales, al tratarse de un mercado ascendente con respecto al de la difusión televisiva y al disfrutar en él *Endemol* de una cuota por encima del límite del 25 %.

Lo anterior, por razones similares a las expuestas al tratar de este mismo mercado en el caso *Vía Digital*, habría de conducir a dejar hasta cierto punto vacía de contenido la evaluación del juego de la competencia en este mercado de producto desde el prisma ofrecido por las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales.

Más bien esa evaluación habría de hacerse desde la perspectiva de la colusión vertical entre *Endemol* (mercado ascendente de contenidos) y *HMG* (descendente de la difusión televisiva), con la particularidad de que los efectos de esa colusión vertical pendulaban entre uno y otro mercado (la calidad de las producciones de *Endemol* permitirían a *HMG* captar más espectadores e ingresos por publicidad en los mercados descendentes de la difusión televisiva y de la publicidad televisada; la base de espectadores y de ingresos publicitarios de *HMG* permitiría a *Endemol* incrementar los ingresos obtenidos con la venta de sus producciones). Un efecto mediato de esa colusión vertical llegaría a ser el del refuerzo de la posición dominante de *Endemol* en el mercado ascendente de contenidos que le permitiría protagonizar abusos de exclusión al vetar la adquisición por *HMG* de los contenidos audiovisuales procedentes de otras productoras.

La importancia de la colusión vertical fue tal, que sólo tras la salida de *Endemol* de la operación proyectada pudo la misma llegar a ser aprobada en aquella otra decisión posterior a la de 1995.

Como ya hemos dicho, al igual que en *Vía Digital*, la valoración en *HMG* de los efectos anticompetitivos sobre el mercado de la producción de programas para TV no cabía agotarla desde la perspectiva de las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales. Así, la misma más bien debía hacerse recurriendo a las Directrices sobre restricciones verticales. En este sentido, por motivos idénticos a los apuntados para el mercado de los canales temáticos, habiéndola dejado ya expuesta para el de la producción de programas para TV en el caso de *Vía Digital*, procede que nos centremos, exclusivamente, en las especialidades más dignas de mención con respecto a aquél.

En este caso, la posición disfrutada por *Endemol* en este mercado de producto era mucho más fuerte que la disfrutada en el caso español por *Telefónica* (también *Endemol*; sólo que años después) y *Sogecable*, hasta el punto de ser considerada como posición dominante. De ahí que, si bien en *Vía Digital*, la autoridad de la competencia no impuso ninguna condición referida a este mercado para la autorización de la operación, en *HMG* la DG4 entendiera indispensable para esa misma autorización que *Endemol* quedara desvinculada de la entidad de nueva creación.

En el informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-06022 *Mediapro/Arbol Producciones* se consideraron también, por ejemplo, estos aspectos verticales derivados de la participación simultánea de la nueva entidad *NewCo* en el mercado ascendente de la producción de programas audiovisuales para TV y en el descendente de la TV en abierto a consecuencia de su participación en *La Sexta*. En este caso el mercado de contenidos sí era mercado de referencia en el que iba a estar activa la nueva entidad. El Servicio de Defensa de la Competencia no dio en cambio aquí excesiva importancia a lo anterior sobre la base de los siguientes dos aspectos: (i) el hecho de que los principales operadores de televisión en abierto de ámbito nacional controlasen o tuviesen relaciones directas con importantes productores de contenidos audiovisuales; (ii) el proceso de digitalización de la TV en abierto que permitirá la entrada de nuevos operadores al mismo como consecuencia de la asignación de canales de TDT.

xi) En el caso Cuatro

En el caso *Cuatro*, la DI identificó diversos niveles en la cadena de valor de los contenidos, admitiendo que en cada uno de esos niveles pudieran existir diversos mercados de producto en función de la clase de contenido. Sin embargo, aún cuando la estructura pre-concentración de esos mercados podía ser diferente, la evaluación post-concentración del juego de la competencia en los mismos era común y se relacionaba, sobre todo, con el poder de compra incrementado de la entidad resultante de la concentración. Así, en cuanto a la definición del *mercado de producto pertinente*:

- 1.º **Nivel de la producción de contenidos.** Comprendía las actividades producción de los diversos contenidos audiovisuales. Atendiendo a diversos factores (coste, capacidad de atracción de audiencia, etc.), admitió la DI que esos diversos contenidos (acontecimientos deportivos, contenidos cinematográficos, noticiarios, programas de televisión, etc.) pudieran dar lugar a diversos mercados de producto. Por otra parte, desde el punto de vista de la oferta, los medios y recursos necesarios para llevar a cabo la producción de contenidos audiovisuales eran en algunos casos comunes para los distintos tipos de contenidos citados, por lo que existía cierto grado de sustituibilidad

por el lado de la oferta entre los mismos. En todo caso, como los problemas de competencia iban a ser los mismos para todos esos mercados la cuestión quedó abierta.

- 2.º **Nivel de la comercialización de contenidos.** En este nivel, del lado de la oferta, podía suceder que el productor actuara como comercializador del contenido audiovisual producido, por sí o a través de una empresa de su grupo, con lo que los niveles de la producción y de la comercialización de contenidos audiovisuales se plegarían para formar uno solo. Pero también podía suceder que encargara su comercialización a un tercero o distribuidor.

Lo primero sucedía, por ejemplo, en el caso de los partidos de fútbol, donde el productor de la unidad partido, tras aglutinar los derechos de los dos clubes en liza, era también quién lo comercializaba a terceros. Lo segundo, en cambio, podía darse en el caso de los contenidos cinematográficos o las series.

A este mercado acudían como demandantes los editores de canales ya contarán o no con su propia plataforma de TV de pago o en abierto. En el caso de la emisión no lineal, donde no había edición de canales, acudían como demandantes las plataformas de TV de pago que ofrecían contenidos en modalidades de emisión no lineal como el video bajo demanda.

En este nivel de la comercialización, la diferenciación de los diversos mercados de contenidos se acentuaba más que en el nivel de la producción atendiendo a esos mismos factores del atractivo y del sistema de comercialización o tarifario o al grado de depreciación (mayor, por ejemplo, en el caso de un partido de fútbol que en el de una película o serie):

- a. ***Contenidos deportivos.*** Dentro de los contenidos deportivos, los partidos de fútbol de Liga y Copa del Rey se diferenciaban por su atractivo de otros diferentes. Aunque, entre estos últimos, Fórmula 1, motociclismo, baloncesto, ciclismo o tenis presentaban un mayor atractivo que el resto.

Telecinco, Cuatro y Digital + no solían ser oferentes significativos de estos derechos y los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el Pliego de Concreción de Hechos en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes.

A la vista de lo anterior, a los efectos del expediente, se considerarán relevantes los siguientes mercados: (i) **Mercado de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol**; (ii) **Mercado de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos.**

- b. ***Películas y series.*** Las películas podían comercializarse en fechas o ventanas sucesivas contadas desde la de su estreno en cines. Además podían serlo para emisión lineal (para integrarse en un canal de TV en abierto o de pago) o para emisión no lineal (para video bajo demanda en TV de pago). También se había considerado que los grandes estrenos cinematográficos de los *majors* norteamericanos con éxito de taquilla podían dar lugar a un mercado separado, por su valor *Premium* frente a otras películas de menor reclamo. En el caso de las

series, también podían hacerse segmentaciones en función de que fueran de estreno o de catálogo.

Telecinco, Cuatro y Digital + tampoco solían ser oferentes significativos de estos derechos y los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el Pliego de Concreción de Hechos en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes.

A la vista de lo anterior, se consideraron relevantes los siguientes mercados: (i) **Mercado de derechos de retransmisión de películas y series de estreno**; (ii) **Mercado de derechos de retransmisión de películas y series de catálogo**.

- c. **Otros programas de televisión.** Prácticamente era éste un mercado cajón de sastre en el que se integraban los contenidos no integrados en los otros dos (documentales, concursos, noticiarios, magazines, etc.). Tampoco *Telecinco, Cuatro y Digital +* solían ser oferentes o comercializadores significativos de estos derechos y los efectos de las operaciones de concentración estudiadas en el Pliego de Concreción de Hechos en estos mercados derivarían del poder de demanda de las partes.

- 3.º **Nivel de la edición de canales de televisión.** Los contenidos adquiridos en el nivel de la comercialización de contenidos eran *inputs* para la edición de canales de TV, la cual, por definición, iba referida a la emisión lineal. En el caso de ciertos contenidos, singularmente noticiarios y otros programas de televisión, podía suceder que se integraran en uno solo los niveles de la producción y comercialización del contenido y de la edición del canal. Así, el editor del canal actuaba también como productor del contenido que se integraba en el mismo ya fuera con sus propios recursos, ya con la participación de un tercero, caso este último en el que la propiedad se atribuía al editor igualmente a título originario.
- 4.º **Nivel de la comercialización de canales de televisión.** El editor del canal podía ser que lo difundiera a través de su propia plataforma televisiva o podía ser que lo comercializara para su inclusión en la oferta televisiva de terceros o podía ser que hiciera ambas cosas (p.e., el canal temático *Gol Televisión* que también se vendía a terceros). En el caso de *Cuatro* y *Telecinco* tendía a darse la primera de las tres situaciones. La comercialización del canal editado podía ser para TDT en abierto o para TV de pago ya por TDT, ADSL, cable o satélite. En este caso, a diferencia de lo sucedido con el nivel de la distribución de canales de TV que ahora veremos, el flujo de fondos se producía de la plataforma de TV, que necesitaba el canal editado para captar abonados a TV de pago o espectadores de TV en abierto, al comercializador del canal. Se trataba, por lo general, más de canales temáticos que generalistas dirigidos a nichos de audiencia definidos en un entorno digital.
- 5.º **Nivel de la distribución de canales de televisión.** Este mercado, a diferencia del anterior, surgía cuando el flujo de fondos iba del editor del canal a la plataforma tecnológica de distribución del mismo. Podía suceder que el editor del canal contara con su propia plataforma de distribución de canales (p.e. en cable o ADSL), pero podía suceder también que la contratara de un tercero al que pagaba por la distribución de sus canales hasta los televidentes (p.e., en TDT o satélite).

Y en cuanto a la ***delimitación del mercado geográfico de referencia***, para todos los mercados de producto así definidos se fijó una dimensión nacional por el hecho de que los operadores desarrollarán su estrategia competitiva sobre la base de factores lingüísticos, culturales y regulatorios. Si bien en el caso de los contenidos cinematográficos *Premium* se había barajado en algún caso una dimensión mundial, dado que *Telecinco* y *Cuatro*, que eran las partes implicadas en la operación, sólo actuaban a escala nacional no se consideró necesaria una mayor depuración del mercado geográfico de referencia.

Además, convendrá recordar que, si bien la evaluación post-concentración del juego de la competencia la hizo la autoridad de la competencia de modo general para todos los mercados de contenidos, el ***análisis pre-concentración de la estructura de esos mismos mercados de los contenidos*** presentaba, por razones obvias, notables diferencias y así:

- 1.º ***Producción y comercialización de contenidos deportivos***. Centrados en los contenidos deportivos, el nivel de producción podía cifrarse en la generación de los derechos necesarios para retransmitir la unidad/partido de fútbol. Esto hacía que el nivel de la producción se confundiera con el de la comercialización, desde el momento en que el operador que llegaba a disponer de los derechos sobre el partido, por haber reunido los de los dos equipos en liza en el mercado aguas arriba de la adquisición en el que los clubes eran los vendedores, era el mismo que los comercializaba a terceros en el mercado de la comercialización o reventa.

En el nivel de la comercialización se consideraron relevantes el mercado de los derechos de retransmisión de partidos de Liga y Copa de S.M. el Rey de fútbol y el mercado de derechos de retransmisión de otros acontecimientos deportivos.

Se hacía aquí preciso distinguir entre la ***estructura de la oferta y la de la demanda***:

- a. ***Estructura de la oferta***. Los derechos sobre los partidos de Liga y Copa del Rey los acumulaba *Mediapro* bien por haber contratado directamente por los clubes, bien por haber protagonizado acuerdos de puesta en común con otros operadores que los habían adquirido de los mismos clubes. Sin embargo la intervención de las autoridades de la competencia había motivado que los derechos tuvieran que salir otra vez al mercado al final de la temporada 2011/2012. En cuanto a los derechos sobre otros eventos deportivos había una pluralidad de oferentes, si bien, por regla general, correspondían al organizador.
- b. ***Estructura de la demanda***. Procedía de los **editores de canales temáticos deportivos** y de **otros operadores audiovisuales**. Así:
 - i. **Editores de canales temáticos deportivos**. Era, por ejemplo, el caso de *Gol TV* que adquiría los derechos sobre los partidos y competiciones para conformar su propio canal temático que emitía por sí misma, que comercializaba a terceros o las dos cosas.
 - ii. **Otros operadores audiovisuales**. Aquí entraban las plataformas de TV de pago, sobre todo para pago por visión o para canales *Premium*, y de TV en abierto. Entre las primeras, la apuesta de *Digital +* por contenidos exclusivos había sido más decidida que la de *Telefónica* y *ONO*, de modo que contaba en exclusiva con los derechos de retransmisión de un partido cada jornada de Liga de Primera

División y Copa del Rey, que emitía a través de *Canal+* y también emitía a través de *Canal+Liga*, en régimen no exclusivo (compartido con *Gol TV*), otros 3 partidos de Liga de Primera División siendo siempre uno del *Real Madrid* o del *FC Barcelona*. El resto de partidos por jornada de Liga y Copa del Rey eran emitidos por los distintos operadores de televisión de pago en PPV, excepto uno por jornada de ambas competiciones que se emitía en televisión en abierto por *La Sexta* y algunas televisiones autonómicas. Además *Digital +* contaba con otros importantes contenidos deportivos: Liga Europea, Ligas extranjeras, NBA, tenis, toros, rugby, golf, etc. El resto de operadores (*Telefónica*, *ONO*, etc.) emitían *Gol Televisión* de modo no exclusivo y, además, partidos de fútbol en PPV.

En cuanto a las plataformas de TV en abierto, la digitalización hacía interesante para ellas la adquisición de contenidos deportivos con vistas a dotar de identidad a sus canales. A pesar de que sus niveles de inversión estaban alejados de los de *Digital +*, *Telecinco* había adquirido de *Sogecable* derechos de emisión de los partidos del Mundial y de la Copa de la *UEFA*, *Cuatro* se había hecho con los derechos sobre los partidos de *Wimbledon* y el *US Open* y *La Sexta* había adquirido los derechos de la Formula 1, del GP2 y del Mundial y el europeo de baloncesto.

- 2.º **Producción y comercialización de películas y series.** En los contenidos cinematográficos y en las series, el nivel de producción podía cifrarse en la generación de la unidad productiva, que era la obra audiovisual cinematográfica o el capítulo o temporada de la serie.

En películas predominaba la producción ajena, sin embargo, en series, lo hacían la producción propia y la coproducción por lo que, en ese caso, el nivel de la producción podía plegarse e integrarse en uno sólo con la comercialización de contenidos y con la edición y comercialización de canales.

También en este caso se podía diferenciar entre la *estructura de la oferta* y la *de la demanda*:

- a. **Estructura de la oferta.** Venía conformada por los titulares de los derechos sobre las películas y series. Podía aquí diferenciarse entre las **grandes productoras**, por un lado, y las **productoras internacionales más pequeñas y las nacionales**, por otro.
 - i. **Grandes productoras** En el caso de los *majors*, los siete grandes estudios comercializaban los derechos sobre sus películas y series sobre la base de *output deals* en los que se empaquetaban cine y series de estreno con otros contenidos de un menor atractivo como cine y series de catálogo. Además, en los *output deals* se imponían a los adquirientes unos mínimos garantizados a través de un sistema que variaba en función de la clase de contenido.
 - ii. **Productoras internacionales de menor tamaño y las productoras de contenido nacional.** El menor poder negociador de éstas llevaba a un sistema no de ingresos mínimos, sino de ingresos compartidos. La oferta de estos productores era más flexible a la hora de adaptarse a las necesidades de la plataforma de TV.

En el caso de las productoras nacionales, *Telecinco* tenía una presencia muy reducida en películas. En cuanto a las series nacionales, la oferta aparecía muy atomizada. En este caso de las series, la producción venía de productores independientes (producción ajena) y de las propias cadenas de TV normalmente a través de empresas participadas (producción propia y coproducción). Los medios de producción con los que contaban *Telecinco* y *Digital +* representaban, según *Telecinco*, menos del 5% de la capacidad total de producción en España.

- b. **Estructura de la demanda.** Para comunicación audiovisual lineal, la conformaban las plataformas de TV en abierto o de pago y los editores de canales. Para la comunicación audiovisual no lineal (VOD y PPV), sólo las plataformas de TV de pago.

En el caso de TV de pago, la comercialización se realizaba con un alcance nacional o regional y por un año o año y medio en el caso de contenidos cinematográficos. En TV en abierto, esa misma comercialización se podía hacer además sobre una base local y por no más de cinco años en el caso de los contenidos de cine.

En el caso de las películas, se diferenciaban varias ventanas posteriores a la exhibición en salas de cine y a la venta y alquiler de vídeo. La ventana de emisión no lineal (PPV y VOD) duraba unos tres meses y lo más destacable era que *Digital +* acaparaba a título exclusivo los derechos para los films de las productoras internacionales más pequeñas y de las nacionales (no así de los *majors*). La ventana de emisión lineal duraba 6 meses para la primera ventana más otros 6 para la segunda y lo más destacable era que *Digital +* acaparaba también los derechos para todas las películas ya fueran de los *majors* ya de las productoras internacionales más pequeñas ya de las nacionales (con alguna excepción como eran la saga *Crepúsculo* adquirida por *Antena 3*, el acuerdo de la *Sexta* con *Warner* o de *Telecinco* con *Disney*). Finalmente, en cuanto al catálogo, la exclusividad era mucho más limitada que en las ventanas anteriores y se ceñía al modo de emisión del adquiriente, siendo, por lo demás, de destacar que tanto *Telecinco* como *Cuatro* como *Antena 3* tenían suscritos acuerdos para la adquisición de derechos sobre películas para catálogo con importantes estudios americanos (*Dreamworks*, *Spyglass*, etc.).

En el caso de las series, las ventanas estaban más limitadas que en películas. En VOD, se trataba de emitir episodios de estreno de las series antes de su emisión lineal, siendo de destacar que los episodios de las series de *Telecinco* y *Antena 3* eran muy demandadas en esta modalidad. En primera ventana de emisión, tanto *Digital +* como las más importantes plataformas en abierto (*Telecinco*, *Antena 3*, *Cuatro* y *La Sexta*) tenían suscritos acuerdos con estudios norteamericanos para la emisión lineal de series de estreno que habían tenido éxito en EE.UU. Finalmente, en cuanto al catálogo, la estructura de la demanda era esencialmente la misma que en el caso de las películas.

Así pues, se observaba que *Sogecable* (*Digital +*) era el principal demandante en películas, mientras que las cadenas en abierto lo eran en series, aunque en éstas la presencia también de *Sogecable* no dejaba de ser notable.

- 3.º **Edición, comercialización y distribución de canales de televisión.** La **edición de canales** iba por definición referida a la emisión lineal ya fuera de pago o en abierto. El

editor del canal podía difundirlo a través de su propia plataforma de TV o comercializarlo a terceros titulares de plataformas de TV.

En el nivel aguas abajo del anterior de la **comercialización de canales**, el modelo de negocio pasaba porque la plataforma de TV pagaba al editor del canal a cambio de poder emitirlo a través de su plataforma. Aquí había nuevamente que diferenciar la ***estructura de la oferta*** de la ***estructura de la demanda***:

- a. ***Estructura de la oferta.*** Se conformaba por editores de canales que no contaban con su propia plataforma de TV (entre los que se incluían los grandes estudios norteamericanos que vinculaban la compra de estos canales a otros contenidos de especial atractivo), los operadores de TV de pago que editaban canales que también comercializaban a terceros (p.e., *Gol Televisión de Mediapro*) y operadores de TV en abierto que igualmente editaban canales que también comercializaban a terceros (p.e., el canal *Gran Hermano de Telecinco*). En este mercado, en 2009, la cuota de mercado tanto de *Telecinco*, como de *Sogecable* no excedió del 10 %.
- b. ***Estructura de la demanda.*** Del lado de la demanda, se encontraban las plataformas de TV de pago que, además de editarlos ellas mismas, podían adquirir esos canales de terceros y, asimismo, las plataformas de TV en abierto que, con la digitalización y la multiplicación de canales, habían pasado de sólo editarlos a también adquirirlos de otros editores. Es decir, que tanto *Telefónica* como *Sogecable* como *Telecinco* actuaban como adquirientes de canales.

En el nivel de la **distribución de canales** era, en cambio, el editor del canal el que pagaba a la plataforma de TV por hacer llegar sus canales hasta los hogares. Nuevamente podían diferenciarse la ***estructura de la oferta*** y la ***estructura de la demanda***:

- a. ***Estructura de la oferta.*** Aquí se situaban las plataformas de TV, en especial las titulares de canales de TDT que arrendaban a los editores de canales. Los problemas de competencia podían plantearse, sobre todo, cuando se trataba de canales alquilados a otras plataformas que eran ya titulares de otros canales de TDT (p.e., a *Telecinco* o a *Sogecable*), pues ello podía traducirse en refuerzos en el poder de compra de contenidos y en el poder de venta de espacios de publicidad. Ya se habló de que *Telecinco* y *Digital+* tenían previsto que *Digital+* tomase en arrendamiento dos canales de TDT de *Telecinco* para su explotación en televisión de pago.
- b. ***Estructura de la demanda.*** Del lado de la demanda se encontraban los editores que demandaban tales servicios para distribuir sus canales a los hogares y obtener ingresos por publicidad y otras formas de comunicación comercial audiovisual. En el caso de las plataformas de televisión de pago, el peso de este tipo de canales de televisión era muy reducido, y solía ceñirse a los canales de televenta.

Había que referirse al caso particular de los canales de TV en abierto que se cedían a las plataformas de TV de pago para también incluirlos en la oferta de éstas. En este caso no había flujo de fondos, la ventaja para el editor del canal en abierto era la de su mayor difusión y para la plataforma de TV de pago era la de poder ofrecer a sus abonados el acceso a esos canales sin necesidad de pulsar en el mando a distancia. No obstante, con el nuevo marco regulador de la LGCA se abría la puerta a que pudieran

llegar a verificarse esos pagos de cantidades. En todo caso, la DI no consideró, en general, necesario diferenciar los niveles de la comercialización y de la distribución de canales al no afectar a las conclusiones del análisis.

- 4.º **Producción y comercialización de programas y noticias.** En los niveles de la producción y de la comercialización, se refirió la DI a la producción y a la comercialización de programas y noticias. Ambos niveles se integraban en uno solo cuando el productor de los programas era también quien los comercializaba a terceros. La integración vertical aguas abajo podía extenderse también a los niveles de la edición de canales, cuando el productor del programa lo integraba en el canal que el mismo editaba, y de la comunicación audiovisual, cuando ese mismo productor del programa emitía el canal que el mismo editaba y en el que integraba los programas que había producido.

Esto último era lo que predominaba, pues los operadores de TV, sobre todo *Telecinco* y *Antena 3*, solían dedicar la mayor parte de sus actividades de producción de programas a consumo interno. Sin embargo, se daba también que los mismos comercializaran a terceros los programas producidos por ellos, especialmente en el caso de *Telecinco*. Contrastando con lo anterior se observaba que la mayor parte del gasto de *Cuatro* y *La Sexta* con terceros iba dirigida a productoras de programas de televisión.

En todo caso, *Telecinco*, *Cuatro* y *Digital+* no solían ser oferentes significativos de estos derechos y, de hecho, los medios de producción con los que contaban *Telecinco* y *Digital+* representaban menos del 5% de la capacidad total de producción en España.

Los mercados de producción de programas para la televisión se encontraban muy atomizados y existía un elevado número de productoras de series y programas en España, de las cuales muchas se vinculaban a un operador de TV en concreto: *Endemol* presentaba vínculos con *Telecinco*, *Plural Entertainment España, S.L.* pertenecía al grupo *Prisa*, etc.

En cuanto a las noticias, destacaba el papel de las siguientes productoras: *Compañía Independiente de Noticias (CINTV)*, perteneciente a *Sogecable*, que tras la operación pasaría a ser propiedad de *Telecinco*, y que producía las noticias de *Cuatro* y *CNN+*; *Atlas*, propiedad del *Grupo Telecinco*, que era una agencia de noticias audiovisuales de habla hispana que destinaba entre un 80 y un 90 % de su producción al propio *Grupo Telecinco*.

Aunque el análisis pre-concentración de la estructura de los mercados enumerados variaba en cada uno de los niveles – producción de contenidos, comercialización de contenidos, edición de canales, comercialización de canales y distribución de canales – lo cierto es que la ***evaluación post-concentración del juego de la competencia*** se hacía común a todos ellos al presentar una problemática común relacionada con el refuerzo del poder de compra de contenidos audiovisuales de la nueva entidad nacida de la concentración entre *Telecinco* y *Cuatro*. Así podríamos pasar a diferenciar los siguientes aspectos:

- 1.º **Problemas de competencia:** Esa problemática derivada del refuerzo del poder de compra de la nueva entidad nacida de la concentración de *Cuatro* con *Telecinco* frente a los proveedores de contenidos podía verse intensificada también como consecuencia de los acuerdos accesorios entre la propia *Telecinco*, *Prisa* y *Telefónica* (esta

intensificación se agudizaría aún más en el caso de que *Telecinco* llegara a participar en el accionariado de *Digital +*).

En cuanto a esto último, en primer lugar, los acuerdos de toma en arrendamiento por *Prisa* y *Digital+* de canales de TDT gestionados por *Telecinco*, unidos a la prestación preferente por parte de *Telecinco* de servicios de producción del canal de televisión de noticias de *Prisa*, fomentaban la coordinación entre *Telecinco*, *Prisa* y *Digital+* en los mercados de producción y comercialización de contenidos audiovisuales, así como en los mercados de edición, comercialización y distribución de canales de televisión, y desincentivaban que *Prisa* o *Digital +* pudieran implementar actuaciones que pudieran llegar a perjudicar a *Telecinco* en los mercados de televisión en abierto y publicidad en televisión. Además, los acuerdos de prestación preferente de servicios por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* a *Digital+* agudizaban el vínculo estructural que se creaba entre esos operadores a través de *Digital+*, lo que reforzaba, entre otros aspectos, su capacidad e incentivo a coordinarse en la adquisición de contenidos audiovisuales.

Es decir, que desde el anterior punto de vista los problemas de competencia se planteaban desde un punto de vista más bien vertical, si bien ello podía generar problemas de exclusión en los mercados de la comunicación audiovisual y de la publicidad en los que podían verse excluidos los competidores de *Telecinco* al ver dificultado su acceso a los contenidos en igualdad de condiciones.

En los acuerdos posibles entre *Prisa*, *Telecinco* y *Telefónica* cada una de ellas aportaría su propia ventana de difusión en TV en abierto, de pago, pago por visión, difusión lineal y no lineal, canales temáticos o generalistas, etc. que sumaría así a las de las demás para formular ofertas conjuntas o empaquetadas de compra de contenidos, programas y canales de imposible réplica por esos competidores.

Además, los sistemas de mínimos garantizados principalmente en contenidos *Premium* de cine y deportes suponían una barrera de entrada adicional para que esos otros competidores pudieran hacerse con los derechos sobre los mismos en condiciones de rentabilidad. Y también debía añadirse el riesgo de que los canales en abierto de los competidores se desubicaran y fueran excluidos de las ofertas de pago de *Prisa* o *Telefónica*.

Los efectos de la actuación coordinada de *Telecinco/Cuatro*, *Digital +*, *Prisa* y *Telefónica* en la adquisición de contenidos audiovisuales alcanzarían tanto a productores como comercializadores de contenidos y editores de canales de televisión, especialmente a aquéllos con menor poder negociación, que se verían así forzados a negociar frente a unos operadores coordinados que abarcaban dos plataformas de televisión de pago, que cubrían el 80 % de los ingresos y el 60 % de los abonados de televisión de pago en España, y 8 de los 32 canales de TDT que existirían a partir de 2015.

Esta coordinación de comportamientos de *Telecinco/Cuatro*, *Digital+*, *Prisa* y *Telefónica* en la adquisición de contenidos audiovisuales podía también llevar a la expulsión de los productores, comercializadores de contenidos y editores de canales de televisión más pequeños. De esta manera se reduciría también el número de proveedores alternativos para los competidores de todos esos operadores en los mercados aguas abajo de la publicidad televisada y de la comunicación audiovisual.

En el ámbito de la distribución de canales, se advertía asimismo el riesgo de que la fuerte presencia de *Telecinco*, *Cuatro*, *Prisa*, *Telefónica* y *Digital+* en la adquisición de contenidos audiovisuales y en la edición de canales *Premium* atractivos, unida al elevado número de canales de TDT existente, cuya rentabilización podía ser difícil para los titulares de licencias de TDT más pequeños, pudiera llevar a que dichos operadores de TDT más pequeños acabasen alquilando uno o varios de sus canales de TDT a *Telecinco/Cuatro*.

2.º **Evaluación de posibles eficiencias.** *Telecinco* había invocado que la operación generaría importantes eficiencias entre las que incluía el disfrute por los telespectadores de una oferta mejor y más variada de contenidos como consecuencia de las sinergias y ahorros de costes generados por la operación. Sin embargo, la DI fue de la opinión de que no se había llegado a acreditar y cuantificar dichas eficiencias, además de que las mismas podían llegar a obtenerse por medios menos restrictivos para el juego de la competencia. En lo que se refiere a la supuesta mayor variedad de la oferta televisiva, se destacaba que ésta no derivaba de la operación de concentración *Telecinco/Cuatro*, sino de la ampliación del número de canales de TDT decidida por el legislador. Las mismas, en fin, no se consideraban significativas ni tampoco se consideraba que llegaran a neutralizar los efectos restrictivos de la competencia ya expuestos.

3.º **Remedios y compromisos.** Habría que diferenciar entre una ***primera ronda de compromisos*** y una ***segunda ronda de compromisos***:

a. ***Primera ronda de compromisos.*** Por lo anterior, la DI consideró que la operación sin compromisos generaría importantes restricciones al juego de la competencia en alguno de los mercados considerados. En septiembre de 2010 presentó *Telecinco* una primera propuesta formal de compromisos que no se consideró bastante para solventar los problemas de competencia generados. En esta primera ronda de compromisos, vimos al tratar de otros mercados, que los terceros habían pedido remedios estructurales como la cesión de capacidad de emisión de canales de televisión y contenidos, para compensar los efectos restrictivos de la operación sobre el juego de la competencia. Por las razones que se expusieron la DI llegó a entender que los remedios estructurales propuestos equivaldrían de facto a una prohibición de la operación, dado que todo el valor de los canales venía de sus contenidos y que, al proveer de contenidos a sus canales competidores, *Telecinco* perdería toda capacidad de ejercer presión competitiva.

b. ***Segunda ronda de compromisos.*** En cuanto a la valoración de los compromisos relacionados con estos mercados presentados por *Telecinco* en segunda ronda, los cuales, como sabemos, permitieron que la operación llegara a ser autorizada, procedería centrarse aquí sobre todo en el **segundo bloque de compromisos** y en el **tercer bloque de compromisos**:

i. **Segundo bloque de compromisos.** El segundo bloque de compromisos podía llegar a incidir en el mercado de la comercialización de canales y en el de la distribución de canales. Así:

✓ *Noveno compromiso (compromiso de la nueva entidad de no tomar en arrendamiento más canales de TDT en el mercado de la distribución de*

canales). En el noveno compromiso, *Telecinco* se comprometía a no ampliar su oferta de canales de TDT mediante el arrendamiento de la capacidad de emisión correspondiente a licencias de otros múltiples.

- ✓ Undécimo compromiso (compromiso de la nueva entidad de no bloquear las mejoras de calidad de otros canales de TDT en el mercado de la comercialización de canales y de la comunicación audiovisual). Adicionalmente, *Telecinco* se comprometía en el undécimo compromiso a no bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión que pudieran querer lanzar sus competidores, *Net* y *La Sexta*, con los que la entidad resultante compartiría múltiples de TDT hasta 2015.
- ✓ Décimo compromiso (compromiso de la nueva entidad de ceder gratuitamente sus canales a plataformas de pago en el mercado de la comercialización de canales y en el de la distribución de canales). Adicionalmente, *Telecinco* asumía en el décimo compromiso la obligación de mantener la política vigente de cesión gratuita a las plataformas de televisión de pago que tuvieran sistemas fiables de medición de audiencia, siempre que sus canales de televisión fueran distribuidos por alguna de las plataformas de televisión de pago de *Digital+* o *Telefónica* y siempre que no se exigiera a *Telecinco* el pago de contraprestación alguna.

- ii. **Tercer bloque de compromisos.** El tercer bloque de compromisos era el que podía llegar a guardar relación con los mercados de la producción y de la comercialización de contenidos e intentaba compensar las restricciones verticales derivadas de la operación asociadas al refuerzo de la entidad resultante como demandante de contenidos audiovisuales. Este refuerzo sería especialmente significativo si se consumase la entrada de *Telecinco* como accionista de control de *Digital+*, lo que le ayudaría a utilizar la presencia simultánea en televisión en abierto y de pago para acaparar contenidos audiovisuales. Así:

- ✓ Sexto compromiso (compromiso de la nueva entidad de limitar la duración de sus contratos de adquisición en exclusiva en el mercado de la compra de contenidos no Premium). En el sexto compromiso, *Telecinco* se comprometía a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos a tres años, sin incluir derechos de adquisición preferente o prórroga.

De esta manera, se posibilitaba que los derechos exclusivos que hubiera adquirido o pudiera adquirir *Telecinco* sobre generadores de contenidos (productoras de películas y series) salieran de forma periódica al mercado.

Se establecía una excepción en relación con el periodo de explotación de las series y programas de entretenimiento individuales, que no se limitaba, porque en estos casos había una labor de desarrollo y promoción del producto muy significativa por parte de los operadores de televisión en abierto, que se vería desincentivada en el caso de *Telecinco* si se limitase temporalmente el periodo en el que esta entidad podía explotar individualmente este tipo de contenidos.

En el caso de las películas individuales, se establecía la posibilidad de que su explotación se desarrollase durante cinco años, teniendo en cuenta cuáles eran

los usos habituales del mercado, y como mecanismo para evitar el acaparamiento del cine de catálogo.

- ✓ Séptimo compromiso (compromiso de la nueva entidad de limitar de modo absoluto la adquisición en exclusiva en el mercado de compra de contenidos Premium cinematográficos). Por otra parte, para hacer frente a los efectos que generaría la coordinación de comportamientos competitivos en la adquisición de contenidos audiovisuales fruto de los vínculos estructurales de *Telecinco* con *Prisa* y *Telefónica* en *Digital+*, en el séptimo y octavo compromiso, *Telecinco* asumía límites absolutos a su capacidad de compra de los contenidos audiovisuales más atractivos, cines y series de estreno de grandes estudios por una parte, y los principales eventos deportivos por otra.

Estos límites absolutos estaban ligados a la condición de accionista de control de *Telecinco* en *Digital+*, y servían para evitar que *Telecinco* utilizase las economías de escala y alcance que le daría la presencia simultánea en televisión de pago y televisión en abierto derivadas de la posible coordinación de actuaciones en la adquisición de contenidos audiovisuales de *Telecinco* con *Digital+* y sus otros accionistas de referencia, para acaparar contenidos de cara a su explotación en televisión en abierto. De esta manera, se posibilitaba el mantenimiento de una oferta alternativa de contenidos audiovisuales atractivos por parte de terceros operadores de televisión en abierto sin distorsionar excesivamente los mercados de comercialización de contenidos en España.

Así, en este séptimo compromiso, *Telecinco* se comprometía, mientras fuera accionista de control de *Digital+*, a no concluir para un mismo año contratos exclusivos de adquisición para televisión en abierto de la totalidad de la producción de películas cinematográficas y series de estreno, respectivamente, con más de tres de las siguientes productoras: *Paramount*, *Disney*, *CBS*, *Warner*, *Universal*, *Sony/Columbia* y *Fox*. Además, de llegar a ser accionista de control de *Digital+*, y mientras lo fuera, *Telecinco* se comprometía a no adquirir más del 60 % del volumen global anual de producción de estreno de todas las productoras anteriormente mencionadas en series y películas, respectivamente.

- ✓ Octavo compromiso (compromiso de la nueva entidad de limitar de modo absoluto la explotación en exclusiva de contenidos Premium deportivos en el mercado de la TV en abierto). En el octavo compromiso *Telecinco* se obligaba, de llegar a ser accionista de control de *Digital+*, y mientras permaneciera en esa condición, a limitar la explotación exclusiva de derechos audiovisuales de acontecimientos deportivos para su emisión en televisión en abierto según las siguientes condiciones: **(a)** “*Telecinco se comprometía a no explotar en televisión en abierto en un mismo año derechos de emisión de partidos de la Liga de Primera División y los derechos de emisión de partidos de fútbol de más de una de las restantes competiciones oficiales nacionales o internacionales*”; **(b)** “*Telecinco se comprometía a no explotar en televisión en abierto en un mismo año derechos de emisión de más de dos de los siguientes bloques de eventos deportivos siguientes: Campeonato del mundo de Fórmula 1; Campeonato del mundo de motociclismo; Competiciones*

oficiales nacionales o internacionales en las que participen clubes de baloncesto de Primera División o la selección nacional; Tour de Francia y/o vuelta ciclista a España”.

- ✓ *Duodécimo compromiso (compromiso de la nueva entidad de no excluir a otras productoras nacionales del mercado de la producción de contenidos audiovisuales).* En el duodécimo compromiso, *Telecinco* se comprometía a no concluir contratos que implicasen derechos de exclusiva o primera opción para la adquisición de la totalidad de la producción con productoras nacionales de contenidos, a renunciar expresamente a ejercer en cualquier momento los derechos de exclusiva para la adquisición de la totalidad de la producción, o a los derechos de primera opción sobre más de dos programas, con productoras no creadas con el apoyo de *Telecinco*, y a no renovar en términos de exclusividad o de primera opción, los contratos suscritos con las productoras que hubieran sido creadas con el apoyo de *Telecinco*.

Con esta última obligación, *Telecinco* limitaba su capacidad para excluir a las productoras de televisión nacionales como oferentes de programas a competidores de televisión en abierto. De esta manera, aunque el mercado de producción nacional de programas televisivos tenía una oferta muy variada, se evitaba que *Telecinco* utilizase sus vínculos con estas productoras para excluirlas totalmente del mercado.

La duración inicial de todos estos compromisos se fijaba por la Dirección de Investigación en tres años, prorrogable por otros dos si no se modificaban las circunstancias de mercado que habían hecho necesarios los mismos. De esta manera, los compromisos tenían una duración máxima de cinco años, que se ajustaba a la duración de los remedios establecidos en otros precedentes nacionales y comunitarios en el sector audiovisual y, a la vez, esta duración tenía en cuenta el dinamismo del mercado de televisión en abierto en España.

La aprobación de la operación bajo las anteriores condiciones fue, como sabemos, ratificada por resolución de la CNC de 28 de octubre de 2010.

- 4.º *Valoración de la operación conforme a las Directrices sobre concentraciones de la Comisión.* En lo que concierne a la valoración de la operación a la luz de los instrumentos de la Comisión, Directrices sobre concentraciones horizontales y Directrices sobre concentraciones no horizontales, decir lo siguiente.

Por lo que respecta a los mercados de los contenidos, los problemas y restricciones eran más bien de carácter vertical y se relacionaban, sobre todo, con el refuerzo del poder de compra de la entidad resultante de la concentración. Ahora bien, el dato de la proyección de los efectos no sería lo determinante a la hora de decantarse por la aplicación de uno u otro instrumento de la Comisión, sino y antes bien el mercado o ámbito de actuación de las partes participantes en la concentración.

Dicho de otro modo, la concentración entre *Cuatro* y *Telecinco* era una concentración horizontal desde el momento en que las concentradas estaban activas en los mismos mercados, a saber, los mercados de compra de contenidos y los de venta de la publicidad y de la audiencia o los telespectadores – prescindiendo ahora por no

complicar la cuestión de la presencia de *Telefónica* en el segmento ascendente de las telecomunicaciones y de la de *Prisa/Sogecable/Digital +* en el también ascendente de los contenidos, pues, al fin y al cabo, la operación de control conjunto de *Digital +* por *Telecinco*, *Telefónica* y *Prisa* no llegó a materializarse.

Estas precisiones permitirían concluir que nos encontraríamos ante una concentración horizontal en los mercados de compra de contenidos entre *Telecinco* y *Cuatro*, pues no eran oferentes significativos de derechos sobre contenidos, con efectos restrictivos de proyección vertical, en la medida en que su poder reforzado de compra de esos contenidos (también de alquiler de canales en los mercados de la distribución de los mismos, cuestión ya abordada y en la que tampoco abundamos ahora), podría permitir a la nueva entidad excluir a sus competidores de los mercados de compra de los mismos e incrementar sus costes en los de la publicidad y la difusión.

En este sentido, el instrumento al que estar serían las Directrices sobre concentraciones horizontales, si bien, hay que observar, toda la sistemática de éstas parte de la concentración entre empresas activas en el mismo mercado de venta. Por ello, su utilidad sería limitada o, cuando menos, resultaría necesario invertir esa sistemática para adaptarla a mercados de compra como los que se planteaban en el caso *Cuatro*. Otra dificultad a la hora de aplicarlas partiría del hecho de que la DI, por no considerarlo necesario, no escindiera dentro de cada nivel de forma nítida los diversos mercados de producto lo que imposibilitaría, por ejemplo, el cálculo del IHH o del Delta de la operación.

En todo caso, habría que insistir en el papel discolo y de competidor potencial de *Cuatro* en estos mercados de compra para recalcar el carácter anticompetitivo de la operación. Los efectos anticompetitivos no coordinados dimanarían de que *Cuatro* y *Telecinco* dejarían de competir entre sí en las pujas sobre contenidos. A los anteriores cabría sumar los efectos anticompetitivos coordinados asociados a la coordinación entre la nueva *Telecinco* y otros operadores como *Telefónica* o *Prisa* para la compra de esos mismos contenidos. Si bien, podría pensarse en la existencia de algunos neutralizadores como serían el poder de mercado de algunos proveedores de contenidos como serían los *Premium* o las eficiencias que pudieran *prima facie* derivarse de la creación de ventanas de compra conjunta frente a los mismos (v. lo dicho al tratar de los acuerdos horizontales de compra conjunta).

Además, partiendo de que dentro de los niveles examinados, se apuntó a la existencia de diversos mercados de producto (p.e., en el nivel de la comercialización se distinguió entre contenidos deportivos, películas y series y otros programas de TV), podría pensarse en la existencia de una concentración conglomeral por el hecho de que la concentrada pudiera aprovechar su posición en alguno de esos mercados, sobre todo de compra, para mejorar su posición en otros mercados diferentes. Por otra parte, de haberse llegado a concretar la operación de control conjunto de *Digital +* por *Telefónica*, *Telecinco* y *Prisa*, los efectos conglomerales habrían venido de la participación de las concentradas en mercados complementarios como serían el de la TV en abierto y el de la TV de pago. Sin embargo, todo lo anterior abocaría a un examen ciertamente complejo, con muchas variables que la autoridad de la competencia no entendió indispensable con vistas a autorizar la operación bajo compromisos (probablemente hubiera sido deseable una más perfecta delimitación de

mercados de producto en cada nivel y un análisis pre-concentración completo y específico para cada uno de ellos a los efectos de calibrar los efectos de la operación).

xii) En el caso Gol TV

En el caso *Gol TV* de lo que se trataba era de la existencia de prácticas restrictivas protagonizadas por *Mediapro* y su filial activa en el mercado descendente de la TV de pago, *Gol Televisión*, en la comercialización de partidos y resúmenes de Liga y Copa de SM el Rey de fútbol para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012. La práctica restrictiva, principalmente abuso de posición dominante, proyectaba así sus efectos sobre el mercado de la reventa de derechos deportivos, teniendo en cuenta que la existencia de otras prácticas restrictivas en los niveles aguas arriba del anterior de la adquisición de derechos de los clubes y de la puesta en común de los mismos en el seno de *AVS* habían sido analizada en el caso *AVS III*.

No obstante debía considerarse que una de las características del mercado de la reventa era la de que quien estaba presente en el mismo del lado de la oferta era porque, previamente, había conseguido hacerse con los derechos de algún club en el mercado primario y lo había aportado al *pool* de derechos recibiendo como contraprestación el derecho a la emisión de determinados partidos.

En este sentido convendrá nuevamente tener presente que con *AVS III* (acuerdo de 24 de julio de 2006), simplificando mucho la cuestión, *Sogecable* y *Mediapro* se habían concertado para que la primera pudiera quedarse con el grueso de las emisiones de pago y la segunda con los derechos para el abierto a través de *La Sexta*. Del mismo modo, convendrá refrescar que, llegado cierto momento, *Mediapro* se desentendió de dicho acuerdo para pasar a adquirir derechos directamente de los clubes soslayando todos los pactos con *Sogecable*, lo que derivó un contencioso entre ambos operadores del que llegaron a conocer los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil.

Esta actuación de *Mediapro* se vio facilitada por las limitaciones impuestas a *Sogecable* por las autoridades de la competencia en lo concerniente a la adquisición de los derechos de los clubes y permitió a la misma *Mediapro* consolidar una posición dominante en el mercado de los derechos deportivos (en mayo de 2009 disfrutaba de los derechos de 17 de los 20 clubes de Primera, incluidos Real Madrid y FC Barcelona). Desde esta posición de dominio pudo también obtener la puesta en común de los tres clubes restantes cuyos derechos no tenía.

Mediapro había llegado a abusar de su posición dominante en el mercado ascendente de la reventa de los derechos sobre los partidos y los efectos exclusionarios de lo anterior se habían dejado sentir en los mercados aguas abajo de la TV en abierto y de pago. Tales efectos, así como las características del comportamiento abusivo en la configuración de ofertas y de paquetes de derechos, sin ajustarse a condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación, se dejaron examinados en detalle al tratar de los mercados de la difusión televisiva, a los que valdría con remitirse en evitación de reiteraciones inútiles. En todo caso, la CNC fue de la opinión de que *Mediapro* estaba aplicando una estrategia abusiva, recurriendo a esas condiciones no objetivas, no transparentes y discriminatorias en la comercialización de los derechos, para expulsar a *Sogecable* del mercado de la TV de pago y por haber también denegado el suministro de partidos a *Telecinco*.

Por ello se sancionó a *Mediapro/Gol TV* por abuso de posición dominante con multa de 500.000 € atendiendo a ciertos criterios de atenuación, a saber: *Mediapro (Gol Televisión)*

tenía una cuota baja en el mercado de la TV de pago; el canal *Gol TV* resultaba ser un producto novedoso para los consumidores; se habían puesto en el mercado más derechos que en el pasado; los efectos de la exclusión sólo se habían percibido en los primeros meses de la temporada 2009/2010, etc.

En cambio, y como también se expuso al hilo de esos mercados, los aspectos colusorios no eran excesivamente relevantes bien porque *Mediapro* revendiera derechos a sus participadas *La Sexta* o *Gol TV*, con lo que no se daba la necesaria multilateralidad, bien porque los acuerdos de reventa a otros operadores distintos no excedieran de los tres años, bien porque en ellos la exclusividad se encontrara muy limitada (por lo que los mismos podían beneficiarse de la exención prevista en los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE) o, por último, porque, en un primer momento y antes de pasar a intentar excluirlo, se tratara de la reventa a favor de su principal competidor en TV de pago, *Sogecable*, por lo que, igualmente, podría entenderse aplicable dicha exención individual.

i) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en los mercados de los contenidos

En los mercados nórdicos (o escandinavos) de la venta mayorista de derechos sobre contenidos, vimos ya que las barreras de entrada, más que las normativas o tecnológicas, eran sobre todo las económicas asociadas al fuerte poder de compra de las partes en el mercado ascendente de la adquisición de señal de TV como consecuencia de poseer la red de distribución más desarrollada para la señal de TV y que suponía que esas mismas partes quedaran en posición de bloquear la entrada de nuevos competidores (los propios organismos de difusión) en el mercado descendente de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos.

En el mercado de los derechos para TV (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes valdría con remitirse, para este punto de las barreras de entrada, a lo que a continuación diremos a propósito del mercado, casi coincidente con él, de los contenidos *Premium* deportivos para TV de pago. Aparte de esta remisión, acaso mencionar que, en el caso *UER*, podían interpretarse como barreras normativas a la entrada en los mercados de compra de los derechos sobre acontecimientos deportivos las propias restricciones derivadas de los estatutos de aquella y que, en el asunto *UEFA*, también pretendieron los terceros, aunque sin éxito, que la Comisión entendiera que las restricciones horarias incluidas en el reglamento de retransmisiones de la propia UEFA conformaban barreras (normativas) a la entrada en el mercado de la adquisición de derechos sobre eventos deportivos. Por otra parte, en los casos *AVS III*, el mecanismo del derecho de veto elevaba *de facto* importantísimas barreras de entrada en todos los niveles, al crear una suerte de efecto red o de concentración de derechos en el pool que alimentaba la exclusión no solo en el mercado primario de venta de derechos por los clubes, sino además en posteriores de la reventa y de la difusión por el alto grado de integración vertical que presentaban *Mediapro* y *Sogecable*.

En cuanto a las barreras de entrada existentes en el mercado de los contenidos *Premium* deportivos, al margen de las tecnológicas asociadas a la retransmisión de los eventos sobre determinadas plataformas (TVIP o plataformas móviles) y de ciertas restricciones normativas indirectas emanadas del entorno regulador ya expuesto, como eran las referidas a la retransmisión en abierto de ciertos acontecimientos deportivos catalogados como de interés general, las barreras de entrada más importantes serían las económicas que dificultaban el

acceso al mercado de compra de estos derechos que podrían llegar a verse reforzadas por la existencia de pactos de exclusividad de muy larga duración incluidos en los contratos existentes.

Muy similar a la anterior sería la situación existente en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos en el que, aparte de ciertas restricciones normativas indirectas como, por ejemplo, las relacionadas con la promoción de obras europeas y de producciones independientes (las tecnológicas vinculadas a la difusión de contenidos cinematográficos sobre nuevas plataformas tecnológicas no serían tan intensas como en contenidos *Premium* deportivos al no exigirse la transmisión en directo), también las barreras de entrada de una mayor trascendencia serían las económicas que, en este caso sí, jugarían tanto del lado de la compra como del de la venta de los derechos sobre las grandes superproducciones con el añadido, al igual que en el otro mercado *Premium*, de la existencia de cláusulas de larga duración con pactos de exclusividad y vinculación de productos.

En lo que concierne a la existencia de barreras de entrada cercando el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos, no las habría tecnológicas de una especial significación y, en cuanto a las normativas, apenas si cabría destacar ciertas restricciones normativas indirectas como, p.e., las que suponen que ciertos canales generalistas o de titulares independientes deban ser incorporados a una oferta multicanal determinada. En cambio, las barreras de entrada de naturaleza económica resultarían de una importancia indudable en este mercado cuando lleguen a plantearse situaciones de monopsonio u oligopsonio, como la verificada en nuestro país, tras la fusión digital, en las que un fuerte poder de compra de una plataforma de TV de pago asociado al dato de hallarse ésta verticalmente integrada con un productor de esta clase de canales bastaría para desterrar del mercado de venta a otros editores independientes.

Finalmente, en lo que hace a las barreras de entrada dentro del mercado de la producción de programas (obras audiovisuales) para TV, nada especialmente destacable cabría mencionar. No las habría tecnológicas y, en cuanto a las reglamentarias, mencionar, si acaso, las mismas restricciones normativas indirectas citadas más arriba en cuanto a la obligación de reservar tiempos de emisión y presupuesto para obras audiovisuales europeas e independientes. En cuanto a las económicas, aún siendo de mucha menor entidad que en los mercados *Premium*, las inversiones necesarias para empezar a operar en estos mercados serían en principio superiores a las exigidas para empezar a hacerlo en el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos. A pesar de lo anterior, los efectos de la contracción de la demanda en el mercado descendente de la TV de pago serían mucho más letales para el juego de la competencia en este último mercado que en el de la producción de programas, al menos en nuestro país. Lo anterior podría encontrar su explicación en el hecho de que la edición de canales temáticos se vincule necesariamente a la TV digital que, en España, sería predominantemente de pago en tanto que las obras audiovisuales cuentan con la salida tanto de la TV digital como de la analógica (TV en abierto).

El repaso de todas las anteriores barreras de entrada nos permitiría concluir lo siguiente en cuanto al juego de la competencia potencial. En el mercado mayorista de la venta de derechos sobre contenidos identificado en el caso *Telia/Telenor* la competencia potencial procedente de los organismos de radiodifusión resultaba casi inexistente dado el control ejercido por las partes sobre la red de distribución de la señal de TV. En el mercado (*Premium* o no) de la compra de los derechos sobre acontecimientos deportivos (fútbol) y en el de la compra (también venta) de contenidos *Premium* cinematográficos la competencia

potencial sería también muy limitada por la existencia de fortísimas barreras económicas de entrada. Esa misma competencia potencial, con verse también recortada por la existencia de barreras de entrada económicas, sería, no obstante, más intensa que en los anteriores en el mercado de las obras audiovisuales para TV y en el de la edición y comercialización de canales temáticos. En estos dos últimos mercados el levantamiento de barreras de entrada provendría más bien de la integración vertical entre productores de programas o editores de canales, por una parte, y plataformas de TV, por otra.

i) Addenda: Resumen ejecutivo expediente C/0432/12 Antena 3/La Sexta_Fuente Comisión Nacional de la Competencia

«I. ANTECEDENTES

La operación de concentración económica notificada consiste en la adquisición por parte de ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A. (ANTENA 3) del control exclusivo de GESTORA DE INVERSIONES AUDIOVISUALES LA SEXTA, S.A. (LA SEXTA), a través de la compra del 100% de su capital social, mediante un contrato de 14 de diciembre de 2011⁶.

Esta operación de concentración no fue correctamente notificada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) hasta el 15 de marzo de 2012, en la medida que es de dimensión comunitaria y tuvo que ser previamente renviada a España por la Comisión Europea, mediante de decisión de 14 de marzo de 2012, tras solicitarlo ANTENA 3 el 2 de marzo de 2012.

Por este motivo, la notificación inicial de esta operación, de 30 de diciembre de 2011, tuvo que ser archivada por el Consejo de la CNC mediante Resolución de 7 de marzo de 2012 en el expediente C/0418/12.

II. PARTES

ANTENA 3, que actúa fundamentalmente en los mercados de publicidad televisiva y televisión en abierto en España, está controlada conjuntamente por el grupo Planeta (España) y por el grupo De Agostini (Italia). Asimismo, el grupo RTL (Alemania) tiene una participación significativa en esta sociedad.

LA SEXTA, que opera en los mismos mercado que ANTENA 3, está controlado por el grupo IMAGINA (España).

III. MERCADOS RELEVANTES Y ESTRUCTURA DE LOS MISMOS

Los mercados relevantes afectados por esta operación de concentración se sitúan a lo largo de toda la cadena de valor del sector audiovisual en España.

Estos mercados van desde la producción y comercialización de contenidos audiovisuales, donde ANTENA 3 y LA SEXTA actúan fundamentalmente como demandantes, hasta los mercados de televisión en abierto, donde ambos intentan captar espectadores con una programación atractiva, y de publicidad televisiva, en el que se rentabiliza la audiencia captada mediante la venta de impactos publicitarios a los anunciantes.

⁶ El posterior Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la operación de concentración económica Antena 3/La Sexta y se imponen condiciones a la misma se encuentra también accesible a través de la web de la CNC (<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/>).

1. Mercados de producción y comercialización de contenidos audiovisuales

Estos mercados surten de contenidos audiovisuales a los operadores de televisión para configurar la programación de sus canales de televisión en España.

En los mismos se aprecia cierta diferenciación entre los contenidos para televisión de pago y televisión en abierto.

Asimismo, los datos de estructura de estos mercados evidencian la importancia de MEDIASET, ANTENA 3 y LA SEXTA como demandantes de contenidos audiovisuales en España para televisión en abierto, en el caso de LA SEXTA muy por encima de su cuota de audiencia.

En este sentido, los contenidos audiovisuales constituyen una barrera a la entrada significativa para crecer en audiencia en el ámbito de la televisión en abierto, siendo muy reducido el número de operadores que pueden hacer inversiones significativas en los mismos, por las dificultades existentes para rentabilizarlos en el mercado de publicidad televisiva.

2. Mercados de distribución de canales y televisión en abierto

Con la introducción de la Televisión Digital Terrestre (TDT) en España se ha multiplicado el número de canales de televisión de ámbito nacional disponibles, así como el número de titulares de licencias de emisión de estos canales.

Actualmente existen 5 licenciatarios privados, que se reparten 24 canales de televisión en 6 múltiples de TDT (cuatro canales en cada uno de ellos).

De estos canales, 8 son titularidad de MEDIASET (que explota 7 por sí mismo y ha arrendado uno a El Corte Inglés para la emisión de teletienda), 4 son de ANTENA 3, 4 de LA SEXTA (que ha arrendado uno a IMAGINA para emitir un canal de TDT de pago), 4 de VEO/UNEDISA (que ha arrendado todos a terceros operadores, entre ellos uno para TDT de pago) y 4 de NET/VOCENTO (que ha arrendado todos a terceros operadores).

Por su parte, RTVE tiene licencia para emitir 8 canales de TDT de ámbito nacional, si bien actualmente sólo emite 5 de ellos. En las cuotas de mercado en audiencia en 2011 destacan el 26,2% de MEDIASET, el 22,3% de RTVE, el 17,1% de ANTENA 3, el 11,2% de las televisiones autonómicas públicas y el 7,6% de LA SEXTA.

No obstante, las perspectivas de evolución de audiencia de RTVE y las autonómicas son negativas, dadas las restricciones presupuestarias a las que se enfrentan, lo que les impedirá programar contenidos atractivos.

3. Mercado de publicidad televisiva

La investigación de la CNC ha determinado que la publicidad televisiva es un mercado diferenciado de la publicidad en otros medios de comunicación, incluido internet, en la medida que por su inmediatez y cobertura, es un canal publicitario irrenunciable para un

número significativo de anunciantes, especialmente para los oferentes de productos de gran consumo.

En el mercado de publicidad televisiva suelen utilizarse dos formas de comercialización: venta a coste GRP⁷ y venta a descuento.

La modalidad mayoritaria de comercialización es la de venta a coste GRP, en la que se venden impactos publicitarios sobre targets⁸ concretos. En este caso, el anunciante compra un determinado número de GRP's para un target concreto, y negocia el peso mínimo que van a tener las distintas franjas horarias y los distintos canales de televisión en la consecución de los GRP's. No obstante, una vez decididos estos condicionantes mínimos, el operador de televisión tiene libertad para decidir cuándo y cuántas veces emitir un determinado anuncio hasta conseguir el número de GRP's contratados.

La consecución de los GRP's se puede hacer vía frecuencia de emisión del anuncio o vía cobertura (audiencia elevada del target buscado en el momento que se emite el anuncio). Por norma general, los anunciantes prefieren coberturas elevadas, aunque también buscan que los GRP's se obtengan en los canales de televisión cuyo perfil de audiencia se asemeje al público objetivo buscado.

Los GRP's obtenidos por cada campaña publicitaria en cada canal son medidos por KANTAR MEDIA en tiempo real con un panel de hogares, cuyos resultados son accesibles inmediatamente a través de su base de datos.

En la venta a descuento, en la que se venden espacios publicitarios en momentos concretos, el anunciante paga por el espacio pero no por los impactos, por lo que corre con el riesgo de que su anuncio no consiga los impactos publicitarios deseados. Asimismo, en esta modalidad de comercialización el precio cobrado en términos de impactos efectivamente conseguidos suele ser superior al de la modalidad de venta a coste GRP.

La capacidad de una televisión para conseguir impactos publicitarios está muy condicionada por la normativa, que limita la duración de las pausas publicitarias. Esto implica que existen restricciones muy significativas al crecimiento de la oferta de los operadores de televisión.

Por otra parte, cabe destacar que los GRP's generados por los principales operadores de televisión se han mantenido bastante estables en el tiempo. Esto ha sido posible gracias a que su grado de ocupación publicitaria y de audiencia en términos absolutos se ha mantenido estable.

Otra característica del mercado de publicidad televisiva es que la cuota de mercado de los principales operadores es muy superior a la que resultaría de su audiencia, incluso si se elimina del cómputo la audiencia de RTVE (que no emite publicidad desde 2010).

⁷ Gross Rating Point (GRP). Un GRP representa un número de impactos equivalente a un 1% del universo potencial del target (público objetivo). Es una medida estándar de impactos publicitarios televisivos.

⁸ Los targets pueden ser de muy distinto tipo y segmentan la población española por edad, ocupación, sexo, renta, lugar de residencia, etc. No obstante, los targets más frecuentemente comercializados son adultos y amas de casa.

Así, en 2011 las cuotas de mercado en términos de ingresos de publicidad televisiva fueron: MEDIASET 43,6%; ANTENA 3 30,5%; LA SEXTA 11,4%; Autonómicas 8,9%.

Esto se debe a que para los grandes anunciantes es inviable en la práctica renunciar a emitirse de forma sostenida en los canales de televisión de mayor audiencia, porque impediría alcanzar los objetivos mínimos de cobertura e inmediatez en las campañas publicitarias, especialmente tras la salida de RTVE del mercado, que hace que la audiencia de este operador no sea alcanzable a través de campañas de publicidad televisiva.

Este carácter imprescindible para los anunciantes de los canales principales (especialmente los canales Telecinco y Antena 3) ha sido agravado por las estrategias de empaquetamiento de la publicidad en varios canales desarrolladas por MEDIASET y ANTENA 3.

Como consecuencia de estas estrategias, la publicidad del canal principal de estos operadores sólo puede ser adquirida en conjunción con la de los canales más pequeños de MEDIASET y ANTENA 3. Esto implica que el anunciante se ve frecuentemente obligado a pagar por los canales más pequeños de estos operadores precios más elevados de los que pagaría si pudiese escoger anunciarse sólo en el canal principal. Asimismo, esto conlleva la exclusión de los operadores de televisión más pequeños, en la medida que la porción de los presupuestos publicitarios de los anunciantes que se puede destinar a los mismos se ve reducida.

El caso más extremo de esta estrategia de empaquetamiento es la pauta única, que fue implementada gradualmente por ANTENA 3 entre 2009 y 2010, hasta convertirse en la única vía de comercialización de su publicidad a coste GRP. En la pauta única un mismo anuncio es emitido simultáneamente en todos los canales cuya publicidad gestiona ANTENA 3, lo que implica que el anunciante que desee anunciarse en el canal principal Antena 3 no puede escoger los canales en los que se emite su anuncio ni negociar el peso que tiene cada uno de estos canales de cara a la obtención de GRP's.

Además, la pauta única ha sido parcialmente introducida por MEDIASET en sus canales desde 2011 (si bien por el momento no se ha extendido al canal Telecinco), y es una política comercial que no tiene equivalente en otros países europeos.

Los efectos anticompetitivos de estas estrategias de comercialización empaquetada han sido agravados por la imposición por MEDIASET y ANTENA 3 a los anunciantes o las agencias de medios (que suelen actuar como intermediarios de los anunciantes), de cuotas mínimas de GRP's en sus respectivos canales (en porcentaje sobre el total adquirido) que deben de obtenerse en las campañas de publicidad televisiva.

Como consecuencia de estas cuotas mínimas, la cantidad de GRP's que se destina a MEDIASET y ANTENA 3 ha ido aumentando gradualmente en el tiempo, en perjuicio de los operadores de televisión más pequeños.

El único operador de televisión alternativo que ha sido capaz de mantener una presencia significativa en el mercado es LA SEXTA, gracias a sus contenidos atractivos, a sus audiencias significativas, y a sus estrategias de comercialización agresivas, que sitúan sus precios por debajo de los de MEDIASET y ANTENA 3.

IV. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN

El análisis de la CNC señala que los efectos sobre la competencia de la operación de concentración ANTENA 3 / LA SEXTA inciden fundamentalmente en el mercado de publicidad televisiva y son tanto de carácter unilateral como coordinado.

Asimismo, estos efectos son más significativos que en la operación de concentración TELECINCO / CUATRO, pues se pasa de 3 a 2 operadores principales (en vez de 4 a 3) y no pervive ningún operador que pueda actuar como maverick y alternativa competitiva significativa de los anunciantes.

El primer efecto, de carácter unilateral, es la desaparición de la presión competitiva que ejercía en el mercado LA SEXTA, que empujaba los precios a la baja y servía como base significativa para la aglutinación de las ofertas publicitarias de los canales de televisión más pequeños. De hecho, LA SEXTA comercializa la publicidad de Marca TV, 13 TV y temporalmente lo hizo también con Intereconomía.

El segundo efecto, de carácter unilateral, es el reforzamiento del poder de mercado de ANTENA 3. En particular, al incrementarse la audiencia que gestiona este operador, la misma refuerza su carácter pivotal y casi imprescindible para muchos grandes anunciantes, que no pueden renunciar a contratar la publicidad en los canales de ANTENA 3 sin perjudicar de forma irreparable la cobertura de sus campañas publicitarias, especialmente tras la salida de RTVE del mercado de publicidad televisiva.

Este efecto se ve magnificado por las estrategias de comercialización empaquetada que han ido desarrollando MEDIASET y ANTENA 3, que refuerzan el carácter pivotal de sus ofertas publicitarias. Especialmente perjudiciales son las políticas comerciales basadas en la pauta única.

El tercer efecto, de carácter coordinado, deriva de la reducción del número de operadores en un mercado que por su transparencia en tiempo real y la contratación simultánea de publicidad a los principales operadores, facilita la coordinación tácita entre MEDIASET y ANTENA 3. Así, se da lugar a un duopolio bastante simétrico, que acapara más del 85% del mercado de publicidad televisiva en valor, y que favorece significativamente la capacidad e incentivos de ANTENA 3 / LA SEXTA y MEDIASET a coordinarse tácitamente.

Estos efectos horizontales en el mercado de publicidad televisiva no sólo inciden en las condiciones comerciales que obtienen los anunciantes, sino que también incrementan el riesgo de exclusión de terceros operadores de televisión, dado que dejan de disponer de la posibilidad de llegar a acuerdos con LA SEXTA para comercializar su publicidad, y puesto que se va a reforzar la incidencia del reparto de mercado de mercado implícito (y la reducción de la parte de la demanda de publicidad televisiva que puede destinarse a los operadores más pequeños), que generan las políticas comerciales de pauta única y cuotas mínimas de GRP's que han desarrollado y profundizado MEDIASET y ANTENA 3 desde 2010/2011.

En el resto de mercados los efectos de la operación son fundamentalmente verticales, al reforzarse el poder de compra de contenidos audiovisuales de ANTENA 3 y la capacidad de exclusión por parte de este operador y MEDIASET de terceros competidores de televisión en abierto en la adquisición de contenidos atractivos, al poder dificultar su rentabilización en el mercado de publicidad televisiva.

Por otra parte, la CNC no ha aceptado los argumentos de ANTENA 3 de que LA SEXTA está abocada al cierre si no se ejecuta la operación de concentración, en la medida que LA SEXTA tiene activos atractivos (licencia de 4 canales de televisión nacionales y créditos fiscales) que podrían ser adquiridos por terceros operadores.

Por último, la CNC tampoco ha aceptado las supuestas eficiencias alegadas por ANTENA 3, pues no se han cuantificado, no son verdaderas eficiencias y no se trasladarían a los consumidores.

A la vista de todo lo anterior, la CNC concluye que sin la aplicación de compromisos o condiciones, la operación de concentración ANTENA 3 / LA SEXTA genera riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados considerados, especialmente en el mercado de la publicidad televisiva en España, que no permiten la autorización de esta operación de concentración en los términos que ha sido presentada.

V. VALORACIÓN DE LOS COMPROMISOS PRESENTADOS POR ANTENA 3

ANTENA 3 presentó el 14 de junio de 2012 una última propuesta de compromisos, inspirada en los compromisos aplicados en la concentración TELECINCO / CUATRO, aunque sin llegar al mismo nivel de exigencia, dadas las excepciones introducidas (en adquisición de contenidos y duración de los compromisos) y la ambigüedad de su redacción .

Por otra parte, la CNC considera que los efectos de la operación ANTENA 3 / LA SEXTA sobre la competencia efectiva son mucho más significativos que los de la operación TELECINCO / CUATRO, dado el distinto momento en el que ambos análisis se han producido y las diferencias en la estructura de los mercados cuando se notificó cada operación de concentración, lo que justifica el que la primera debe ser sometida a remedios más estrictos.

A la vista de lo anterior, la CNC concluye que los compromisos propuestos por ANTENA 3 en el mercado de la publicidad televisiva no garantizan la libre elección por parte de los anunciantes y de las agencias de medios de contratar sus campañas publicitarias en los canales de televisión y en la modalidad que más les convenga (venta a coste GRP; venta a descuento), ni previenen el posible ejercicio abusivo del poder de mercado por la entidad resultante mediante la imposición de facto de unos paquetes de canales o de una modalidades de contratación sobre la contratación individualizada de canales.

Esto favorecería que ANTENA 3 pueda reforzar el carácter imprescindible para los principales anunciantes de sus canales de televisión, pueda apalancarse en sus canales principales para imponer la contratación de sus canales secundarios, y pueda excluir a los operadores de televisión en abierto más pequeños.

Adicionalmente, estos compromisos tampoco evitan los mayores incentivos y la capacidad de ANTENA 3 / LA SEXTA y MEDIASET para coordinarse de forma tácita en el mercado de publicidad televisiva, con el consiguiente perjuicio para los anunciantes y los operadores de televisión en abierto más pequeños.

VI. CONDICIONES Y SU VALORACIÓN

A la hora de determinar las condiciones a aplicar, la CNC hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso SOGECABLE/VÍA DIGITAL, indicando que las condiciones que en su caso se impongan a una operación de concentración deben ser proporcionadas a los problemas de competencia detectados, teniendo la CNC un cierto margen de discrecionalidad para elegir, entre varias soluciones posibles, aquélla que considere más adecuada para salvaguardar la competencia efectiva preexistente a la operación de concentración.

Para aplicar estos principios, la CNC tiene en cuenta que se pasa de 3 a 2 operadores significativos en el mercado de publicidad televisiva y que se genera un duopolio bastante simétrico en el mismo. Todo ello en un contexto en el que se han introducido políticas comerciales (pauta única, cuotas mínimas de GRP's) que agravan los efectos restrictivos de la operación.

Asimismo, la CNC destaca la necesidad de que las condiciones sean efectivamente implementables y vigilables. En este punto se ha tomado en consideración el hecho de que se trate de condiciones impuestas y no de compromisos voluntariamente presentados.

No obstante, la CNC ha diseñado unas condiciones que parten de la base de los compromisos presentados por ANTENA 3, completándolos y reforzándolos en el ámbito de la publicidad televisiva, donde ha introducido obligaciones adicionales y ha clarificado el alcance de los compromisos ofrecidos por ANTENA 3.

Condiciones

La CNC ha subordinado la autorización de la operación al cumplimiento de cinco condiciones.

La condición primera hace frente a los problemas detectados en el mercado de la publicidad televisiva.

Con esta condición se busca asegurar que tras la operación de concentración ANTENA 3 tenga limitada su capacidad de utilizar el poder de mercado que le otorga la misma, y por ello, se busca evitar que pueda desarrollar políticas comerciales que limiten indebidamente la libertad de contratación de los anunciantes y agencias de medios, o que excluyan a terceros operadores de televisión en abierto.

En esta condición se establecen las siguientes obligaciones:

- ANTENA 3 / LA SEXTA deberá romper sus acuerdos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros, y no podrá firmar nuevos acuerdos de este tipo.*
- ANTENA 3 / LA SEXTA deberá comercializar de forma separada los espacios publicitarios de sus dos canales de televisión en abierto de mayor audiencia, a través de sociedades diferentes. Cada una de estas sociedades podrá comercializar productos publicitarios televisivos de canales cuya audiencia conjunta no supere el 18% de cuota semestral media.*

- *ANTENA 3 / LA SEXTA publicará con una periodicidad mínima trimestral su oferta de productos publicitarios televisivos que deberá incorporar, como mínimo, los productos necesarios para garantizar la posibilidad de adquisición de espacios publicitarios de forma individualizada en cada uno de los canales de televisión de ANTENA 3.*

- *ANTENA 3 / LA SEXTA no podrá desarrollar políticas comerciales que supongan la imposición de unos productos publicitarios sobre otros. En particular, las sociedades que comercialicen la publicidad televisiva de ANTENA 3 / LA SEXTA no podrán primar la contratación de publicidad de forma conjunta en varios canales de televisión sobre la contratación de forma individualizada en cada uno de los canales por el mero hecho de que se produce una contratación conjunta de publicidad en varios canales.*

- *ANTENA 3 / LA SEXTA no podrá ofertar la contratación de espacios publicitarios en simulcast salvo que el anunciante lo solicite por escrito previa y expresamente. Esta obligación no afecta a la sociedad que comercialice la publicidad del canal Antena 3.*

- *ANTENA 3 / LA SEXTA no podrá condicionar las ofertas comerciales a los anunciantes o agencias de medios a la garantía de contratación de una cuota mínima de inversión o de GRP's.*

- *Las negociaciones entre las sociedades que gestionen la publicidad televisiva de ANTENA 3 / LA SEXTA y los anunciantes y agencias de medios deberán regirse por unos principios mínimos de transparencia, objetividad, previsibilidad y seguridad jurídica.*

En la condición segunda se recogen obligaciones que sirven para limitar el refuerzo de ANTENA 3 en el mercado de la televisión en abierto, lo que de forma indirecta también sirve para garantizar la competencia en el mercado de publicidad televisiva. Concretamente:

- *ANTENA 3 / LA SEXTA no podrá ampliar su oferta de canales de televisión en abierto mediante el arrendamiento de canales de TDT de terceros operadores.*

- *ANTENA 3 / LA SEXTA no podrá bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión con los que comparta múltiple de televisión digital terrestre.*

En la condición tercera se obliga a ANTENA 3 / LA SEXTA a permitir la salida periódica al mercado de los contenidos audiovisuales que haya adquirido o pueda adquirir. Por ello:

- *ANTENA 3 / LA SEXTA deberá limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos a tres años, sin incluir derechos de adquisición preferente o prórroga.*

- *ANTENA 3 / LA SEXTA deberá restringir su capacidad para excluir a las productoras de televisión nacionales como oferentes de programas a competidores de televisión en abierto.*

Para facilitar la vigilancia del cumplimiento e implementación de las anteriores condiciones, en la condición cuarta se especifican una serie de obligaciones de suministro de información periódica sobre la actuación de ANTENA 3/LA SEXTA en los mercados afectados.

En la condición quinta se ha establecido una duración de las condiciones de cinco años.

Valoración de las condiciones

En el ámbito de la televisión en abierto (condición segunda ANTENA 3), adquisición de contenidos (condición tercera) y obligaciones de información periódica (condición cuarta), las obligaciones de ANTENA 3 establecidas por las condiciones son similares a las ofrecidas por la propia ANTENA 3 en sus compromisos, aunque se eliminan algunas excepciones. Asimismo, estas obligaciones son prácticamente idénticas a las que tiene MEDIASET en el marco de la concentración TELECINCO / CUATRO.

Con estas obligaciones se compensan los efectos verticales de la operación ANTENA 3 / LA SEXTA, al no permitir que ANTENA 3 refuerce su poder de mercado en los mercados afectados a través de sus acuerdos con terceros operadores licenciarios de múltiples de televisión digital terrestre y al asegurar que tras la operación de concentración, ANTENA 3 permita la salida periódica al mercado de los contenidos audiovisuales que haya adquirido o pueda adquirir.

Las obligaciones de información buscan asegurar que ANTENA 3 entregue de forma periódica a la CNC datos sobre su actuación en los mercados afectados, a fin de facilitar la vigilancia del cumplimiento e implementación de las condiciones.

En el plazo de vigencia de los remedios, se recoge sustancialmente lo señalado por ANTENA 3 en sus compromisos (que establecían una vigencia máxima de cinco años), aunque se elimina la vinculación injustificada de la vigencia de estos remedios a los de TELECINCO / CUATRO.

En el expediente ANTENA 3 / LA SEXTA, la CNC ha tenido en cuenta que se han impuesto condiciones (y no se han aceptado compromisos) y que difícilmente en un plazo de tres años las condiciones establecidas van a conseguir mejorar la situación competitiva a la que dar lugar la operación de concentración, especialmente porque no existe ningún operador de televisión en abierto significativo alternativo a MEDIASET y ANTENA 3.

Además, la introducción de la cláusula de revisión asegura que en caso de que haya un cambio significativo de las circunstancias de mercado antes del transcurso del plazo de cinco años, la CNC podrá revisar a la baja el plazo de vigencia o el alcance de todas o parte de las condiciones.

Las mayores diferencias entre las condiciones establecidas por la CNC y los compromisos ofrecidos por ANTENA 3 se dan en el ámbito de la publicidad televisiva.

Estas diferencias derivan tanto de los mayores problemas de competencia que genera la operación de concentración ANTENA 3 / LA SEXTA, como de las nuevas políticas comerciales que han desarrollado ANTENA 3 y MEDIASET (pauta única y cuota mínima de GRP's) y, asimismo, del hecho de que se aplican condiciones y no compromisos.

En relación con la obligación de mantener dos sociedades y equipos separados para comercializar la publicidad de los canales Antena 3 y La Sexta, la imposición de esta obligación ha sido considerada imprescindible por la CNC, en la medida que todos los anunciantes y agencias de medios han señalado que, de lo contrario, cualquier otra obligación de no vinculación en la comercialización de bloques de canales queda vacía de

contenido, puesto que el mero hecho de que la misma persona negocie los precios de los dos bloques de canales, le permite vincular implícitamente los precios y demás condiciones comerciales ofrecidas para cada uno de los bloques.

En este sentido, la evolución del mercado de publicidad televisiva en los últimos años ha demostrado que esta separación de sociedades es imprescindible para asegurar la eficacia y facilitar la vigilancia del resto de medidas adoptadas en esta condición.

Asimismo, la CNC considera que esta obligación no es especialmente gravosa para ANTENA 3, en la medida que actualmente ya existen los equipos comerciales separados de ANTENA 3 y LA SEXTA, y ANTENA 3 estaba dispuesta en sus compromisos a mantener sociedades y equipos separados para comercializar la publicidad en televisión de pago.

En relación con las limitaciones a las ofertas de publicidad televisiva que pueda realizar ANTENA 3 empaquetando varios canales de televisión, que sólo serán posibles cuando la audiencia semestral media conjunta de estos canales empaquetados no supere el 18%, en vez del 22% ofrecido por ANTENA 3, la CNC indica que la reducción de este límite es imprescindible para poder permitir que el canal Antena 3 mantenga la pauta única (como ANTENA 3 ha solicitado en sus alegaciones), para asegurar que los contenidos y audiencias de LA SEXTA no se ven descafeinados, y para compensar el duopolio simétrico que genera la operación de concentración.

En todo caso, este límite del 18% se corresponde con el techo máximo de audiencia semestral media que ha tenido ANTENA 3 en los últimos años antes de la adquisición de LA SEXTA.

Asimismo, hay que tener en cuenta que los mayores paquetes comerciales de canales que hoy en día ofrece formalmente MEDIASET (canales Telecinco, FDF y La Siete), han tenido una audiencia media en el primer trimestre de 2012 de 17,9%.

Por otra parte, con las obligaciones relativas a la pauta única y a las cuotas mínimas de GRP's, la CNC busca limitar el desarrollo de determinadas políticas comerciales que en la actualidad aplica fundamentalmente ANTENA 3 y en menor medida MEDIASET, que favorecen el ejercicio del poder de mercado y la coordinación tácita.

Además, los efectos de estas políticas comerciales sobre la competencia efectiva en el mercado de publicidad televisiva están siendo objeto de investigación por la CNC.

Por último, la CNC ha concretado determinadas obligaciones de ANTENA 3 en el transcurso de sus negociaciones con anunciantes y agencias de medios, que refuerzan la transparencia y seguridad jurídica de las mismas, y desarrollan lo ya ofrecido por ANTENA 3 en sus compromisos.»

CAPÍTULO VI: MERCADO DE LOS SEGMENTOS DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

1) EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE TELEVISIÓN DIGITAL INTERACTIVA

a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios de televisión digital interactiva

En su resolución sobre el asunto Cablevisión el TDC identificó como mercado potencialmente afectado el de “*los servicios interactivos prestados a economías domésticas como, v.g., video a la carta, teleasistencia o lectura electrónica de contadores*”. Sin embargo, en ese concreto asunto, prescindió de mayores consideraciones en punto a la delimitación de este mercado por no exigirlo las circunstancias del caso concreto. También apuntó a la existencia de éste como mercado independiente la *Asociación de Operadores de Cable (AOC)* en sus alegaciones vertidas en el caso de la integración de las plataformas digitales en España (caso Vía Digital), así como la autoridad italiana de la competencia en el asunto Stream/Telepiù.

Más detenida fue la delimitación de este mercado hecha por la DG4 en el asunto BiB. Así, sostuvo que los servicios de TV interactiva digital, aún siendo complementarios de los de TV digital de pago y pese a basarse en la misma infraestructura que estos últimos, cabría distinguirlos de los mismos, habida cuenta que los de TV de pago serían de puro entretenimiento, en tanto que los de TV interactiva estarían dotados de un carácter más bien informativo y transaccional y, en ellos, esa misma nota del entretenimiento no estaría constituida por el simple visionado (es decir que el uso o funcionalidad sería diferente). La Comisión entendió que, en el caso de los servicios de TV digital interactiva, era la existencia de un paquete integrado de servicios lo que captaba al consumidor, que se generaban economías de alcance sacando el máximo provecho a una única infraestructura apta para servicios muy distintos, que merced a ese empaquetamiento cada uno de los proveedores de contenido (mercancías o servicios) suministrados a través de la TV interactiva veía aumentar su número de clientes o que la marca identificadora del servicio interactivo sería distinta a la empleada para comercializar cada contenido.

La Comisión, en ese mismo asunto, se preocupó también de marcar las diferencias entre estos servicios interactivos prestados por TV, de una parte, frente a los suministrados por ordenador y, de otra, con respecto a los productos vendidos en tiendas no virtuales. En cuanto a lo primero, todos los hogares del Reino Unido contaban con aparato de TV y no, en cambio, con ordenador, siendo el precio de adquisición de éste un importante coste de transferencia, aparte de que las características de los servicios recibidos por el usuario a través de la TV diferirían de los facilitados vía PC, dato confirmado por el de que unos y otros servicios se promocionaran bajo diferentes signos distintivos⁹. En segundo lugar, la

⁹ Actualmente, esas diferencias se diluyen y no dejan de encontrarse ofertas comerciales que lo ponen de manifiesto: “*También puede recibir la emisión de televisión digital en su PC. Gracias a las tarjetas sintonizadoras, como esta Pinnakle Media Center 300i, el monitor del ordenador se convierte en una televisión avanzada, con la ventaja de poder almacenar los programas emitidos en el disco duro del ordenador. Gracias a las guías de programación electrónica se pueden programar las grabaciones con sólo apretar un botón*” (Suplemento del Mundo de 27 de febrero de 2.005). En idéntico sentido, puede reseñarse el lanzamiento del *Media Center PC* y como sistema operativo asociado al mismo del *Windows Media Center Edition*. Aunque sus características internas son muy similares a las de los ordenadores de sobremesa, se distingue de ellos principalmente por su función: servir de almacén de los contenidos digitales generados en el hogar como fotos, vídeos, grabaciones de televisión, etc. Se trata de aparatos destinados a ser ubicados en el salón y que utilizan el

oferta interactiva de productos a través de la TV sería más limitada en número que la de los comercios, al tiempo que sus precios serían más elevados dados los mayores costes de distribución y por el hecho de estar el consumidor en disposición de pagar más por una mayor comodidad.

Contrastando con lo anterior, en el caso de la fusión digital española (*caso Vía Digital*), el TDC fue de la opinión de que los servicios interactivos prestados a través de la TV y mediante el uso del mando a distancia tales como compra de bienes o contratación de actividades de carácter bancario, informativo o juegos, por poner ejemplos, no constituían mercado separado dada su escasa incidencia sobre el volumen de ingresos de los operadores, su carácter emergente y su accesoriadad respecto al servicio global de TV de pago.

Podría apuntarse en esta sede como el pleno desarrollo de los servicios de TV interactiva (que presuponen la bidireccionalidad) ligado al proceso de digitalización llevará a que los servicios de televenta – en el sentido en el que se definen en el Art. 2.26 de la LGCA, es decir, en el de radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o a la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones – queden embebidos en este mercado de que nos ocupamos al quedar la senda de ida para dicha oferta directa y la de vuelta para una eventual aceptación del espectador/cliente.

P.e., Tobías Martínez de Abertis Telecom (XX encuentros de telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo: “*La TDT: el gran salto de la industria audiovisual*”) subrayaba que el DNI electrónico puede ser el eje de crecimiento para las transacciones electrónicas sobre TDT y la puerta de entrada para muchos ciudadanos a la Sociedad de la Información. El DNI electrónico es objeto de regulación en nuestro ordenamiento en los Arts. 15 y 16 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (BOE nº 304, 20-Dic-2003). Ésta, la firma electrónica, será también una herramienta indispensable para el desarrollo y crecimiento del mercado de los servicios de TV digital interactiva (*Vid Infra* el estudio que dedicaremos al entorno normativo de este mercado).

En lo que concierne a la aplicación de la prueba del monopolio hipotético con vistas a la definición como mercado de producto independiente de este que nos ocupa, como acabamos de ver, la Comisión se preocupó de dotar de perfiles propios al mercado de los servicios de TV digital interactiva frente a: **1)** el de los servicios de TV de pago; **2)** el de los servicios transaccionales prestados a través del ordenador y **3)** el de la venta de los productos o servicios en los establecimientos comerciales.

Nada de lo anterior tendría que plantear especial dificultad desde la perspectiva de la sustitución de la demanda: ante un IRSNTP de los servicios de TV digital interactiva no cabría que los usuarios vieran satisfechas sus necesidades por los servicios de TV de pago (que satisfacerían distintas necesidades), ni que contrataran los servicios transaccionales prestados a través del ordenador personal (por la existencia de un importante coste de transferencia cual sería el desembolso necesario para la adquisición de este último) ni, por

televisor como pantalla. Y, por último, apuntar en esta línea el lanzamiento en 2008 en España por *Filmax* y *ADNStream.tv* de una experiencia pionera en difusión de películas en abierto por Internet partiendo de un modelo financiado con publicidad y en el que el PC se conecta al televisor para beneficiarse del tamaño de la pantalla.

último, que acudieran a los establecimientos para la adquisición de los productos o servicios (fundamentalmente, por razones de comodidad). Siendo evidente todo lo anterior, resultaría casi innecesario acudir al criterio de la sustitución de la oferta; en cualquier caso, sería claro que ante ese mismo IRSNTP no cabría que los prestadores de servicios transaccionales a través del PC ni los prestadores de servicios o productos directamente en los establecimientos pudieran, rápidamente y sin grandes inversiones, pasar a prestar servicios de TV digital interactiva; menos claro resultaría lo anterior con relación a los prestadores de servicios de TV pago basados en la misma infraestructura física y lógica que los de TV digital interactiva.

Finalmente, dejar hecha una advertencia antes de proseguir. Dejaremos fuera de este mercado de producto que ahora nos ocupa los que la Directiva de servicios de comunicación audiovisual denomina servicios de comunicación audiovisual a petición (suministro interactivo de contenidos audiovisuales como, p.e., *video on demand*) cuyo régimen legal comienza ya a asimilarse en la propia Directiva al de los servicios de comunicación audiovisual tradicionales (difusión televisiva). Para lo anterior, bastaría con remitirse a los mismos argumentos aplicados por la Comisión para diferenciar los servicios de TV digital interactiva de los de TV de pago, es decir, el hecho de ser los primeros servicios más bien informativos y transaccionales y donde la nota del entretenimiento, de llegar a darse, no se basaría en el simple visionado de un contenido audiovisual.

En su decisión relativa al Asunto COMP/M. 2876 — *Newscorp/Telepiù* (véase más arriba) — la Comisión mantenía que, aunque había identificado como posible mercado el de los servicios de pago por visión (Asunto COMP/M.2211 - *Universal Studio/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd.* Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2000, publicada en su sitio Internet: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>), lo cierto era que esos servicios junto con los de video a la carta y video cuasi a la carta aún podían entenderse integrados dentro del mercado de la TV de pago (sobre las diferencias entre todos estos servicios ver más arriba el mercado de la TV de pago). Del mismo modo (considerando 43), en *Newscorp Telepiù*, la Comisión era de la opinión de que los servicios de TV digital interactiva eran complementarios y estaban ligados a los servicios de TV de pago (ver también Asunto COMP/JV.37 - *BskyB/Kirch Pay TV*, Decisión de la Comisión, de 2 de marzo de 2000, publicada en su sitio Internet <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>).

De entre los elementos de prueba conducentes a la definición del mercado de producto empleados por la Comisión en su Comunicación para la definición del mercado de referencia, tal vez el de una mayor virtualidad con vistas a la definición de este mercado de los servicios de TV digital interactiva pudiera ser el de las diferentes categorías de clientes o el de la discriminación de precios (Véase la Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto COMP/M.2097 - *SCA/Metsä Tissue*, DO L 57 de 27.2.2002, considerando 88), principalmente con respecto a los servicios afines identificados por la Comisión de la prestación de servicios interactivos a través del PC o del suministro de productos o servicios a través de tiendas no virtuales.

En este sentido, la posibilidad de aplicar precios diferentes a distintas categorías dentro de un colectivo de clientes adquirientes de bienes o servicios en función de que la adquisición tuviera lugar a través de plataforma de TV digital, de la computadora personal o directamente en el establecimiento abierto al público justificaría la existencia de mercados de producto más reducidos, al cumplirse las dos condiciones exigidas por la Comisión: (i) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de

vendérsele el producto considerado, y (ii) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje – más bien mediación - por parte de terceros.

Por ejemplo, puede distinguirse entre el mercado residencial y el no residencial, lo que se dará más en los mercados inscritos en el segmento de las comunicaciones electrónicas que en los de la difusión televisiva al referirse casi siempre estos últimos a necesidades más bien relacionadas con el ocio en los hogares

P.e., en *Eridania/ISI* (decisión de 30.7.1991; asunto IV/M.062) se concluyó que existían dos grupos de clientes para el azúcar granulado, a saber, el de los consumidores individuales servidos a través de las tiendas de comestibles y las grandes superficies y el de los usuarios industriales (empresas agroalimentarias) abastecidos a granel por la empresa azucarera. Sin embargo esos dos grupos no daban lugar a la existencia de otros dos mercados de producto porque la mediación o arbitraje de terceros impediría una discriminación permanente de precios entre ambos grupos. El azúcar era un producto homogéneo, y si bien los envases destinados al consumo individual eran de 1 Kg y los dirigidos al industrial eran de 50 Kg, nada impedía la compra por terceros de envases de 50 Kg para posteriormente reenvasar el azúcar en envases de 1 Kg con vistas a venderlos a los consumidores individuales.

También en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 22 de mayo de 1992, as. 291/90, *Arbora y Ausonia*, el Tribunal señaló contra las pretensiones de los demandados que “... Aunque en este caso los tres productos (pañales para niños, para ancianos y compresas) cumplen una misma función, no satisfacen una misma necesidad: hay tres clases de usuarios que dirigen su demanda exclusivamente a cada uno de esos tipos, que no resultan así sustitutivos,...”.

Se plantea esta situación especialmente en los casos de existencia de grupos de clientes cautivos que son los que no pueden transferir su demanda hacia un sustituto aún siendo tal sustitución posible para el resto de clientes. Como observan los autores (Briones, J, y otros; “*El control de concentraciones...*”; Op. Cit.; Pág. 131) los primeros asuntos en los que la Comisión examinó si un grupo de clientes diferenciado era importante para definir el mercado relevante se referían a la actividad de venta por correo (*Otto/Grattan*, decisión de 21.3.199, asunto IV/M.070; *Redoute/Empire Stores*, Decisión de 25.4.1991, asunto IV/M.080). La Comisión entendió que existía un segmento de clientes de las ventas por correo para los que objetivamente el servicio ofrecido por un distribuidor minorista en sus puntos de venta o tiendas no era una alternativa viable. Ese segmento lo conformaban los ancianos, incapacitados y personas que vivían en áreas rurales aisladas y que sólo podían acceder a los productos de consumo a través de la venta por correo.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios de televisión digital interactiva

El mercado de los servicios de TV digital interactiva tenía en opinión de la DG 4 (asunto BiB) dimensión nacional toda vez que dichos servicios prestados por la nueva entidad creada, *BiB*, se solapaban con los de TV de pago suministrados por una de las que participaban en su creación, *BSkyB*, además de ajustarse a las preferencias de ciudadanos residentes en el Reino Unido (en idéntico sentido el TDC, en el caso de Cablevisión).

De nuevo, la dimensión nacional del mercado geográfico de referencia de los servicios de TV digital interactiva vendrá confirmada por la aplicación del test de la sustitución de la oferta y de la demanda. Así, ante un IRSNTP de los servicios de TV digital interactiva suministrados por un monopolista hipotético en un mercado nacional dado (p.e. el español), no cabría que los abonados se suscribieran a los facilitados por otro asentado en otro diferente (Vg., el francés). Del mismo modo, tampoco resultaría imaginable que, ante ese mismo IRSNTP, pudieran, rápidamente y sin enfrentar grandes impedimentos, pasar los operadores franceses a prestar servicios de TV digital interactiva en nuestro país.

Finalmente, de los elementos de prueba conducentes a la delimitación del mercado geográfico empleados por la Comisión en su Comunicación para la definición del mercado de referencia podríamos aquí remitirnos a los dos siguientes: (i) las características básicas de la demanda, desde el momento en que los perfiles de los usuarios de esos servicios basados en preferencias nacionales bastarían para dar al mercado esa dimensión nacional a que nos venimos refiriendo; (ii) la localización geográfica de las compras, toda vez que la aceptación de ofertas suministradas a través de la TV digital interactiva, normalmente, se localizará en el territorio nacional en el que se ubiquen los televisores.

c) Entorno normativo del mercado de los servicios de televisión digital interactiva

i) Normativa europea

Para hacer una exposición del entorno normativo en el que se desenvuelve el mercado de los servicios de TV interactiva se hace preciso, en primer lugar, aclarar cuál es su verdadera naturaleza, debiendo recordarse lo dicho más arriba en cuanto a la exclusión de este mercado de los servicios de comunicación audiovisual a petición o de comunicación audiovisual no lineal.

Y así podría concluirse que esta clase de servicios **no son servicios de comunicación audiovisual** ateniéndonos, para ello, al Art. 1 de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) conforme al cual estos, tanto si son servicios de comunicación audiovisual lineales (difusión televisiva) como no lineales (servicios de comunicación audiovisual a petición), se caracterizan porque su *“principal finalidad es proporcionar programas, con objeto de informar, entretener o educar al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas”*.

El propio Art. 1 de la Directiva 89/552 de Televisión sin Fronteras, en la redacción dada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 (L 202 60 30.7.1997), matizaba que la difusión televisiva (equivalente a los actuales servicios de comunicación audiovisual lineal) *“no incluirá los servicios de comunicaciones que presten, previa petición individual, elementos de información u otras prestaciones, como servicios de telecopia, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares”*.

La misma filosofía parece inspirar el núm. 22 del Preámbulo de la Directiva 2010/13/UE: *“La definición debe excluir asimismo todos los servicios cuyo principal objeto no sea*

proporcionar programas, es decir, aquellos cuyo contenido audiovisual sea meramente incidental y no constituya la finalidad principal. Como ejemplos cabe citar los sitios web que contienen elementos audiovisuales con una función exclusivamente auxiliar, elementos gráficos animados, pequeños anuncios publicitarios o información relacionada con un producto o servicio no audiovisual. Por estos motivos, los juegos de azar que impliquen una apuesta que represente un valor monetario, incluidas las loterías, las apuestas y otros juegos de azar o de dinero, así como los juegos en línea y los motores de búsqueda, también deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva, pero no las emisiones televisivas dedicadas a juegos de azar o de dinero”.

En segundo término, los servicios de TV interactiva **serían servicios de comunicaciones electrónicas**, si atendemos a la definición que de estos se da en el Art. 2 de la Directiva Marco (*Vid Supra*), en la medida en que se trata de servicios prestados, por lo general, contra el pago de una remuneración que consisten, principalmente o en su totalidad, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas (incluidas las utilizadas para la radiodifusión). Ahora bien, para que los servicios de TV interactiva puedan tenerse por servicios de comunicaciones electrónicas será necesario que no impliquen el suministro de contenidos audiovisuales.

En tercer lugar, además de servicios de comunicaciones electrónicas, los servicios de TV interactiva **son servicios de la Sociedad de la información** partiendo de la definición que de estos da el Art. 1 de la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998 (DO L 24 de 21.7.1998, p. 37), por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la información.

Dicha definición es la siguiente:

*“**servicio**, todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.*

A efectos de la presente definición, se entenderá por:

- «a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente;
- «por vía electrónica», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;
- «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

En el anexo V figura una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición”.

Dentro de este anexo V no quedarían comprendidos los servicios de TV interactiva.

Concluido, pues, que los servicios de TV interactiva no son servicios de comunicación audiovisual (ni lineal ni a petición) y que, en cambio, sí lo son de comunicaciones electrónica y de la SI, cabría ya hacer una somera descripción del entorno normativo en que dicho mercado se desenvuelve.

De la Directiva Marco podrían destacarse ciertas previsiones (Art. 18) en punto a la interoperabilidad de los servicios de TV digital interactiva a fin de que los consumidores, con

independencia del modo de transmisión, puedan beneficiarse de toda esta clase de servicios. Así, los proveedores de servicios de TV interactiva y de equipos avanzados de TV digital para la recepción de dichos servicios deberán esforzarse por adoptar una interfaz del programa de aplicación abierta que se adecúe a las normas y especificaciones técnicas adoptadas por un organismo europeo de normalización. En la propia Directiva Marco se define el equipo avanzado de TV digital como los *“decodificadores para la conexión a televisores o televisores digitales integrados capaces de recibir servicios de televisión digital interactiva”*.

El efecto de la API abierta será facilitar la interoperabilidad, es decir, la portabilidad de los contenidos y servicios interactivos a través de diferentes mecanismos de suministro; lo anterior sin perjuicio de la necesidad de no dificultar el funcionamiento de los equipos receptores y de protegerlos de virus y otros ataques malintencionados [puede verse la Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra el spam, los programas espía y los programas maliciosos, COM (2006)688]. También en la Directiva Marco (Art. 2) se define la interfaz de programa de aplicación como *“la interfaz de software entre las aplicaciones externas, puesta a disposición por los organismos de radiodifusión o prestadores de servicios, y los recursos del equipo avanzado de televisión digital para los servicios de radio y televisión digital”* (puede también verse el glosario de la tesis).

Además, conforme al apartado segundo de ese mismo Art. 18: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso), los Estados miembros alentarán a los propietarios de API a facilitar de manera leal, adecuada y no discriminatoria y a cambio de una remuneración apropiada toda la información que permita a los proveedores de servicios de televisión digital interactiva ofrecer todos estos servicios soportados por la API de una manera plenamente funcional”*.

Es de notar que, en toda esta materia de la interoperabilidad, la Directiva no impone a los Estados miembros obligaciones terminantes, lo que bien a las claras se desprende del empleo de términos como *“se esforzarán”* o *“alentarán”*.

Por su parte, la Directiva de Acceso, aparte de en alguna medida reproducir las previsiones de la Directiva Marco, contiene prescripciones concernientes a los sistemas de acceso condicional, también de influencia indudable en el ámbito de los servicios de TV digital interactiva. Su tratamiento a propósito del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago nos permitirá aquí pasarlas por alto.

En la medida en que los servicios de TV interactiva admiten ser catalogados como servicios de la Sociedad de la información quedarán sujetos a las previsiones de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 (DO L 178 de 17.7.2000, p. 1/16), relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

En el Art. 3 de esta Directiva se contempla la obligación de que cada Estado miembro vele por que los servicios de la Sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respete las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado y, como contrapartida, la prohibición de que dicho Estado miembro pueda restringir la libertad de prestación de servicios de la Sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.

Éste, el ámbito coordinado, se refiere (Art. 2) a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación *“con el inicio de la actividad de un servicio de la Sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones”* y *“con el ejercicio de la actividad de un servicio de la Sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios”*.

El Art. 3 de la Directiva admite excepciones a la prohibición de restringir la libertad de prestación de los servicios de la Sociedad de la información de otro Estado miembro cuando la restricción sea necesaria por motivos de orden público, protección de la salud pública, seguridad pública o protección de los consumidores y siempre que sea proporcionada a estos fines.

A tenor del Art. 4, para la prestación de servicios de la Sociedad de la información no será necesaria autorización previa. Los servicios de TV interactiva, en cuanto que servicios de la SI, no llevan *per se* aparejada la necesidad de disponer de título habilitante para su prestación y ésta, más bien, puede derivar del dato de ser también servicios de comunicaciones electrónicas o del de tratarse de servicios conexos a los de difusión televisiva que suelen implicar esa necesidad de título habilitante.

Por esta razón, el Art. 4, tras disponer literalmente que *“los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información no podrá someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes”*, establece en su apartado 2 que *“lo dispuesto en el apartado 1 no irá en perjuicio de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la Sociedad de la información, ni de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones”* (esta última remisión debe entenderse hoy hecha a la Directiva de Autorización).

Otras obligaciones impuestas por la Directiva a los Estados miembros van referidas al deber de los prestadores de servicios de la Sociedad de información de suministrar cierta información a los destinatarios de dichos servicios y a las autoridades competentes como, Vg., su nombre, dirección geográfica, datos de inscripción en Registros públicos u otra información que permita establecer una comunicación directa y efectiva con los mismos (Art. 5).

Por terminar con la Directiva 2000/31, en cuanto pudiera afectar a los servicios de TV digital interactiva, podría aún señalarse la existencia de ciertas disposiciones referentes a las comunicaciones comerciales y a los contratos por vía electrónica. Así, en cuanto a las primeras, el Art. 6 ordena la inclusión en las mismas de cierta información como la referente a su correcta identificación como comunicación comercial y a la de la persona de que proceden. En cuanto a los segundos (Sección 3.ª de la Directiva), el Art. 9 impone a los Estados miembros la obligación de facilitar la celebración de contratos a través de la citada vía electrónica y los Arts. 10 y 11 se ocupan, respectivamente, de la información a insertar por el prestador de los servicios y de ciertos requisitos exigibles para la realización de

pedidos como, por ejemplo, el de que el prestador de los servicios acuse por vía electrónica recibo del pedido.

ii) Normativa nacional

El dibujo del marco regulador nacional aplicable al mercado de los servicios de TV digital interactiva debe partir de la vinculación de la normativa española a la europea recién expuesta y de la doble naturaleza de los servicios de TV interactiva en cuanto que servicios de comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la información.

Dicho lo anterior, la primera norma a la que habrá de estarse es la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones. En ella no se encuentran disposiciones específicas para los servicios de TV digital interactiva; sin embargo, éstos, en tanto que servicios de comunicaciones electrónicas, quedarán sujetos al régimen general de la LGT.

En segundo término, sería necesario atender a la Ley 34/2002, de 11 de julio (BOE nº 166, 12-Jul-2002), de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico. El objeto de esta norma queda definido en su Art. 1 al modo siguiente: *“Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*.

La Ley, en sus aspectos esenciales, se pliega a la Directiva 2000/31 de Comercio electrónico estudiada más arriba y se ocupa de aspectos como la libre prestación de servicios de la Sociedad de la información, las obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de esta clase, la autorregulación del sector mediante la adopción de códigos de conducta, las comunicaciones comerciales por vía electrónica y la contratación por esa misma vía y de cuestiones instrumentales como las relativas a la solución judicial y extrajudicial de litigios o al cuadro de infracciones y sanciones.

Como en el caso de la LGT, la Ley 34/2002 tampoco contiene ninguna especial previsión aplicable a los servicios de TV interactiva, los cuales, al participar de la naturaleza de servicios de la SI, quedarán, no obstante sujetos de modo general a sus previsiones.

Las dos anteriores vendrían a ser las Leyes básicas. Dejándolas aparte, resulta difícil dar con normas que, de modo específico, contemplen los servicios de TV digital interactiva dado el carácter de emergente del mercado que conforman. Y de las que se encuentran, apenas si podrían destacarse algunas con previsiones de naturaleza más bien fragmentaria.

Así la Ley de la Comunidad autónoma valenciana 1/2006, de 19 de abril, del Sector audiovisual dispone que para el cálculo del tiempo de emisión que debe reservarse a las obras valencianas de productores independientes no se computará el dedicado a servicios interactivos (Art. 12).

También la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la Radio y televisión de titularidad estatal, en su Art. 2, incluye dentro del servicio público de radio y televisión de la titularidad del Estado la

oferta de servicios conexos o interactivos siempre que efectivamente respondan a los fines de servicio público enumerados en su apartado primero.

Puede ser también interesante alguna previsión del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la TDT. En concreto, la Disposición adicional quinta dispone en su apartado cuatro: *“La capacidad de transmisión del múltiple digital se podrá utilizar para prestar servicios adicionales distintos del de difusión de televisión, como los de transmisión de ficheros de datos y aplicaciones, actualizaciones de software para equipos, entre otros, si bien, en ningún caso, se podrá utilizar más del 20 por ciento de esa capacidad de transmisión del múltiple digital para la prestación de dichos servicios. No obstante, en función del desarrollo de los servicios interactivos y de los asociados a la televisión digital terrestre, el Gobierno podrá decidir la modificación de dicho porcentaje”*.

La Disposición transitoria cuarta del citado Real Decreto contemplaba la posibilidad de conceder a los concesionarios del servicio público de TV de ámbito estatal canales digitales adicionales a los ya concedidos conforme a la Disposición adicional segunda para lo que habían de presentar un Plan detallado de actuación en el que asumieran, entre otros compromisos, el de introducir en el primer año de emisión aplicaciones y servicios interactivos.

La Resolución de la SETSI de 29 de noviembre de 2005 dispuso la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 por el que se ampliaba con canales digitales adicionales el contenido de las concesiones de las sociedades que gestionaban el servicio público de TV terrestre de ámbito estatal y por el que se asignaban los canales que formaban parte de los múltiples digitales en redes de frecuencia única.

Como acaba de decirse, la transitoria cuarta del Real Decreto 944/2005 disponía una serie de requisitos para la concesión de un primer canal digital adicional. Además, para el otorgamiento de un segundo canal digital adicional, se imponía el cumplimiento de esos mismos requisitos y, aparte, el de otros añadidos entre los que se contaría el citado de la introducción, en el primer año de emisión, de aplicaciones y servicios interactivos.

De las cinco sociedades concesionarias del servicio público de televisión terrestre de ámbito estatal existentes a la entrada en vigor del Real Decreto 944/2005 – *“Antena 3 de Televisión, S.A.”*, *“Gestevisión Telecinco, S.A.”*, *“Sogecable, S.A.”*, *“Veo Televisión, S.A.”* y *“Sociedad Gestora de Televisión Net TV, S.A.”* – las tres primeras solicitaron dos canales adicionales y las dos últimas sólo uno.

También el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, en su Disposición adicional segunda relativa, a la *“Interoperabilidad de los equipos de consumo utilizados para la televisión digital”* establece: *“Los aparatos digitales de televisión dotados de una pantalla de visualización integral de una diagonal visible superior a 30 centímetros comercializados para su venta o alquiler deberán estar provistos, al menos, de una conexión de interfaz abierta, normalizada por una organización europea de normalización reconocida o conforme con la norma adoptada por esta o con las especificaciones adoptadas por la industria, y poder transferir todos los elementos de una señal de televisión digital, incluida la información relativa a servicios interactivos y de acceso condicional”*.

En el ámbito del Derecho penal puede citarse el Art. 286 del vigente Código penal, integrado en la sección que lleva la rúbrica *“De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”* que castiga como delito la conducta del que, sin el consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica mediante: **a)** *“la fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso”*; **b)** *“la instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en la letra anterior”*.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista (BOE nº 15, 17-Ene-1996) regula en su Título III las que llama *“ventas especiales”*. Dentro de éstas se inscribiría la llamada *“venta a distancia”* que tiene lugar, según su Art. 38, cuando se celebra *“sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor”*. En cuanto al régimen legal aplicable a estas ventas a distancia – entre las que se contarían las verificadas recurriendo a servicios de TV interactiva – dispone el mismo precepto que cuando *“se lleve a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”*. La normativa española en materia de ventas a distancia no es, en esencia, más que el resultado de implementar la europea (Directiva 97/7/CE del parlamento europeo y del consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia).

Mediante Real Decreto 225/2006, de 24 de febrero (BOE nº 72, 25-Mar-2006, se han venido a regular determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia. El Art. 5 ordena la inscripción en dicho registro de las empresas que tengan dispuesto un sistema de contratación a través, entre otras técnicas de comunicación a distancia, de la televisión.

Por lo demás, es previsible que toda esta normativa escasa y dispersa vaya progresivamente tornándose en un conjunto regulador dotado de una mayor consistencia y coherencia a medida que vaya madurando el mercado de los servicios de TV digital interactiva.

Esto comienza ya a percibirse en el LGCA que, para empezar, incluye en su Art. 2.14 una definición de *“servicios conexos e interactivos”*, que describe en los siguientes términos:

“Son los contenidos o servicios, asociados o no a los programas audiovisuales, que son incorporados por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual o por los operadores de comunicaciones electrónicas a los que la ciudadanía puede acceder a través de distintos procedimientos vinculados o no con el canal de difusión.

Este acceso puede estar o no vinculado a un canal de retorno, según el grado de interactividad del servicio que se preste.

Cuando no exista este canal de retorno, la interactividad consistirá en la transmisión continua y sucesiva de datos a los que el ciudadano accederá libremente o previa autorización del prestador. La información será almacenada en un receptor y se renovará con la periodicidad que establezca el prestador del servicio.

Cuando exista canal de retorno, el usuario interactuará con el prestador del servicio, posibilitando el acceso a contenidos adicionales vinculados o no a los programas audiovisuales y la navegación por ellos así como el envío de respuestas, incluido el envío de datos que permitan realizar transacciones económicas por parte de los usuarios así como la comunicación entre distintos usuarios”.

Los servicios conexos e interactivos participan de la misma naturaleza de servicios de interés general que los servicios de comunicación audiovisual a tenor del Art. 22. Finalmente, el Art. 31 ordena a los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas permitir el acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y productores independientes, de acuerdo con lo establecido en la legislación sobre telecomunicaciones, a las capacidades técnicas de su red y, asimismo, garantizar la posibilidad técnica de transmitir imagen y sonido en condiciones que permitan una interactividad efectiva.

d) El mercado de los servicios de televisión digital interactiva en el caso de la creación de BiB por BSkyB, BT, Midland Bank y Matshusita (caso BiB)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso BiB

Prácticamente, el caso más relevante de identificación de este mercado por parte de las autoridades de la competencia ha sido el de la creación de *BiB* al que nos referimos ya al tratar del mercado de la TV de pago. El mercado de los servicios de TV digital interactiva es aún hoy, más de una década después de este asunto, un mercado emergente. La evolución y maduración de dicho mercado, a corto plazo, dependerá, con probabilidad, del desarrollo de la TDT.

El supuesto, como ya destacamos al tratar del mercado de la TV de pago, era el de cuatro compañías que se concertaban para la creación de una quinta dedicada a la prestación de servicios de TV digital interactiva. La DG4 analizó y examinó el juego de la competencia en el mercado de los servicios de TV digital interactiva además de en el de los servicios de TV de pago, suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV de pago y en el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Para más detalles y para lo concerniente a la identificación de las partes implicadas, nos remitimos a lo que se dijo en los epígrafes correspondientes al tratar de los servicios de TV de pago.

ii) Análisis pre-concentración del mercado de los servicios de TV digital interactiva y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB

La DG4 comenzó por sentar que los servicios de TV digital interactiva que *BiB*, la nueva compañía creada, debía suministrar no estaban muy extendidos – de ahí que poco mercado hubiera que analizar - en el mercado geográfico de referencia, lo que haría probable, a corto o medio plazo, la aparición de competidores.

El cable en el Reino Unido tenía, en el momento de notificarse la operación, capacidad bidireccional y ofrecía, por esta razón, posibilidades de interactividad mientras que, también en ese momento, tanto la transmisión digital por satélite como la terrestre permitían sólo la comunicación unidireccional, siendo la interactividad posible, en estos dos medios, mediante el recurso a la red telefónica pública conmutada (RTPC) como senda de vuelta.

En un futuro más o menos próximo se preveía que fuera posible proporcionar tales servicios interactivos utilizando solamente la RTPC mediante el recurso a tecnologías digitales como la *Digital Subscriber Line* (DSL), que permitía reforzar la capacidad de aquélla (lo anterior no parece sin embargo que haya llegado a confirmarse y, p.e., a 22 de febrero de 2005, ante la previsible implantación de la TV digital terrenal en nuestro país, la prestación de servicios interactivos por esta vía - consulta del tiempo o del estado del tráfico, envío y recepción de mensajes a móviles o por e-mail, participación en concursos desde casa o visualización de publicidad interactiva con acceso directo a promociones especiales - seguía exigiendo disponer de conexión telefónica o de cable).

La naturaleza del medio de transmisión empleado podía incidir sobre la de los servicios interactivos digitales de TV proporcionados. Así por ejemplo, tratándose de la TV digital terrenal, existían restricciones de índole técnico con el efecto aparejado de limitar la gama de servicios prestados, pero además otras, de carácter normativo, como la derivada de la prohibición legal de dedicar más del 10 % de la capacidad terrestre digital a servicios que no fueran programas como, por ejemplo, los destinados a datos y texto, restricciones todas las anteriores sin virtualidad en la transmisión vía satélite o por cable.

Como se apuntó en su lugar, servicios de TV de pago y de TV digital interactiva se basaban en una misma infraestructura física y lógica, lo que motivó que el desenvolvimiento de la competencia y las posibles restricciones al mismo fueran ya objeto de estudio al tratar del mercado de la TV de pago.

La idea esencial era la de que, al estar facultadas tanto la operadora de servicios de TV por satélite (*BSkyB*) como la de telecomunicaciones (*BT*) para la prestación de servicios de TV interactiva, el concierto entre ambas tendía a falsear la competencia en el mercado considerado. En lo demás, nos remitimos al estudio realizado en sede de TV de pago.

e) Barreras a la entrada en el mercado de los servicios de televisión digital interactiva

El dato de que los servicios de TV digital interactiva se basen, como se acaba de decir, en la misma plataforma física y lógica que los servicios de TV convencional, en el sentido de TV de puro entretenimiento basado en el simple visionado sin el componente informativo/transaccional de la interactiva, supone que las barreras de entrada en este mercado de que nos ocupamos prácticamente sean absorbidas por las que dificultan el acceso al mercado de los servicios de la difusión televisiva o de la TV de pago, según los casos.

En el asunto *BiB*, la plataforma sobre la que se sustentaban los servicios interactivos era la de una TV de pago por satélite. Sin embargo, es perfectamente imaginable la prestación de servicios interactivos sobre la base de plataformas de TV en abierto tras la plena implantación de la TDT.

Hecha la anterior remisión a los epígrafes correspondientes de los mercados de la TV de pago y de la difusión de TV, debe aún matizarse que las barreras de entrada en el mercado de los servicios de TV interactiva dependerán también de cuál sea el medio que sirva de soporte a tales servicios: cable (ADSL incluido), satélite u ondas.

En este sentido, los obstáculos que dificultan el acceso de nuevos operadores a este mercado serán especialmente intensos cuando dicho soporte venga constituido por las ondas hertzianas dada la existencia de barreras normativas relacionadas con la disponibilidad de espectro y de título habilitante (recuérdese que el servicio de difusión televisiva, al que se asocian como servicios conexos los de TV interactiva, exige en nuestro ordenamiento una simple licencia, cuando es por ondas, y una mera notificación, cuando es por cable, ADSL o satélite) y económicas asociadas a la inversión en infraestructuras (cobertura, adaptación de antenas e instalación de descodificadores; *Vid Supra* lo dicho sobre barreras de entrada en el mercado de la TV en abierto).

Por lo que hace a las barreras tecnológicas, al tratarse de un mercado emergente aún resulta prematuro pronunciarse sobre su existencia. Ello no obstante, puede aventurarse que la superación de esta clase de barreras de entrada pasará por el desarrollo de la bidireccionalidad, así como de interfaces del programa de aplicación abiertos que permitan a los usuarios decantarse por la guía electrónica de programación que sea más de su gusto.

c) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los servicios de televisión digital interactiva

i) Sobre las relaciones del mercado de los servicios de televisión digital interactiva con otros mercados

Empezando por lo referente a los mercados de producto con los que mantendría una especial vinculación el de los servicios de televisión digital interactiva, observar que esa especial vinculación se plantearía con relación a los siguientes: (i) el de los telespectadores y el de la TV de pago (*segmento de la difusión televisiva*); (ii) el de los servicios de publicidad interactiva dentro del mercado de la publicidad televisada (*segmento de la publicidad*); (iii) el de los servicios técnicos para TV de pago o en abierto (*segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas*); (iv) el de los de servicios e infraestructuras de comunicaciones electrónicas (*segmento de las comunicaciones electrónicas*):

- i. *Segmento de la difusión televisiva*. En primer lugar, esos vínculos serían especialmente estrechos con los dos mercados incluidos dentro del segmento de la difusión televisiva (audiencia o telespectadores y TV de pago). Ahora bien, como resulta de su propia denominación, el mercado de los servicios de TV digital interactiva, presupone no sólo la existencia de una plataforma de TV sobre la que asentarse sino, además, que la misma se encuentre digitalizada. Lo anterior lleva a que, históricamente, esa vinculación tienda a plantearse antes con relación a la TV de pago que con respecto a la TV en abierto, pues ha sido aquella la primera en digitalizarse. En este sentido, dentro del mercado de la TV de pago, las posibilidades de desarrollo de los servicios de TV digital interactiva serán mayores en la plataforma de cable (fibra óptica y ADSL) que, sin necesidad de completarse con otras plataformas, ofrece por sí misma la necesaria bidireccionalidad, que en la satelital, mucho más limitada en este

último sentido y donde una bidireccionalidad plena puede exigir el complemento de otras plataformas para la senda de vuelta (p.e., la red telefónica pública conmutada). De otra parte, insistir en que los servicios de comunicación audiovisual a petición (video bajo demanda), a pesar de su indudable carácter de servicios interactivos, dado que implican el suministro de contenidos audiovisuales quedan fuera del ámbito del mercado de los servicios de TV digital interactiva inscribiéndose dentro del mercado de la TV pago (así lo ha entendido recientemente la Comisión en el asunto COMP/M. 2876 — *NewsCorp/Telepiù*).

En efecto, además de los servicios habituales de TV de pago, que consisten en una oferta básica [paquete que contiene canales de demanda secundaria y que se distribuyen a través de plataformas de distribución multicanal a través de paquetes de precios básicos; p.e., en UK *Sky TV* ofrecía en un “*value pack*” entre otros los cuatro principales canales en abierto - *BBC 1+2*, *ITV*, *Channel 4*-, cierto número de noticias y de canales de interés especial o *Premium* (películas, deportes y contenidos de enganche)], los prestadores de servicios de TV ofrecen los así llamados servicios de pago por visión o de video casi bajo demanda. En video casi bajo demanda los suscriptores que desean ver un *film* son agrupados y remitidos al nuevo punto de arranque de la emisión. Estos servicios pueden ser vistos como un estadio previo a los servicios de video bajo demanda que dejan a la entera discrecionalidad del consumidor final el ver un concreto contenido en un momento también determinado.

En *Universal Studio Networks/De Facto (Ntl)/Studio Channel Limited*, los resultados de la investigación del mercado por la Comisión apuntaron a que existían mercados separados para los servicios de pago por visión [Commission Decision, Case IV/M.2211, 20 December 2000, *Universal Studio Networks/De Facto 829 (Ntl)/Studio Channel Limited*, para. 17].

El asunto fue también materia de discusión en *MSG Media services* {Commission Decision, 94/922/EC, MSG Media Service, [1994] OJ L 364/1, para. 38}. En esta ocasión, sin embargo, las características de los servicios de *Pay Per View* y *Video Near On Demand* no diferían de modo significativo de la oferta básica de canales de TV de pago. Dado que tales servicios no se encontraban aún suficientemente desarrollados la Comisión no abundó en lo relativo a la definición del mercado.

Cuatro años después, de nuevo la Comisión hubo de enfrentarse a la cuestión en *Telenor/Canal +/Canal Digital* [Commission Decision, Case COMP/C.2.-38.287, 29 December 2003, *Telenor/Canal +/Canal Digital*, paras. 51 et seq. *See also Commission Decision, Case COMP/M.3542*, 10 November 2004, *Sony Pictures/Walt Disney/ODG/Movieco*, para. 10.]. Se puso en cuestión que los servicios de pago por visión o de video casi bajo demanda aún constituían servicios vinculados y complementarios de los de suministro de canales *Premium* de TV de pago. De hecho, los proveedores de servicios de TV de pago en la región nórdica habían empezado ofreciendo estos servicios a los suscriptores de la oferta básica. Esto demostraba, al menos en la opinión de la Comisión que no era cierta la presunción de que, por razones técnicas y económicas, los servicios de pago por visión o de pago casi bajo demanda únicamente podían ser ofrecidos junto con canales *Premium* de TV de pago. Para la Comisión existían diversas diferencias entre los servicios de PPV/NVOD y otros servicios de TV de pago que hablaban a favor de la existencia de mercados separados con respecto al primero. Mientras que los canales de pago por visión contenían *films* de

reciente realización inmediatamente después de la terminación de la ventana de distribución física a través del video (normalmente por un periodo de hasta seis meses), los canales *Premium* de TV de pago tan sólo ofrecían estos *films* generalmente sólo tras ser cumplimentada la ventana de pago por visión (normalmente de tres meses de duración).

Más aún, los consumidores que recurrían al pago por visión podían elegir entre un número determinado de películas sin someterse, al menos hasta cierto punto, a las restricciones y parrilla de programación de los canales *Premium* de TV de pago. La Comisión recurría, en fin, a la prueba del monopolista hipotético para establecer que las diferencias inherentes a las modalidades de tarificación en la oferta de TV de pago, basada en una suma fija mensual, y de Pago por visión, basada en cobros por consumo, llevarían a entender que ante un IRPSNTP los consumidores no se darían de baja en un servicio para pasar a darse de alta en el otro. Así, la Comisión consideró el mercado minorista de los servicios de PPV/NVOD como un mercado emergente separado del mercado de los servicios de canales de TV de pago. Aunque, al no afectar de modo definitivo a la resolución del asunto, la Comisión no adoptó formalmente una definición tal del mercado.

Y en lo que concierne a la prestación de servicios de TV digital interactiva sobre plataforma terrestre (más vinculada, al menos de momento en nuestro país, a la TV en abierto), la misma será perfectamente posible una vez llegue a desarrollarse plenamente la TDT. No obstante, al ofrecer esta última no sólo una bidireccionalidad limitada, sino además un menor ancho de banda que las plataformas de cable y satélite (de pago), el desarrollo de servicios interactivos estará mucho más condicionado que en esas otras plataformas.

Dicho lo anterior, habría también que observar que el mercado de los servicios de TV digital interactiva mantendría con respecto a los de difusión televisiva que acabamos de mencionar más que una relación de verticalidad (ascendente o descendente), otra de superposición en el sentido de compartir una misma infraestructura física y lógica. Es decir, que los servicios de difusión televisiva y los de TV digital interactiva dan lugar a diferentes cadenas de valor por más que las mismas se desplieguen en paralelo sobre la base de una misma infraestructura o plataforma.

- ii. **Segmento de la publicidad.** En cuanto a las relaciones con el mercado de la publicidad televisada, el mercado de los servicios de TV digital interactiva las presentaría con un sector muy específico del mismo, a saber, el de los servicios de publicidad interactiva. En este sentido, como hubo ya oportunidad de mencionar al tratar del mercado de la publicidad televisada, el criterio de la Comisión es el de entender que entre ambos habría un vínculo más bien de sucesión temporal. Así, hasta el momento en que el espectador pulsara el icono interactivo que aparece en la pantalla de su televisor estaríamos dentro del mercado de los servicios de publicidad televisada y, a partir de este último momento, dentro del mercado que ahora nos ocupa de los servicios de TV digital interactiva.
- iii. **Segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.** Y en lo que concierne a las relaciones de este mercado con los inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas, tendríamos que las mismas serían especialmente intensas con respecto al mercado de los servicios

técnicos para TV de pago y para TV en abierto. En este sentido, se hace preciso recordar que, aún cuando hayamos identificado como mercado de producto el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, lo cierto es que el proceso de digitalización de la TV terrestre en abierto lleva a que los servicios técnicos resulten también necesarios para la TDT. Los vínculos, en estos casos, nacen de que uno de los presupuestos básicos para que puedan prestarse servicios de TV digital interactiva es la existencia de APIs y EPGs abiertas, estandarizadas y adaptadas a los criterios de los organismos europeos de normalización. A pesar de las especiales características que presenta el mercado que ahora estudiamos, podía entenderse que éste es descendente con respecto a los de los servicios técnicos en la medida en que algunos de los elementos a que estos se refieren pueden ser considerados insumos necesarios para la prestación de los servicios de TV digital interactiva a los usuarios.

- iv. **Segmento de las comunicaciones electrónicas**. Finalmente, en cuanto a las relaciones de este mercado con los inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas habría que observar lo siguiente. Para empezar, hemos visto que los servicios de TV digital interactiva son, en sí mismos, servicios de comunicaciones electrónicas, en la medida en que implican la transmisión de una señal a través de una red de comunicaciones electrónicas. Otra forma de verlo podría ser la de entender los servicios de TV digital interactiva como conformadores de un mercado descendente con respecto a los inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, desde el momento en que las redes y servicios que conforman estos pueden ser entendidos como *inputs* necesarios para la prestación de aquellos a los usuarios.

De todo lo anterior se desprende que son muchas las indefiniciones a la hora de establecer las relaciones entre el mercado de los servicios de TV digital interactiva y los demás que hemos estudiado; lo que no podría ser de otra manera al tratarse de un mercado emergente que no termina de perfilarse sobre la base de un modelo de negocio definido. Realmente, los mismos podrían ser concebidos como servicios de la Sociedad de la Información rudimentarios, en la medida en que las posibilidades ofrecidas en este punto por el televisor serán mucho más limitadas que las que proporciona el PC. Así, ha llegado a observarse: *“La TDT presenta un nivel bajo de interactividad. Las expectativas respecto a que se convierta en una solución para el acceso universal a la Sociedad de la información deben tomarse con precaución. Esta expectativa debe asociarse al televisor, como equipamiento presente en todos los hogares. Grupo de Análisis y Prospectiva del Sector de las Telecomunicaciones.”* (“Televisión Digital”; estudio de GAPTEL; Marzo 2005). En este sentido, en un horizonte temporal, aún lejano, de plena digitalización y de “todo IP”, los servicios de difusión e interactivos se harán uno, como uno se harán también los aparatos terminales (hoy televisor y PC) sobre los que se reciben tanto unos como otros.

ii) Sobre la identificación del mercado de los servicios de televisión digital interactiva como mercado de producto pertinente y geográfico de referencia

Para empezar, observar que la definición como mercado de producto pertinente del de los servicios de TV digital interactiva y la delimitación del mercado geográfico de referencia como mercado nacional son cuestiones pacíficas en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia, y también bajo el test del monopolista hipotético. Si acaso, matizar esta afirmación en el sentido de que, en algunos casos, p.e., en *Via Digital*, las autoridades de la

competencia se han mostrado reacias a considerarlo como mercado con sustantividad propia con respecto al superpuesto de la difusión televisiva, dada la escasa incidencia de aquellos sobre el volumen de los ingresos del operador de la plataforma televisiva. Por otra parte, como acabamos de observar, es probable que en el muy largo plazo los mismos tiendan a diluirse dentro del amplio espectro que suponen los servicios de la Sociedad de la Información.

Hemos visto que los servicios de TV digital interactiva son, a la vez que servicios de la Sociedad de la Información, servicios de comunicaciones electrónicas. Lo anterior podría justificar que la identificación de los mismos como mercado de producto hubiera que hacerla, más que desde el enfoque de los mercados genéricos, desde el que proporciona el marco regulador de las comunicaciones electrónicas. Ahora bien, esta última posibilidad quedaría muy limitada atendiendo a su naturaleza de mercado emergente. En este sentido, hubo ya oportunidad de observar que, conforme al considerando 27 de la Directiva Marco, a las propias directrices de la Comisión y al Art. 10 de la LGT de 2003, no resulta procedente la imposición de obligaciones específicas en estos mercados emergentes a fin de no frustrar el nacimiento de los mismos y, en la medida en que no procede esa imposición, tampoco procederá su definición como mercado de producto desde el enfoque del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. De lo anterior, que hayamos seguido los criterios generales. En lo demás, nada más que concluir y remitirnos a lo dicho en los epígrafes correspondientes.

iii) Sobre el entorno normativo del mercado de los servicios de televisión digital interactiva

La delimitación del entorno normativo, nacional y comunitario, en el cual se desenvuelve el mercado de los servicios de TV digital interactiva viene caracterizado por su doble naturaleza de servicios de comunicaciones electrónicas y de servicios de la Sociedad de la Información y por el hecho de no constituir servicios de comunicación audiovisual. En este sentido, hemos de recordar que los servicios interactivos audiovisuales (servicios de comunicación audiovisual a petición) quedan, actualmente, más bien adscritos al mercado de los servicios de TV de pago o dan lugar a su propio mercado, en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia, y al segmento normativo de los servicios de comunicación audiovisual, en la Directiva que los regula y en la LGCA.

Dentro del ordenamiento jurídico comunitario, su naturaleza de servicios de comunicaciones electrónicas tendría que determinar su sujeción al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y, en especial, a ciertas previsiones de la Directiva Marco y de la Directiva de Acceso concernientes a la interoperabilidad de ciertos recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (APIs o descodificadores) encaminadas a facilitar la prestación de los servicios interactivos con indiferencia de cuál sea la plataforma de TV de pago en la que lleguen a sustentarse.

De otra parte, su carácter de servicios de la Sociedad de la Información determinará que les resulte aplicable la Directiva 2000/31 sobre el Comercio electrónico. De ésta, lo más importante sería la existencia de un ámbito coordinado (p.e., requisitos para el inicio y el desarrollo de la actividad) por la propia Directiva, dentro del cual un Estado miembro no podrá restringir la actividad de un prestador de servicios asentado en otro Estado miembro diferente salvo por razones tasadas vinculadas al mantenimiento del orden público. Sería, además, un aspecto destacable el de que, conforme al Art. 4 de la Directiva, no se haga

necesario título habilitante de ninguna clase para la prestación de servicios de la Sociedad de la Información con lo que, en el caso de los servicios de TV digital interactiva, el mismo podría exigirse sólo por alguna de las dos siguientes razones: por la de ser también servicios de comunicaciones electrónicas y por la asociarse a servicios de difusión televisiva que exigen ese título habilitante.

Si, en el ámbito comunitario, la doble naturaleza de los servicios de TV digital interactiva de servicios de la Sociedad de la Información y de comunicaciones electrónicas determina su sujeción a las normas de, por una parte, la Directiva Marco y de las de desarrollo de éstas y, por otra, a las de la Directiva 2000/31, dentro del ordenamiento jurídico español lo anterior supone que los mismos queden sometidos a la disciplina de la vigente Ley General de Telecomunicaciones y a la de la Ley 34/2002 de servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico. Esta última normativa nacional no es, en esencia, más que implementación y desarrollo de aquella otra comunitaria.

Además podría también mencionarse la existencia de toda una serie de normas nacionales dispersas, como las que se dejaron reflejadas en el epígrafe correspondiente al entorno normativo, que no terminan de conformar un cuerpo coherente lo que bien puede ser reflejo de no ser el de los servicios de TV digital interactiva un mercado de contornos bien definidos. Esta situación ha cambiado, al menos parcialmente, en la LGCA de 2010, que ya incluye, como vimos, una definición de los que denomina “servicios conexos e interactivos”, declara que los mismos participan de la misma naturaleza de servicios de interés general que los de comunicación audiovisual y, finalmente, impone a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas la obligación de facilitar el acceso a sus recursos por parte de los de comunicación audiovisual a fin de prestar servicios interactivos.

iv) Sobre el análisis de la estructura del mercado español de los servicios de televisión digital interactiva

Las mismas razones que, conforme a lo que acabamos de ver, imposibilitan la definición del mercado de los servicios de TV digital interactiva desde la perspectiva del marco regulador de las comunicaciones electrónicas limitan también el análisis del mismo desde esa misma perspectiva, y con mayor razón en el caso del mercado español en el que los mismos no se encuentran especialmente desarrollados. A la vista de lo anterior, procederá que hilemos conclusiones en todo lo concerniente a estas labores de análisis desde el enfoque aplicable a los mercados genéricos.

Sabemos que las tareas de análisis de un mercado buscan determinar su estructura y dimensión actuales y fijar la cuota de mercado correspondiente a cada operador dentro del mismo. En este sentido, la propia indefinición del modelo de negocio a que nos hemos referido dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva dificulta la determinación de las cuotas de mercado disfrutadas por los diferentes operadores activos en el mismo y tal vez sea esta la razón de que en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia bien se niegue a dicho mercado la consideración de mercado independiente (*Vía Digital*), bien no se entre a analizarlo fijando cuotas de mercado (*BiB*).

Resultaría también significativo que la propia Comisión, en el mismo asunto *BiB*, llegara a interrogar a los proveedores de los productos y servicios a facilitar a través de la plataforma interactiva sobre si estarían en disposición de abonar alguna cantidad a *BiB* por la inclusión de aquéllos en esta última. En cualquier caso, dado que la propia DG IV terminó

concluyendo que *BiB* percibiría ingresos tanto de esos proveedores como de los usuarios finales, a los que llegaría a cargar cierta cantidad sobre la satisfecha por la recepción de los servicios de TV de pago, parece que el criterio al que estar a la hora de asignar cuotas de mercado sería más el habitual del volumen de ingresos (cantidades percibidas de proveedores de bienes y servicios y de los destinatarios finales de los mismos) que el del volumen de ventas expresado en el número de unidades vendidas (p.e., el número de transacciones cerradas a través de la plataforma interactiva).

El dato de tratarse de un mercado emergente y la inexistencia de datos sobre cuotas de mercado prácticamente imposibilita las tareas de análisis del mercado de los servicios de televisión digital interactiva. Lo usual será que, dado que se trata de un mercado presidido por la impronta de la innovación, cualquier acercamiento al mismo haya más bien que hacerlo con una visión prospectiva que nos situaría más en tareas de evaluación del juego de la competencia que de análisis del mercado propiamente dicho (algo parecido le ocurrió al TDC en el asunto *Cablevisión* con el entonces naciente mercado de los servicios de TV de pago).

En cualquier caso, en la medida en que los servicios de TV digital interactiva y los de difusión televisiva se prestan a través de una misma infraestructura, la posición del operador dentro de estos últimos dará también una pauta sobre su posición dentro de aquellos y ayudará a calificar el mercado referido a los mismos como competitivo o no (monopolio, duopolio u oligopolio). En este sentido, está aún por ver cuál será el modelo de prestación de los servicios de TV digital interactiva a través de la TDT, lo que determinará que lleguen o no a integrar un mismo mercado de producto junto con los suministrados a través de plataformas de TV de pago. En lo que se refiere a la estructura de la demanda, esta última será muy dispersa al venir conformada por una multitud de proveedores de bienes y servicios y por otra de destinatarios finales de los mismos.

Centrándonos en el caso *BiB*, todo lo anterior fue determinante de que la Comisión no realizara un análisis en cuanto tal del mercado de los servicios de televisión digital interactiva conformándose con hacer referencias más bien vagas en los términos que se dejaron expuestos más arriba al referirnos al análisis del mercado de los servicios de TV digital interactiva en ese concreto asunto.

v) Sobre evaluación del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de televisión digital interactiva

(1) Ante concentraciones de empresas

Razones idénticas, centradas en el hecho de hallarnos ante un mercado emergente, a las expuestas en los dos epígrafes anteriores nos llevará a dejar de lado los criterios sobre evaluación del juego de la competencia dimanantes del marco regulador de las comunicaciones electrónicas, a pesar de que, indudablemente, forma parte de la naturaleza de los servicios de TV digital interactiva el ser servicios de comunicaciones electrónicas. Dicho lo anterior, la evaluación de ese juego de la competencia tendrá que ser desde el enfoque proporcionado por las Directrices de la comisión que estamos estudiando a cuenta de los mercados genéricos.

A pesar de que la evaluación del juego de la competencia dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva pasará normalmente por proyectar sobre el mismo una determinada operación o práctica a fin de dilucidar si lo hará o no menos competitivo, cabría, al menos en principio, plantearse la posibilidad de formular conclusiones en general sobre el juego de la competencia en dicho mercado. Ahora bien, esa posibilidad se encontrará muy mermada dada la ausencia de experiencias pasadas sobre el funcionamiento del mismo y de datos sobre cuotas de mercado ostentadas por las partes activas en él. También ha entendido el Servicio de Defensa de la Competencia (Informe N-256 *Liberty/Open TV*): “*En España, teniendo en cuenta el escaso grado de desarrollo de los servicios interactivos en la actualidad, se podrían considerar como una actividad de valor añadido con respecto al negocio de la televisión de pago*”.

Si nos ceñimos a las concentraciones horizontales, la sistemática viene siendo la de, en primer lugar, formular una serie de consideraciones de índole más o menos general para luego pasar a centrarnos en casos concretos que, para este mercado, se reducen al caso *BiB*. Empezando por las consideraciones de índole general, habría que comenzar observando que cuando ha llegado a darse la concentración de dos o más operadores activos dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva lo anterior ha venido, normalmente y casi con la sola excepción del caso *BiB*, motivado por la integración de esos mismos operadores dentro del mercado, superpuesto y principal, de la TV de pago (así en *Vía Digital*). A la vista de lo anterior, no parece que tenga mucho sentido destilar conclusiones en el vacío y en abstracto sobre un mercado apenas emergente y sobre el que ni tan siquiera las autoridades de la competencia (Vg. caso *Vía Digital*) llegan a pronunciarse y más bien de lo que se trataría sería de remitirse a lo que se dijo al tratar del mercado principal de la TV de pago.

Prácticamente lo mismo podría decirse con respecto a las concentraciones no horizontales relacionadas con el mercado español de los servicios de TV digital interactiva. Para empezar, ya es dudoso que tal mercado exista cuando las autoridades de la competencia niegan su existencia. Podría pensarse en la integración entre plataformas de TV prestadoras de servicios de televisión digital interactiva sobre cualquier plataforma y operadores prestadores de servicios y/o redes de comunicaciones electrónicas sobre plataforma terrestre (p.e., *Abertis*), sobre RTPC (p.e., *Telefónica*) o satelital (p.e., *Hispasat*). Pero, de nuevo, la absorción de éste del que tratamos por su mercado principal de los servicios de TV de pago habilita para remitirse a lo dicho sobre concentraciones no horizontales a propósito de este último.

(2) Ante abusos de posición dominante

En el caso de las prácticas colusorias, el Art. 101.1 se refiere a: “[...] *en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*”.

Y en el del abuso de posición dominante, el Art. 102 dispone: “*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de*

compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

No obstante estas enumeraciones se han revelado insuficientes en la práctica, especialmente en el caso del abuso de posición dominante. Se trata de enumeraciones no exhaustivas y con un valor meramente ejemplificativo y sólo pretenden ilustrar el concepto de la práctica restrictiva de que se trate, ya la colusión ya el abuso. En este sentido Pascual y Vicente, J. (en *“Tratado de Derecho de la Competencia...”*, Op. Cit., Vol. 1, Pág. 491), siguiendo a Pascual Sequeros: *“no es más que una colección de ejemplos de conductas que, cuando se practican desde una posición de dominio, son abusivas y están prohibidas y que, en ningún caso, agota las posibles formas que puede revestir el abuso de posición dominante”.*

De hecho, se ha relativizado mucho el valor de estos supuestos cuando se ha afirmado que las conductas enumeradas no son restrictivas por sí mismas y que sólo se establece la presunción de que lo son (V. al respecto Van Der Meersch/Waelbroeck: *“Droit des communautés européennes”*, Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969; pág. 838 ; Megret/Louis/Vignes/Waelbroeck: *“Le Droit de la Communauté Economique Européenne”*. Tomos I y IV: *La concurrence*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973; pág. 70 ; Font Galan: *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986; pág. 302).

Esa relativización resulta, asimismo, de ciertos pronunciamientos del Tribunal de Justicia (Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, as. 6/72 *Europemballage and Continental Can Co. v. Comisión*, Rec. pág. 215) y del mismo Tribunal de Defensa de la Competencia que, por ejemplo, en Resolución de 15 de diciembre de 1994 (asunto R 79/1994 *Tandem-Ruta Sur*) reflexionó sobre la enumeración del Art. 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia hoy derogada (prácticamente idéntica a la del actual Art. 102 del Tratado y 2 de la Ley 15/2007) en términos como los siguientes: *“todos los supuestos del número segundo del artículo 6 son puros y meros casos de aplicación ejemplificativa de la cláusula general [del artículo 6.1] [...] carece totalmente de sentido pretender otorgar ningún tipo de jerarquía o preferencia a la aplicación de los supuestos del número segundo sobre los del primero: porque el tipo es el mismo, sin ninguna diferencia, más que la que exista de lo general a lo particular [...] resulta lógico, dentro de la economía de la norma, que ante la necesidad de reflejar claramente lo que la mens legislatoris tiene previsto, se quiera establecer una lista o elenco de supuestos en los que el legislador tiene claramente establecido que ese supuesto de abuso de posición de dominio sí se da”.*

Y esa relativización es lógica, pues si se diera el valor de presunción *iuris et de iure* a ese listado, como el artículo 82 TCE contiene una prohibición absoluta del abuso (no podía ser de otro modo, pues nunca puede admitirse un abuso), la amplitud de su redacción podría llevar a la parálisis e inoperancia de las empresas en posición de dominio. En fin, y como termina diciendo el Profesor Pellisé (*“La Explotación abusiva...”*; Pág. 329): *“Se trata sin duda de una política de voluntaria imprecisión conceptual que, a fin de salvaguardar la máxima flexibilidad normativa, no define los términos típicos básicos que utiliza”* con lo que

“son las autoridades antimonopolio las que en su práctica decisoria han tenido que ir definiendo este término típico”.

Probablemente, a la hora de definir posiciones dominantes en este ámbito, resulte mucho más determinante que el factor de la cuota de mercado el del control de instalaciones esenciales. Sabemos ya que la existencia de esta clase de instalaciones es determinante de situaciones de dependencia económica y lo cierto es que la concurrencia de este factor suele ser clave a la hora de definir posiciones dominantes en los ámbitos en que nos movemos: disponibilidad de frecuencias, parques de descodificadores y otros elementos instalados por los operadores de TV de pago que tendrán que ser tecnológicamente neutros para poder ser aprovechados por sus competidores, el bucle local del operador histórico de telecomunicaciones, los parques de parabólicas orientadas hacia tal o cual satélite, las torres utilizadas para el transporte de la señal audiovisual terrestre, las zanjas cavadas por las que discurren los tendidos de cable, las órbitas geoestacionarias de los satélites empleados para la difusión, etc.

Para la prestación de servicios interactivos, probablemente, las instalaciones esenciales sean el par trenzado de cobre, en manos de *Telefónica*, y el parque de descodificadores, instalado en su mayor parte por *Sogecable*. La existencia de cuellos de botella (*bottlenecks*) en esos puntos se intenta evitar a través de las obligaciones de desglose del bucle y de interoperabilidad de los descodificadores.

Si examinamos la realidad del mercado español, teóricamente, y suponiendo, sólo a efectos expositivos, que el mercado de los servicios de TV digital interactiva pudiera llegar a considerarse mercado con sustantividad propia, la existencia de posición dominante cabría inicialmente plantearse sólo en el ámbito de la TV de pago. En efecto, no cabría pensar en esa misma posición dominante en un contexto de servicios de TV digital terrestre en abierto en el que, tras el apagón analógico, se multiplican las cadenas y resulta muy difícil, al menos a día de hoy, alcanzar cuotas de pantalla que lleguen a los dos dígitos.

Centrados en los servicios de pago, dado que los servicios interactivos se consideran como un simple servicio que añade valor al principal de la difusión, resultaría complicado sostener la existencia de posición dominante en servicios interactivos de un organismo de radiodifusión que no la disfrutara, al mismo tiempo, en el mercado principal de la TV de pago. Esta afirmación llevaría automáticamente a plantearse la posibilidad de abusos de posición dominante por parte, tan sólo, de *Sogecable*.

No obstante, no es sólo que no existan datos de las autoridades de la competencia sobre cuotas de mercado en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva o, incluso, que las mismas nieguen su carácter de mercado dotado de sustantividad propia, sino que, además, no resulta fácil que llegue a darse la posibilidad de comportamiento independiente, que es lo que se encuentra en la base del abuso. Tal sería así, también, por el alto grado de integración vertical de *Telefónica*, que estaría presente en el mercado de la TV de pago y que, además, lo estaría en los servicios de telecomunicaciones y de transporte de señal sobre los que se soportan los servicios interactivos.

Partiendo de lo anterior, y de la reiterada falta de definición del modelo de negocio, no cabría imaginar que *Sogecable* protagonizara abusos de posición dominante, ni explotativos, frente a los oferentes de bienes o servicios a través de su plataforma de TV o a los televidentes/compradores de los mismos, ni tampoco de exclusión, dirigidos a que otras

plataformas de comunicación audiovisual no pudieran proporcionar esos mismos servicios interactivos.

(3) Ante prácticas colusorias (cártel)

Si pensamos en el riesgo de que lleguen a darse cárteles en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva, lo cierto es que resultaría difícil que, por lo ya visto, llegaran a darse acuerdos de fijación de precios – no es fácil de imaginar a *Sogecable* y a *Telefónica* poniéndose de acuerdo sobre los precios cobrados ya a los usuarios finales, ya a los proveedores de bienes o servicios por la prestación de los servicios interactivos – ni tampoco de reparto de mercados o de fuentes de abastecimiento – tampoco sería imaginable que esas dos empresas llegaran a ponerse de acuerdo, por ejemplo, en cuanto a que *Imagenio* se reservara para la venta interactiva de ciertos bienes o servicios y *Digital Plus* para la de otros diferentes.

Tal vez una mayor virtualidad podrían tener los supuestos de discriminación y exclusión (Art. 1.1.d LDC), si, por ejemplo, esos dos operadores se concertaran para aplicar condiciones diferentes a unos proveedores de bienes o servicios, para su oferta interactiva, frente a otros, así como los de vinculación (Art. 1.1.e LDC), si, pongamos por caso, se pusieran de acuerdo para forzar la contratación por los clientes de sus respectivas plataformas no sólo de los servicios audiovisuales, sino además de los interactivos.

P.e., en el ámbito de las comunicaciones electrónicas tiene una especial importancia el empaquetamiento de servicios (p.e., en el contexto del *triple play*). Un empaquetamiento es la venta de dos o más bienes o servicios de forma conjunta. Normalmente se distingue entre empaquetamiento puro, empaquetamiento mixto y vinculación (o en caso de un contrato, cláusula vinculante).

El empaquetamiento puro y el empaquetamiento mixto, consisten en la venta conjunta de varios bienes, aunque se diferencian en que en el caso de un empaquetamiento puro estos bienes solamente se venden a través del paquete y no se pueden adquirir de forma individual. Por contrario, cuando hablamos de un empaquetamiento mixto, estamos describiendo una situación en la que los bienes del paquete se venden también separadamente, aunque el precio de estos es tal que el desembolso es mayor si se compran los dos bienes separadamente que si se compra el paquete. Es decir el paquete mixto conlleva un descuento, que incentiva la compra del consumidor.

La vinculación consiste, como se ha dicho, en condicionar la venta de un bien (el bien vinculante) a la compra de otro (el bien vinculado). Es decir, solamente se puede adquirir un bien concreto si se ha comprado o si se compra otro bien. Relacionado con este concepto esta el concepto de cláusulas vinculantes mediante las cuales una empresa condiciona la compra de alguno de sus servicios a la compra de otros bienes de su gama. Esta vinculación contractual ocurre cuando el cliente que compra el producto vinculante se compromete también a comprar el producto vinculado (y no las alternativas ofrecidas por los competidores). Además de esta vinculación contractual, existe también la de carácter técnico que se produce cuando el producto vinculante está concebido de tal modo que sólo funciona correctamente con el producto vinculado (y no con las alternativas ofrecidas por los competidores).

Aunque los empaquetamientos suelen ser prácticas pro-competitivas, y con consecuencias positivas para los consumidores, en algunos casos, pueden resultar en efectos anticompetitivos en el mercado. P.e., en su resolución de 1 de junio de 2006 la CMT relativo al acceso mayorista a IT de banda ancha (*Vid Supra*) la autoridad española de reglamentación identificó a Telefónica de España, S.A.U. como operador con Poder Significativo de Mercado imponiéndole la prohibición de prácticas anticompetitivas tales como “*Empaquetamiento abusivo o injustificado (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, no replicabilidad a partir de elementos mayoristas,...)*”.

Sin embargo, el eco de prácticas de vinculación o discriminación en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva ha sido mínimo. Además, en el caso concreto de la vinculación, es probable que pudiera apreciarse la concurrencia de eficiencias en la medida en que pudiera contribuir al definitivo nacimiento en nuestro país de este mercado. El mismo rasero de las eficiencias habría que también imaginar en el caso de acuerdos de fijación de otras condiciones de la transacción diferentes del precio; si, por ejemplo, *Sogecable* y *Telefónica* se concertaran para excluir de sus plataformas interactivas determinados bienes o servicios podría resultar justificado en la medida en que pudiera servir para homogeneizar y consolidar el mercado generando una imagen de marca respecto de los no excluidos.

En este sentido, sabemos ya que tanto el Art. 101.3 TCEE como el 1.3 LDC, prevén la concesión de exenciones para cierta clase de decisiones y prácticas concertadas, exenciones cuyo fundamento se cifra en la mejora de la producción o distribución de los productos o servicios (sobre eficiencias que supongan mejora de la distribución por el hecho, p.e., de que el consumidor pueda beneficiarse de un servicio comercial y postventa atendido por personal cualificado, v. la Resolución del TDC de 20 de abril de 2004 en el asunto de los *Relojes Blancpain* o la STJCE de 25 de octubre de 1977 en el asunto *Metro/Saba*) y en el fomento del progreso técnico o económico, siempre que de ello resulte una participación equitativa de los consumidores y usuarios en el beneficio resultante. Ciertamente, el de los servicios interactivos será un caldo de cultivo mejor que otros a la hora de que las autoridades de la competencia concedan la existencia de eficiencias o de que las aprecien las partes en sus funciones de autoevaluación.

La idea del progreso tecnológico fundó una exención en el caso BiB en el que se trataba de la creación de una plataforma para la prestación de servicios novedosos de TV digital interactiva. Por otra parte, la imprecisión de los límites de la exención se hace especialmente perceptible en el caso del “progreso económico” (V. Galán Corona en “*Tratado de Derecho de la Competencia. España y Europa*”, Dir. Beneyto Pérez y Coord. Maillo González Orús, Ed. Bosch 2005, Vol. 1, Pág. 228) posibilitando un amplio margen de acción para la Comisión permitiéndola autorizar cárteles en crisis e incluso, en opinión de la doctrina, llegar a ejecutar una política industrial. Así, bajo esta categoría se han comprendido mejoras medioambientales (Decisión de la Comisión de 14 de enero de 1992 – *Assurpol*), desarrollo de regiones desfavorecidas (Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 – *Volkswagen/Ford*), mantenimiento del empleo (STJCE de 25 de octubre de 1977- *Metro/Saba*), etc...

Finalmente, si podrían imaginarse los acuerdos de limitación, pero más referido a los parámetros de la innovación y de la calidad que a los de la cantidad o variedad de los servicios. En este sentido, no resulta difícil de imaginar un concierto entre *Sogecable* y *Telefónica* para impedir el desarrollo o expansión de este mercado, principalmente por los intereses de la segunda en el segmento de las telecomunicaciones y de la sociedad de la

información. La existencia de un control por las partes de las instalaciones esenciales para la prestación de los servicios interactivos, descodificadores y bucle local, sería el más importante factor de agravación de los efectos de la colusión.

(4) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)

Inciendo ya sobre la evaluación del juego de la competencia en los casos de colusión vertical con incidencia sobre el mercado español de los servicios de TV digital interactiva, la ausencia de datos sobre cuotas de mercado y el hecho de tratarse de un mercado aún sin perfilar, de nuevo, limitará en mucho esa evaluación.

De cualquier manera, en este caso sí puede ser oportuno hacer algunas reflexiones de carácter general complementándolas con otras más referidas al escenario que arrojaba la creación de *BiB*, que, aún siendo un caso ajeno al mercado español, sí valdrá para ofrecer unas pautas. Así, partiremos del modelo de negocio de la TV digital interactiva tal cual éste se definía en el mismo asunto *BiB*, es decir, el empleo de la plataforma de TV digital por satélite para la señal de ida (hacia el usuario) y el recurso a la RTPC del operador de telecomunicaciones para la de vuelta (hacia el proveedor del bien o servicio). Y lo anterior porque, en el caso de la prestación de servicios de TV digital interactiva sobre plataforma terrestre, ese modelo de negocio sólo empezará a estar definido a partir del desarrollo definitivo de la TDT y porque, en el caso de la TV por cable, los servicios interactivos quedarían más bien absorbidos por el servicio global de telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información prestado por el cableoperador.

Por otra parte, dado que el mercado así definido de los servicios de TV digital interactiva sería un mercado superpuesto al de los servicios de TV de pago evitaremos reiterar ideas ya puestas de manifiesto al destilar conclusiones sobre el propio mercado de la TV de pago.

Hechas las anteriores precisiones, y con vistas al estudio de la colusión vertical, lo primero sería recordar que, de los mercados relacionados con el de los servicios de TV digital interactiva enumerados más arriba, podrían ser considerados ascendentes el de los servicios de comunicaciones electrónicas (retorno de la señal a través de la RTPC) y el de los servicios técnicos para TV (APIs, EPGs, descodificadores, *software*, etc.). Así, la colusión vertical sería la que llegara a darse entre, por una parte, un operador de telecomunicaciones (Vg. *Telefónica*) o una plataforma de servicios técnicos para TV (Vg. la de la empresa del grupo *Sogecable* dedicada al desarrollo de esta actividad) y, por otra, un prestador de servicios de TV digital interactiva (Vg., *Digital Plus*; prescindiendo sólo a efectos expositivos de la vinculación estructural entre ésta y la anterior, por la integración de ambas en el grupo *Sogecable*, y suponiendo que esos servicios interactivos fueran comercializados bajo una marca diferente a la de los servicios de TV de pago).

Dentro de las restricciones verticales, la Comisión distingue las que reducen la competencia intermarcas (la que se da entre distintas marcas de producto) y las que afectan a la competencia intramarca (la que se da dentro de una misma marca de producto). Las primeras tienden a considerarse más dañinas al producir más efectos negativos netos sobre el juego de la competencia que las segundas. Así, una cláusula de no competencia por la que el comprador se obligue a no adquirir productos o servicios de competidores del proveedor puede llegar a excluir a otras marcas del mercado, mientras que una cláusula de suministro exclusivo por la que el proveedor se comprometa a servir únicamente al comprador no

impedirá a éste acudir a otras marcas diferentes que, de esta manera, no tendrán vetado su acceso al mercado.

Los riesgos derivados de esta colusión vertical podrían llegar a afectar sobre todo a la competencia intermarcas en el mercado descendente entre prestadores de servicios de TV digital interactiva más que a la competencia intramarca (p.e., los servicios de TV digital interactiva de *BiB* los suministraba ésta directamente a los usuarios y proveedores sin acudir a intermediarios). Ahora bien, podría ocurrir que ni tan siquiera hubiera riesgo de restricción de esa competencia intermarcas cuando, como en el caso *BiB*, se tratara de lanzar un servicio innovador que aún no prestaban otros operadores.

En cuanto a la aplicabilidad de la exención por categorías a estos supuestos de colusión vertical, resulta difícil de imaginar porque lo más habitual será que el lanzamiento de los servicios de TV digital interactiva haga indispensable la participación de operadores de telecomunicaciones o proveedores de servicios técnicos para TV de pago muy poderosos a fin de obtener en el número de abonados las escalas necesarias para la rentabilidad del servicio. Lo anterior determinaría, ya de por sí, que no se diera el presupuesto de que el proveedor en el mercado ascendente no cuente con una cuota por encima del umbral del 30 %. En el nuevo Reglamento de Exención por categorías de 2010 se atiende a la cuota tanto del proveedor, en el mercado de venta, como a la del cliente, en el de compra. En el de 1999, la regla era la de tomar como referencia la cuota del proveedor, que contaba con una sola excepción referida a los acuerdos de suministro exclusivo, en los que la cuota a la que estar era la que tuviera el comprador en el mercado de referencia en el que adquiriera los bienes y servicios de sus proveedores, en cuanto que expresiva de su poder de compra.

Además de lo anterior, dado que esos operadores de telecomunicaciones o proveedores de servicios técnicos resultarían ser además competidores potenciales dentro del mercado descendente de la TV digital interactiva, estaríamos ante un supuesto especialmente grave de acuerdo vertical entre competidores de los que también determinan la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por categorías. Razones muy similares a éstas – cuota de mercado y práctica de especial gravedad – dejarían sin sentido la aplicación a estos supuestos de la Comunicación *de minimis*.

Como subrayamos, el riesgo principal para el juego de la competencia derivado de la colusión vertical habría que cifrarlo, en estos casos, en la eventual lesión de la competencia intermarcas entre operadores activos dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva. Esta competencia tiende a ser más la potencial que la real ya que el acuerdo vertical produce sobre todo el efecto de bloquear el mercado para el futuro frente a la entrada de nuevos competidores toda vez que, al ser dicho mercado emergente, difícilmente habría competidores reales actuando en el mismo.

Entre los factores de agravación de estos efectos anticompetitivos podrían cobrar una especial significación los siguientes: **(a)** la fuerte posición de los proveedores activos en los mercados ascendentes; **(b)** el débil poder de compra ejercido por los abonados y los proveedores de los bienes y servicios suministrados a través de la plataforma de TV interactiva; **(c)** la existencia de muy importantes barreras de entrada de tipo tecnológico a las que cabría sumar otras ya estudiadas al hilo del mercado superpuesto de la TV de pago; **(d)** el hecho de hallarnos ante un mercado de servicios finales y no intermedios; o **(e)** el dato de la existencia de un fuerte valor de compra única implícito en la decisión de contratar los

servicios de un operador de TV interactiva por la existencia de importantes costes de transferencia asociados al sistema de subvención de los descodificadores.

Dentro de los factores de atenuación de esos efectos anticompetitivos podrían ser especialmente relevantes: **(a)** la fuerte presión competitiva procedente de los cableoperadores y, en menor medida, de los prestadores de servicios interactivos a través de TDT; y **(b)** el hecho de tratarse de un mercado dinámico donde los efectos de la colusión vertical serán más atenuados que en otros más maduros.

En cuanto a los acuerdos verticales tipificados en las Directrices sobre restricciones verticales de la Comisión, el dato de que nos encontremos ante un mercado de perfiles inestables junto con el de que aquellos fueran ya estudiados con detalle al ocuparnos del mercado superpuesto de la TV de pago nos permitirá no profundizar en su estudio.

En todo caso, cabría que llegaran a mediar restricciones inscritas dentro de los siguientes grupos: **(1)** marca única (p.e., cláusulas de no competencia por virtud de las cuales el prestador de servicios de TV interactiva se comprometiera a no adquirir servicios de comunicaciones electrónicas o servicios técnicos para TV de otros operadores distintos de aquellos con los que hubiera llegado a concertarse en vertical; aunque, en este caso, los efectos restrictivos, de darse, se proyectarían más sobre los mercados ascendentes); **(2)** suministro exclusivo (Vg., cláusulas de suministro exclusivo en virtud de las cuales esos mismos proveedores en los mercados ascendentes se comprometieran a no suministrar sus servicios a otros prestadores de servicios de TV digital interactiva diferentes de aquél con el que se hubieran coordinado en vertical); y **(3)** mantenimiento del precio de reventa (Vg. cuando el poder de los proveedores activos en los mercados ascendentes fuera tal como para condicionar la política de precios del operador activo en el mercado final de los servicios de TV digital interactiva).

(5) Ante acuerdos de cooperación horizontal

(a) Generalidades

Centrándonos ya en la cooperación horizontal, lo primero que cabría observar es la dificultad de que llegue a verificarse entre competidores reales activos dentro del mercado español, naciente o no consolidado, de los servicios de TV digital interactiva.

Precisamente, por tratarse de un mercado sin definir en el que impera la innovación, será poco probable que haya más de un operador real activo en el mismo y menos probable aún que, de llegar a haberlo, exista un ambiente propicio para la colusión horizontal, lo que sería más bien característico de mercados más maduros. No es fácil de concebir la cooperación horizontal entre *Sogecable* (con su *Digital Plus*) y *Telefónica* (con su *Imagenio*) para el desarrollo de estos servicios.

También esta nota de tratarse de un mercado que está naciendo o que aún no se ha perfilado supondrá que pueda ser especialmente útil en el mismo el análisis que proporcionan las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal, centradas en acuerdos entre competidores que puedan conducir a un incremento de las eficiencias de las partes concertadas, más que a la destrucción de las de los competidores, lo que, de nuevo, sería más bien característico de otros mercados más maduros.

Si tomamos los ejemplos de los mercados británico y español, podemos observar como uno de los factores desencadenantes del brote de este mercado de los servicios de TV digital interactiva la presión competitiva procedente del sector del cable. En efecto, los servicios de TV digital interactiva pueden ser interpretados en clave tecnológica como un intento de los operadores de TV de pago por satélite (*BSkyB* o *Sogecable*) para, de acuerdo con el incumbente de telecomunicaciones (*BT* o *Telefónica*), neutralizar las ventajas competitivas en *triple play* de los cableoperadores.

En España, a comienzos de 2006, de los 1,4 millones de hogares españoles (un 9 % del total) que contrataba los tres servicios (Voz+Internet+TV), más de la mitad (51,1 %) lo hacía a través de un cableoperador. La oferta integrada de los operadores de cable había conseguido penetraciones máximas en las combinaciones que incluían TV de Pago (en torno al 60 % de los hogares cableados). La cobertura del cable estimada alcanzaba -medida como “viviendas pasadas”- al 53,5% de los hogares españoles.

Era la combinación triple la que mejor demostraba el poder agregador del cable, puesto que los hogares con cable contrataban los tres servicios agregados dos veces y media más que la media de hogares en distritos cable, y más de tres veces la media del total de hogares.

Esta dinámica permitió a *ONO* cerrar el primer semestre del año 2008 con un beneficio neto de 20 millones de euros, que se comparaban con las pérdidas netas de 200 millones de euros registradas en el mismo periodo de 2007, según datos de la propia compañía. Además, alcanzó un total de 619.000 clientes de “triple play” en el trimestre, la oferta que combinaba televisión, teléfono e Internet, un 7,7% más que en el mismo periodo de 2007. Mediado el 2008, los clientes de “triple play” representaban el 32,7% de la cartera total del operador (Fuentes: Estudio “*Triple-Play. Análisis de la oferta de los operadores de cable*” del Observatorio de las Telecomunicaciones de Red.es y Cinco Días).

Ese acuerdo entre el incumbente de telecomunicaciones y el de TV de pago para neutralizar la expansión del cableoperador puede ser interpretado como acuerdo horizontal entre dos competidores potenciales dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva. En España, el hecho de que *Telefónica* hubiera lanzado su propia plataforma de TVIP (*Imagenio*), hasta cierto punto, habría debilitado el sentido de esa cooperación, aunque sin llegar a excluirlo.

Sujetándonos a la sistemática habitual, habría que comenzar mencionando que para que las autoridades de la competencia pasen a evaluar los efectos anticompetitivos de un acuerdo horizontal será necesario que no sea de aplicación ninguna de las exenciones aplicables con carácter general, a saber, exenciones en I + D, transferencia de tecnología o especialización.

A diferencia de lo ocurrido en sede de restricciones verticales, donde un solo reglamento – Reglamento (UE) n o 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; al cual nos hemos venido refiriendo hasta aquí bajo la genérica denominación de “Reglamento de Exención por Categorías” – se ocupa con vocación de generalidad de todas las categorías exentas, en el caso de las restricciones horizontales existen tres fundamentales y, en todo caso, con un enfoque mucho más limitado que el de aquel otro, al ir referidos, respectivamente, a los ámbitos del I + D, de la transferencia de tecnología y de la especialización.

La exención por categorías en el primero de ellos – “I + D” – viene dada por el Reglamento (UE) n ° 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 335 de 18.12.2010, p. 36/42), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (Reglamento de exención en I + D); en el segundo – “transferencia de tecnología” – por el Reglamento (CE) n ° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004 (DO L 123 de 27.4.2004, p. 11/17), relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (Reglamento de exención en transferencia de tecnología); y en el tercero – “especialización” – por el Reglamento (UE) n ° 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010 , relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización (DO L 335 de 18.12.2010, p. 43/47) (Reglamento de exención en especialización).

Se trata, en todos los casos, de reglamentos de la Comisión que han sido adoptados en virtud de la autorización contenida en el Reglamento (CEE) No 2821/71 del Consejo de 20 de diciembre de 1971 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas (DO L 285 de 29.12.1971, p. 46).

Dado el carácter de mercado que no termina de emerger por las barreras de entrada de tipo tecnológico, y partiendo de este conjunto normativo, tendríamos como exención por categorías que, en principio, podría jugar un especial papel en el ámbito de los servicios de TV digital interactiva, la referida a acuerdos de I + D. Conforme al Reglamento de exención en I + D (Art. 2) los acuerdos de investigación y desarrollo, en la medida en que incorporen restricciones de la competencia incluidas en el Art. 101.1 TFUE, quedan cubiertos por la exención por categorías.

La razón de ser de esta exención se encontraba en el considerando 10 del Reglamento de Exención en I + D anterior: *“La cooperación en materia de investigación y desarrollo y de explotación en común de los resultados contribuye en general a promocionar el progreso técnico y económico difundiendo más ampliamente los conocimientos técnicos entre las partes, evitando las duplicidades en los trabajos de investigación y desarrollo, estimulando los nuevos progresos gracias al intercambio de conocimientos técnicos complementarios y permitiendo una mejor racionalización en la fabricación de los productos o en la utilización de los procedimientos derivados de la investigación y desarrollo”*.

En parecidos términos se expresa el Preámbulo del nuevo Reglamento (números 8 a 10): *“Es muy probable que la cooperación en materia de investigación y desarrollo y de explotación de los resultados fomente el progreso técnico y científico si las partes contribuyen a esa cooperación con conocimientos, activos o actividades que se complementen. Se incluye aquí la hipótesis de que una parte se limite a financiar las actividades de investigación y desarrollo de otra parte. La explotación en común de resultados puede considerarse la consecuencia natural de la investigación y el desarrollo realizados en común. Puede adoptar diversas formas como la fabricación, la explotación de derechos de propiedad intelectual que contribuyan sustancialmente al progreso técnico y económico, o la comercialización de nuevos productos. Cabe esperar que, en general, los consumidores saldrán beneficiados del crecimiento en volumen y eficacia de la investigación*

y desarrollo a través de la introducción de productos o servicios nuevos o mejorados, el lanzamiento más rápido de esos productos y servicios, o la reducción de precios resultante de la utilización de procedimientos o tecnologías nuevos o mejorados”.

En cuanto a la definición del acuerdo de investigación y desarrollo a la que estar, será ésta la incluida en el Art. 1.1.a del Reglamento, conforme a la que se tratará de “*un acuerdo suscrito entre dos o más partes que se refiera a las condiciones en las que estas persigan:*

- i. la investigación y el desarrollo en común de productos o de tecnologías considerados en el contrato, así como la explotación en común de sus resultados,*
- ii. la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes,*
- iii. la investigación y el desarrollo en común de productos o tecnologías considerados en el contrato, con exclusión de la explotación en común de sus resultados,*
- iv. la investigación y el desarrollo remunerados de productos o de tecnologías considerados en el contrato, así como la explotación en común de sus resultados,*
- v. la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo remunerados de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes, o*
- vi. la investigación y el desarrollo remunerados de productos o tecnologías, con exclusión de la explotación en común de sus resultados;”*

Centrándonos en los acuerdos de cooperación horizontal, que son los que se dan entre empresas competidoras, al igual que ocurría en el ámbito de la Exención por categorías para los acuerdos verticales, se sigue un sistema de lista negra de modo que habrá ciertos acuerdos a los que en ningún caso se aplicará la exención por categorías con independencia de cuál sea la cuota de mercado disfrutada por las partes puestas de acuerdo, factor éste de la cuota de mercado al que pasaremos a referirnos más adelante. Éstas son las reguladas en el Art. 5 en términos como los siguientes:

“La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tengan como objeto uno de los elementos siguientes:

- a) restringir la libertad de las partes para realizar, independientemente o en cooperación con terceros, actividades de investigación y desarrollo en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de investigación y desarrollo o, tras la finalización de la investigación o el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados, en el campo al que este se refiere o en un campo relacionado con el mismo;*
- b) limitar la producción o las ventas, exceptuando los que:*
 - i) fijen objetivos de producción cuando la explotación en común de los resultados incluya la producción conjunta de los productos considerados en el contrato,*
 - ii) fijen objetivos de producción cuando la explotación en común de los resultados incluya la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión*

conjunta de licencias de los procedimientos considerados en el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, letra m), incisos i) o ii),

iii) establezcan prácticas que supongan una especialización en el contexto de la explotación, y

iv) restrinjan la libertad de las partes para producir y vender productos, tecnologías o procedimientos que compitan con los productos o tecnologías considerados en el contrato durante el período en el que las partes hayan acordado explotar en común los resultados, así como para ceder o conceder las licencias de dichos productos o tecnologías;

c) fijar los precios cuando se vendan los productos considerados en el contrato o se concedan licencias de las tecnologías consideradas en el contrato a terceros, exceptuándose la fijación de los precios que se cobran a los clientes inmediatos o la fijación de los cánones de las licencias aplicables a los licenciarios inmediatos cuando la explotación conjunta de los resultados incluya la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, letra m), incisos i) o ii);

d) restringir el territorio en el que las partes pueden vender pasivamente los productos considerados en el contrato o conceder licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, con la excepción del requisito de conceder a otra una licencia exclusiva de los resultados;

e) prohibir o limitar la venta activa de los productos o de las tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes que no hayan sido asignados en exclusiva a una de las partes en virtud de una especialización en el contexto de la explotación;

f) exigir a las partes que no satisfagan las demandas de clientes en los territorios respectivos de cada una de ellas, o de clientes repartidos entre las partes en función de una especialización en el contexto de la explotación, que pretendan comercializar los productos considerados en el contrato en otros territorios del mercado interior;

g) restringir la posibilidad de que los usuarios o revendedores compren los productos considerados en el contrato a otros revendedores en el mercado interior”.

Cumplíendose la condición de que no se trata de una práctica restrictiva especialmente grave, la condición más importante para que dicha exención se aplique será la de que las empresas participantes, al tiempo de celebrarse el acuerdo, no tengan una cuota de mercado combinada que exceda de determinados umbrales, que son los que fija el Art. 4.2:

- *“tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo a que se hace referencia en el artículo 1, apartado 1, letra a), incisos i), ii) o iii), la cuota de mercado combinada de las partes en el acuerdo de investigación y desarrollo no excede del 25 % de los mercados de productos o del mercado tecnológico de referencia, o*
- *“tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo a que se hace referencia en el artículo 1, apartado 1, letra a), incisos iv), v) o vi), la cuota de mercado combinada de la parte financiadora y de todas las partes con las que aquella haya suscrito acuerdos de investigación y desarrollo en relación con los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato no excede del 25 % de los mercados de productos o del mercado tecnológico de referencia.”*

Cumplida que sea esta condición, la exención durará mientras dure la investigación y desarrollo y, en el caso de que la cooperación se extienda también a la explotación en común de los resultados, durante los siete años posteriores al momento en que los productos

considerados en el contrato se pongan en el mercado y aún después en tanto no se rebase el referido límite del 25 % de cuota de mercado (Art. 4 Aps. 1, 2 y 3).

Aunque no nos ocupemos ahora de ellas, cabría observar que la exención resultará también de aplicación a las restricciones verticales entre empresas no competidoras, caso en el cual tendrá la misma duración que cuando se dé entre empresas competidoras, sin que resulte de aplicación ninguna condición sobre cuotas de mercado. Los ejemplos en este caso son, también, fácilmente imaginables; podría citarse el de un acuerdo entre un organismo de radiodifusión cualquiera y un operador de redes móviles de comunicaciones electrónicas para desarrollar los servicios de TV sobre terminales móviles.

Otras condiciones importantes para que el acuerdo pueda beneficiarse de la exención por categorías las recoge el Art. 3: **(i)** todas las partes deben tener derecho a acceder a los resultados, salvo en el caso de acuerdos de I + D celebrados con institutos de investigación; **(ii)** cada una de las partes cooperantes debe disponer de un derecho de explotación independiente de los resultados, salvo que se haya pactado la explotación conjunta, caso en el que cabrá la especialización en la explotación; **(iii)** la explotación en común solo podrá referirse a resultados que estén protegidos por derechos de propiedad intelectual o que constituyan conocimientos técnicos indispensables para la fabricación de los productos o la utilización de las tecnologías considerados en el contrato y que resulten decisivos para la fabricación de los productos o la utilización de los procedimientos considerados en el contrato {para un caso de resultados que contribuyen al progreso técnico o económico, ver 91/38/CEE [Decisión de la Comisión, de 12 de diciembre de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asunto nº IV/32.363 - *KSB/Goulds/Lowara/ITT*) - Diario Oficial nº L 019 de 25/01/1991 p. 0025 - 0036]}; **(iv)** los fabricantes deberán atender pedidos de todas las empresas partícipes, salvo que exista un acuerdo de distribución conjunta.

Por lo tanto, vemos que uno de los presupuestos para que la exención por categorías pueda llegar a tener alguna virtualidad sería el de que la cuota combinada de las partes no exceda de ciertos umbrales lo que resulta difícil de concretar para el mercado que nos ocupa en el que la pauta es la de la inexistencia de datos sobre cuotas de mercados. En cualquier caso, cuando esos acuerdos involucren al principal operador de la plataforma de TV de pago por satélite y al incumbente de telecomunicaciones lo más normal será que esos umbrales sean rebasados. Por esta última razón, resultará también probable que llegue a darse un poder de mercado que imposibilite la aplicación de la Comunicación *de minimis*.

Cuando la cooperación horizontal alimente la colusión, al dar lugar a acuerdos con objeto o efectos anticompetitivos, una primera aproximación a los efectos anticompetitivos de esa colusión horizontal dentro del mercado español de los servicios de TV digital interactiva nos permitiría destacar la atenuación de la presión competitiva que hasta entonces pudiera existir entre las partes del acuerdo. Más allá de lo anterior, cabrá que las partes de ese acuerdo consideren este último como un modelo económico viable en el medio o largo plazo lo que, dado el carácter emergente del mercado de referencia, afectará, en un primer momento, a la innovación, y, en otro posterior, a los precios o calidad de los servicios suministrados.

Dentro de los factores de ponderación de esos efectos anticompetitivos, y dando de lado a los que pudieran ser comunes a la colusión vertical que ya vimos, podríamos distinguir entre los que agravan y los que atenúan esos efectos. Entre los factores de agravación podrían significarse los siguientes: **(a)** que se trate de alguna de las restricciones especialmente

graves (fijación de precios, reparto del mercado o limitación de la producción); **(b)** que se trate de acuerdos de larga duración lo que, dadas las características del mercado de los servicios de TV digital interactiva en el que la cooperación para dar frutos exige que se mantenga a lo largo de cierto tiempo, será lo más probable; **(c)** que haya antecedentes de acuerdos horizontales en el pasado; o **(d)** que las partes puedan influir de forma efectiva sobre las condiciones en las que se basa la coordinación y activar medidas de retorsión frente al incumplidor, lo que será frecuente en este mercado donde la cooperación implica la puesta en relación de las infraestructuras tecnológicas de todas las partes.

Y entre los de atenuación podrían mencionarse: **(a)** la probable existencia de eficiencias asociadas a la implantación de servicios innovadores; **(b)** la improbable existencia de otros acuerdos similares de la que pueda seguirse un efecto acumulativo dado que se trata de un mercado apenas naciente; o; **(c)** la amplia capacidad de reacción de que disponen los cableoperadores dada la ventaja tecnológica de que disfrutan a la hora de prestar servicios interactivos y bidireccionales.

Cabrá la posibilidad de que la naturaleza de determinado acuerdo o práctica suponga que el mismo pueda entenderse incluido en más de una de las categorías previstas en las Directrices sobre cooperación horizontal. En tal caso, el criterio de la Comisión (ap. 14 de las Directrices sobre cooperación horizontal) es el de atender a donde se sitúa el centro de gravedad del acuerdo prestando atención a dos factores, a saber, el punto de partida de la cooperación y el grado de integración de las diversas funciones combinadas. Tomando el ejemplo de los dos operadores de TV de pago que se viene utilizando (*Sogecable* y *Telefónica*), tendríamos: **(a)** en el caso de que ambos se pongan de acuerdo para realizar labores de investigación y desarrollo en TV digital interactiva y, sólo para el caso de que éstas tengan éxito, en protagonizar emisiones conjuntas que incluyan servicios interactivos, primaría el componente de I + D; **(b)** en el caso de que ambos convengan en realizar sus emisiones de TV de pago de forma conjunta con independencia de las resultas del proyecto común de I + D, el centro de gravedad del acuerdo se desplazará hacia la producción común.

(b) Acuerdos de I + D

Inciendiando ya sobre las concretas restricciones horizontales que, de las configuradas en las Directrices sobre cooperación horizontal, cabe que se den dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva prestaremos una especial atención a los acuerdos de I + D (dadas sus características de mercado emergente), pero sin dejar de referirnos a los demás.

En primer lugar, al tratarse de un mercado caracterizado por la innovación, los acuerdos de I + D podrán llegar a tener una importancia indudable cuando los competidores se pongan de acuerdo a la hora de desarrollar o mejorar servicios interactivos a través de plataforma de TV o de explotar en común los resultados de esa actividad.

A pesar de haber sido ampliamente desbordadas por la sistemática que inspira todo el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas (Directiva Marco, Directivas específicas, Recomendación y Directrices), conservan un cierto valor las reflexiones de la Comisión en sus Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02) [§ IV “Aplicación del artículo 85” “C. *Acuerdos sobre investigación y desarrollo (I + D)*”; considerandos 73 y Ss.]: “*Al igual que en otros sectores basados en la alta tecnología, en las telecomunicaciones las actividades de I + D son indispensables para mantener el ritmo del progreso tecnológico y ser competitivo*

en el mercado, todo ello en provecho de los usuarios. Dado que la I + D exigen crecientes recursos financieros, técnicos y humanos que pocas empresas pueden generar por sí mismas, la cooperación se ha convertido en un elemento indispensable para alcanzar dichos objetivos”.

Resaltaba la Comisión (considerando 74) que, aún cuando un acuerdo de I + D no quedara inscrito dentro de algunas de las exenciones por categorías previstas en el Reglamento de Exención por categorías entonces vigente y ya derogado [Reglamento (CEE) nº 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo; DO L 53 de 22.2.1985, p. 5/12], pudiera el mismo llegar a beneficiarse de una exención individual de las previstas en el entonces apartado 3 del artículo 85 (hoy del art. 101 TFUE) de reunir las condiciones previstas en él. La Comisión consideraba (núm. 76) que era muy probable, aunque no del todo seguro, que la cooperación instrumentada a través de una empresa en participación amparada por alguno de los programas oficiales lanzados por la propia Comisión sobre I + D pudiera llegar a beneficiarse de una exención por categorías; pero no siendo ello posible aún quedaría la opción de la exención individual.

En los mercados de las telecomunicaciones, de carácter esencialmente tecnológico, la variable competitiva basada en el lanzamiento de productos o servicios novedosos (la innovación) puede ser la clave para introducirse en los mercados, llegando incluso a desplazar en importancia a la que se basa en la oferta de precios competitivos. Lo anterior lleva a que los beneficios económicos o eficiencias puedan no ser tantos como para compensar las restricciones del juego de la competencia que pudieran derivarse de un acuerdo de I + D, si éste es la herramienta para que grandes empresas con importantes cuotas de mercado puedan neutralizar o enervar la presión competitiva ejercida por competidores díscolos con mayor capacidad y estímulo para la innovación. Estos riesgos se acrecientan cuando la cooperación nacida entre las empresas con el I + D se extiende hacia los segmentos de la fabricación y de la distribución

En los acuerdos de I + D, se tratará, esencialmente y en la modalidad de cooperación horizontal que es la que ahora más nos ocupa, de acuerdos de cooperación entre competidores encaminados a la mejora de productos/servicios o tecnologías existentes o al desarrollo, más pronto o más tarde, de productos/servicios o tecnologías absoluta o relativamente novedosos. Eventualmente, o no necesariamente, el acuerdo de I + D podrá, sin desnaturalizarse, extenderse a la explotación comercial de los resultados de las actividades de investigación y desarrollo, pero para esto será condición que el centro de gravedad de la cooperación siga siendo el I + D y que no se desplace para dar lugar a otras formas de cooperación situadas en eslabones posteriores de la cadena de valor (Vg. un acuerdo de producción en común en el ejemplo puesto en el último párrafo del anterior epígrafe).

Sobre este particular, pueden verse asuntos IV/36.932/F3- *EISAI/Pfizer* y IV/37.590/F3 – *Pfizer + Hoechst Marion Roussel AG*; también XXXI Informe Anual sobre la Política de la Competencia (2001); Págs. 76 y 77. También en las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (Op. cit.; considerando 77): *“La experiencia de la Comisión demuestra que la distribución conjunta vinculada a las actividades de I + D conjuntas, que no se contempla en el Reglamento sobre I + D, no desempeña un papel esencial en la explotación de los resultados de la I + D. Sin embargo, en casos concretos y siempre que se mantenga un ambiente de competencia, la Comisión está dispuesta a estudiar la posibilidad de aceptar una cooperación de gran*

alcance incluso entre grandes empresas. Esta debe permitir la mejora de la estructura de la industria europea de modo que pueda afrontar la fuerte competencia de los mercados mundiales”.

La de los acuerdos de I + D es una materia de muy difícil sistematización y en la que dicha sistematización no excluye el riesgo de contradicciones, lo que bien a las claras puede percibirse a través de una interpretación más o menos rigurosa de las Directrices de la Comisión.

Así las cosas, cabría empezar por referirse a los **mercados de referencia** en un acuerdo de I + D que serían aquellos mercados en los que el citado acuerdo podría afectar a alguno de los parámetros competitivos relevantes, a saber, calidad, cantidad, variedad, novedad o precio de los productos, servicios o tecnologías. Por tales mercados de referencia habría que tener con la Comisión (núms. 113 y ss. de las Directrices) los **mercados existentes** y el **mercado de la innovación**:

- 1) **Mercados existentes**. En cuanto a los mercados existentes, una primera matización sería la de que el acuerdo podrá ir referido tanto a **productos o servicios** como a **tecnologías**. Aunque cabe que los acuerdos de cooperación en I + D vayan referidos ya a productos o servicios, ya a tecnologías, en el caso de los servicios de TV digital interactiva tenderán estas diferencias a diluirse desde el momento en que un acuerdo de I + D referido a los mismos llevará implícito y absorberá el I + D referido a las tecnologías necesarias para prestarlos.

Una segunda matización, podría ser la de que el acuerdo podrá ir encaminado hacia:

(a) La simple mejora de productos/servicios o tecnologías existentes. P.e., la simple mejora de los servicios de TV digital interactiva actualmente prestados en España por *Sogecable*, gracias a un acuerdo de I + D con *Telefónica*.

(b) El desarrollo de productos/servicios o tecnologías que, en el largo plazo, sustituirán a otros ya existentes. El desarrollo de una TV completamente interactiva donde la iniciativa del usuario a la hora de acceder a la programación sustituya completamente la iniciativa editorial procedente del organismo de radiodifusión y suponga un cambio en el modelo de negocio.

P.e., en junio de 2011 *Telefónica* anunció una alianza con *Mediaset* para desarrollar la tecnología HbbTV (*Hybrid broadcast broadband TV*), para crear una televisión a la carta de vídeo bajo demanda a través de *Movistar Videoclub* y desarrollar aplicaciones para televisión, entre otras actividades.

También la edición digital de Cinco Días de 15 de julio de 2001 recogía la siguiente noticia: “*RTVE se ha sumado a la alianza que sellaron hace dos meses Mediaset España (Telecinco) y Telefónica para impulsar el desarrollo de lo que se conoce como televisión conectada, es decir, televisión interactiva con internet. Lo que pretenden las empresas es desarrollar el estándar HbbTV, definido por las televisiones públicas europeas agrupadas en Eurovisión, con la intención de que sea el que acabe siendo aceptado de manera general en España. Para ello, empezarán ya a emitir en pruebas con esta tecnología, para hacer un balance de los resultados obtenidos a finales de año y, en 2012, decidir nuevas inversiones. Esta tecnología permitirá el acceso a*

contenidos de internet ofrecidos por cada cadena desde el televisor, que debe tener conexión de ADSL. No obstante, por el momento, los primeros televisores conectados solo permiten el acceso a un portal de contenidos controlado directamente por el fabricante del televisor”.

También la edición digital de ese mismo diario económico de 18/08/2011 recogía: *“Ono anunció ayer que ha empezado la primera fase de su campaña de pre-inscripción de TiVo, un servicio de televisión inteligente que la operadora va a empezar a ofrecer en exclusiva en el mercado español en otoño. Este servicio posee un sistema inteligente capaz de reconocer las preferencias de los usuarios y procesarlas con el fin de recomendar el contenido que mejor se adapta al consumidor, gracias a su red propia de fibra óptica. Ono firmó el pasado año una alianza con la empresa de servicios de televisión para la grabación de vídeo digitales (DVR) TiVo para desplegar este servicio”.*

No obstante, esa sustitución total de la TV en sentido tradicional no es probable que se dé en nuestro país, en el que, más bien, lo previsible es que sigan coexistiendo los modelos de iniciativa del usuario con los de iniciativa editorial del prestador de servicios de comunicación audiovisual, más cómodos para el usuario. Por otra parte, si pensamos en una interactividad limitada a servicios no audiovisuales, p.e., banco, información meteorológica, etc., también podría entenderse que no se trata de servicios que en el largo plazo vayan a sustituir a otros preexistentes, sino que más bien serán en el largo plazo sustituidos por los servicios globales de la Sociedad de la Información.

c) El lanzamiento de un nuevo producto/servicio o tecnología que den lugar a su propio mercado. Vg., el caso de que, súbitamente, se lanzaran los servicios de TV digital interactiva en un mercado en el que aún no existen. No sería el caso del mercado español, en el que existen, aunque de manera incipiente.

Suponiendo que nos encontremos ante un **mercado de producto/servicio** (no de tecnología), cabrá distinguir según que estemos ante una u otra de las situaciones identificadas en los tres párrafos anteriores; sin embargo, ya hemos visto, que en el caso del mercado español habría más bien que situarse sólo en la primera:

a) La simple mejora de un producto/servicio existente. En este caso, el mercado de referencia, en cuanto que afectado por la cooperación horizontal, será el del producto que se mejora. En nuestro caso sería el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

b) El desarrollo de un producto/servicio que, en el largo plazo, sustituirá a otro existente. En este caso, dado que la sustitución es a *largo plazo*, el producto existente y el nuevo producto que lo sustituirá en el largo plazo no quedarán integrados en el mismo mercado temporal de producto. Aquí sólo cabrá tomar el mercado del producto existente como mercado de referencia cuando dicho mercado pueda resultar afectado por la innovación. Habrá lugar a esta afectación, en criterio de la Comisión, si se cumplen las siguientes condiciones: **(i)** que la cooperación de las partes en I + D se traduzca en una cooperación también en el mercado del producto existente; **(ii)** que las partes dispongan de poder en el mercado del producto existente; y **(iii)** que cuenten con una posición de fuerza en el mercado de la innovación o de las actividades de investigación y desarrollo.

En el ejemplo que hemos tomado, los servicios de TV totalmente interactiva sólo serán sustitutivos de los de TV en el sentido tradicional en el muy largo plazo por lo que el mercado de producto correspondiente a esta última sólo cabrá considerarlo como mercado de referencia, en el caso de un acuerdo de I + D orientado al despliegue de aquellos, si se dan las siguientes circunstancias: **(1)** que la cooperación de las partes en la investigación y desarrollo de unos servicios de TV totalmente interactiva se traduzca también en una colaboración en el mercado de los servicios de TV tradicional; **(2)** que las partes del acuerdo estén en una situación de poder dentro del mercado de los servicios de TV tradicional; y **(3)** que las partes se encuentren en una posición de fuerza en el mercado de la innovación conformado por las actividades de I + D para el desarrollo de una TV completamente interactiva.

c) El lanzamiento de un nuevo producto/servicio que dé lugar a su propio mercado.

El tratamiento sería prácticamente coincidente con el de la letra b) anterior. En este caso, dado que la sustitución es *imperfecta*, el producto existente y el nuevo producto (absolutamente novedoso) darán lugar a diferentes mercados de producto. Aquí, de nuevo, sólo cabrá considerar el mercado del producto existente como mercado de referencia cuando dicho mercado pueda resultar afectado por la innovación. Y esta afectación sólo podrá tener lugar según la Comisión si se cumplen las reiteradas tres condiciones: **(i)** que la cooperación de las partes en I + D se traduzca en una cooperación también en el mercado del producto existente; **(ii)** que las partes dispongan de poder en el mercado del producto existente; y **(iii)** que cuenten con una posición de fuerza en el mercado de la innovación o de las actividades de investigación y desarrollo.

El ejemplo podría ser el mismo que el de la letra b), sólo que partiendo de un mercado en el que los servicios de TV digital interactiva no existieran y fueran lanzados repentinamente. Se trataría de que los servicios de TV tradicional y de TV digital interactiva, más que pertenecer a diferentes mercados temporales, dieran lugar a diferentes mercados de producto, por ser la sustitución imperfecta.

Suponiendo que nos hallemos frente a un **mercado de tecnología** (no de producto), la idea principal será la de que el mercado de referencia vendrá definido por los derechos de propiedad intelectual sobre todas aquellas tecnologías que los clientes consideren entre sí sustitutivas, más que por los productos a los que dichas tecnologías se incorporan (así, se habla en las fuentes de mercado tecnológico de referencia; para un ejemplo de mercado tecnológico de referencia, ver Decisión IV/M.269 de la Comisión de 8 de junio de 1994, *Shell/Montecatini*, DO L 332 de 22.12.1994, p. 48). En los dos primeros de los tres casos a que nos venimos refiriendo, la Comisión considera pertinente tomar como mercado de referencia el de las tecnologías existentes y respecto del tercero (núm. 49 de las Directrices) no se pronuncia. Así:

a) La simple mejora de una tecnología existente. En el ejemplo del acuerdo entre *Sogecable* y *Telefónica* para la prestación de los servicios de TV digital interactiva en España, mercado de referencia será el de las tecnologías para la prestación de servicios de TV digital interactiva en nuestro país. Esta opción sí cabría barajarla en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

b) *El desarrollo de una tecnología que, en el largo plazo, sustituirá a otra tecnología ya existente.* Podría ser el caso, por ejemplo, de un acuerdo de I + D para el desarrollo de una tecnología que permita que la senda de vuelta de la señal, desde el equipo del usuario a la plataforma interactiva, para la solicitud del servicio de que se tratara, en vez de basarse en la propia Red Telefónica Pública Conmutada, pasara a hacerlo en la misma plataforma satelital (comunicación bidireccional por satélite). No parece, sin embargo, a día de hoy, que lo anterior pueda aún plantearse en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

c) *El lanzamiento de una nueva tecnología que dará lugar a su propio mercado.* Sería el mismo caso de la letra anterior, sólo que suponiendo que el lanzamiento de esa tecnología de prestación de servicios de TV digital interactiva exclusivamente basada en la plataforma satelital fuera repentino y sin necesidad de que la misma tuviera por que suplir a la basada también en la RTPC. Tampoco parece una realidad en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

- 2) **Mercado de la innovación.** Examinado, en los términos que preceden, el ámbito de los mercados existentes, toca ocuparse del anunciado en segundo lugar, a saber, el del mercado de la innovación o de las actividades de I + D [para un caso de afectación del mercado de la innovación, ver 94/770/CE: Decisión de la Comisión, de 6 de octubre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE (IV/34.776 - *Pasteur Mérieux-Merck*) - DO L 309 de 2.12.1994, p. 1/23].

Los casos en los que los acuerdos de I + D pueden llegar a afectar al mercado de la innovación no son otros que los enunciados, dentro del número 1) anterior, bajo las letras **b)** (“*desarrollo de productos o tecnologías que, en el largo plazo, desplazarán a otros existentes*”: en el ejemplo de productos/servicios, los servicios de TV digital totalmente interactivos que puedan, en el largo plazo, sustituir a los de TV tradicional; y en el ejemplo de tecnologías, la tecnología interactiva basada en la comunicación bidireccional por satélite) y **c)** (“*productos o tecnologías completamente nuevos que darán lugar a su propio mercado*”: en el ejemplo de productos/servicios, el lanzamiento *ex novo* de los servicios de TV digital interactiva en cierto mercado geográfico en el que no existieran ya; y en el de tecnologías, el de ese mismo lanzamiento *ex novo*, pero referido a la citada tecnología interactiva basada en la comunicación bidireccional por satélite).

Dicho en otros términos, que no resultará afectado el mercado de la innovación cuando de lo que se trate sea, simplemente, de actividades de I + D dirigidas a la mejora de productos o tecnologías existentes; que son, por lo que venimos viendo, los más probables en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

Dentro de cada una de esas dos situaciones habrá que distinguir, a su vez, según que estén o no definidos los polos de actividad de I + D. Por polos del I + D hay que entender con la Comisión las actividades de investigación o desarrollo encaminadas a la obtención de productos o tecnologías novedosos – en cualquiera de los dos sentidos que se vienen identificando bajo las reiteradas letras **b)** y **c)** – así como sus substitutivas (estas últimas son las actividades de I + D orientadas a la obtención de productos o tecnologías substitutivos de todos esos productos novedosos).

Deberá tratarse de polos de I + D verosímiles que son los que corresponden a productos o tecnologías alternativos a los que son materia de la cooperación horizontal en cuestión por tener un acceso comparable a los recursos financieros y humanos, conocimientos técnicos y patentes o a otros activos específicos y que tengan un calendario similar [V. Decisión de la comisión de 08/05/2000 por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto no IV/M.1846 - *** *Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham*) sobre la base del Reglamento (CEE) n.4064/89 del Consejo - Diario Oficial n° C 170 de 20/06/2000 p. 0006 – 0006].

Cuando los polos de I + D estén definidos, el mercado de la innovación resultará afectado si tras el acuerdo de cooperación horizontal no quedan suficientes polos competidores dentro del mismo. Vg., partiendo de un acuerdo horizontal de I + D cuyo polo sea el desarrollo de una tecnología novedosa de servicios de TV digital interactiva bidireccional sobre plataforma terrestre, saldrá trastocado el mercado de la innovación si tras el acuerdo no existen dentro del mismo proyectos de I + D suficientes para hacer competencia al anterior.

Por el contrario, cuando los polos de la actividad de I + D no estén lo bastante definidos, no cabrá considerar afectado el mercado de la innovación. Podría pensarse, por ejemplo, en una actividad de I + D genéricamente orientada al sondeo de nuevas formas de interactividad dentro de los servicios de TV, sin mayores especificaciones.

Definidos conforme a todo lo anterior los ámbitos que pueden salir afectados por un acuerdo de I + D (mercados de referencia), procede perfilar los criterios para precisar cuando las partes disfrutan de **poder de mercado** que habrá que asimilar, según los casos, a una posición de poder dentro de los mercados existentes o de fuerza dentro del mercado de la innovación. Así:

- 1) **Poder en los mercados existentes.** En el caso de acuerdos de I + D que entrañen la mejora de productos o tecnologías ya existentes y en el de aquellos otros dirigidos al lanzamiento de productos o tecnologías que en el largo plazo sustituirán a los ya existentes, para definir si existe poder de mercado habrá que atender a la cuota combinada de las partes en los mercados existentes (vid. Núm. 123 a 126 de las Directrices). A estos efectos, cabrá recordar que por debajo del umbral del 10 % que recoge la Comunicación *de minimis* resulta prácticamente imposible que exista poder de mercado y, aún por encima de ese umbral, podrá entenderse que no lo hay si no se rebasa el umbral del 25 % que marca el Reglamento de Exención por categorías en I + D.

Según los núms. 123 y 124 de las Directrices: “[...] Si el acuerdo de I+D sólo se propone mejorar o perfeccionar productos existentes, este mercado incluye los productos directamente afectados por la I+D. Así, las cuotas de mercado pueden calcularse sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Si la I+D se propone sustituir un producto existente, el nuevo producto, si tiene éxito, será un sustituto de los productos existentes. Para valorar la posición competitiva de las partes, es de nuevo posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Por consiguiente, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D basa la exención de esos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia respecto de los productos susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos considerados en el contrato».

Para entrar en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esta cuota de mercado no puede exceder del 25 %.”.

En cuanto a estos, tendremos que distinguir según que nos encontremos ante un mercado de producto o de tecnología:

a) Mercado de producto. La cuota de mercado de las partes se definirá sobre el valor de las ventas de los productos existentes. En el ejemplo, más probable dentro del mercado español, de la simple mejora de los servicios de TV digital interactiva actualmente prestados en España por *Sogecable*, por la vía del acuerdo de I + D con *Telefónica*, sería muy probable que la cuota combinada de ambos operadores dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva llegara a situarse por encima del umbral del 25 % y que, por tanto, llegara a existir poder de mercado. Menos probable, en el mercado español, sería el acuerdo de I + D para el desarrollo de unos servicios de TV digital totalmente interactiva que sustituya a la convencional en el largo plazo, pero, de llegar a darse, también habría que concluir la existencia de poder de mercado de celebrarse entre esos mismos dos operadores.

b) Mercado de tecnología. La cuota de mercado se obtendrá dividiendo los ingresos de licencias generados por las partes por los ingresos totales de las licencias de todos los vendedores de tecnologías sustitutivas. En el ejemplo, más probable en el mercado español, del acuerdo de I + D entre *Sogecable* y *Telefónica* para la mejora de la tecnología base de los servicios de TV digital interactiva existentes (senda de ida por satélite y de vuelta por RTPC), habría que conocer los ingresos obtenidos por las partes del acuerdo por licencias y también por los vendedores de tecnologías competidoras. Este dato no resultaría fácil de obtener a la vista de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia sobre este mercado.

“En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Sin embargo, con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones, sobre uso gratuito de licencias cruzadas, etc. Un planteamiento alternativo consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de bienes o servicios que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores de productos. Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que está patentada [83]. En este mercado la cuota tampoco puede exceder del 25 % (con independencia del método de cálculo utilizado) para poder acogerse a los beneficios del Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de I+D.” (125 de las Directrices).

El mismo criterio habría que aplicar en el caso, menos probable en el caso español, del acuerdo de I + D para el desarrollo de tecnología de prestación de servicios de TV digital interactiva basada en plataforma satelital tanto para la ida como para la vuelta de la señal; y que pudiera postularse como tecnología alternativa frente a la que utiliza la RTPC para la senda de vuelta desde el equipo del usuario.

- 2) **Posición de fuerza en el mercado de la innovación.** En el caso de acuerdos de I + D dirigidos al lanzamiento de productos o tecnologías absolutamente novedosos que harán nacer su propio mercado, el poder de mercado habrá que asimilarlo, más que al poder en los mercados existentes, a la posición de fuerza en el mercado de la innovación. Por lo que hace a éste, definir una posición de fuerza de las partes sólo será posible cuando estén definidos los polos de sus actividades de I + D, caso en el que esa misma posición de fuerza se definirá atendiendo a la existencia o no de polos competidores. El anterior sería el criterio en los casos, inaplicables en el mercado español, del lanzamiento *ex novo* y repentino de unos servicios de TV digital interactiva, que no existieran ya, o de una tecnología de prestación de servicios de TV digital interactiva basada tan sólo en el satélite, que no estuviera ya implantada.

Conforme a la sistemática que venimos siguiendo de modo general, el siguiente paso tendrá que referirse al examen de los concretos ***efectos anticompetitivos*** ligados a los acuerdos horizontales de I + D (aparte de los genéricos de las restricciones horizontales que dejamos ya estudiados). Esos efectos anticompetitivos, específicos de los acuerdos de I + D, los iremos ligando a los que habrán de ser los ***principales factores para su ponderación*** (incluidos los ya referidos de las situaciones de poder en los mercados existentes o de fuerza en el de la innovación; los cuales no sólo pueden operar como presupuestos, sino además como factores de ponderación de los efectos anticompetitivos). Estos efectos podrán ser según la Comisión:

- 1) **Limitación de la innovación.** Para decidir si un acuerdo de I + D supone una limitación de la innovación, los principales factores a tener en cuenta serán los que pasamos a enumerar:

a) ***Poder en los mercados de los productos y tecnologías existentes.*** En primer lugar, para que este efecto pueda llegar a producirse será necesario que las partes se encuentren en una situación de poder en los mercados existentes y que esa situación de poder vaya asociada a las dificultades de acceso por parte de los terceros a esos mercados por la existencia de barreras de entrada.

La razón es que, sólo a partir de una situación como la descrita, tendrán las partes interés en coordinarse para, p.e., ralentizar la cadencia de la innovación.

Por ejemplo, en el asunto *Shell/Montecatini* (decisión de 9 de junio de 1994, Asunto IV/M.269), la Comisión autorizó la operación notificada una vez que las partes se comprometieron a mantener separada la tecnología de fabricación del polipropileno de sus intereses en la fabricación, de forma que la tecnología quedara disponible para seguir una política de licencias independiente de los intereses de las partes en la fabricación y venta.

b) ***Posición de fuerza en el mercado de la innovación.*** En segundo término, será necesario atender a si las partes se encuentran en una posición de fuerza en el mercado de la innovación por la ausencia de polos competidores.

c) ***Alcance del I + D.*** En tercer lugar, habrá que diferenciar según que oscilemos ante una u otra de las dos situaciones extremas que venimos refiriendo:

i) en la mejora de producto o tecnología existente resultará probablemente afectada la innovación cuando el acuerdo se extienda a una explotación conjunta de los resultados del I + D consistente en la producción o comercialización en común del producto o tecnología mejorados (no bastará para que se produzca una limitación de la innovación con un acuerdo “puro” de I + D en el que no exista explotación conjunta ni tampoco con una explotación conjunta que consista sólo en el otorgamiento en común de licencias de explotación a terceros o incluso a las propias partes: ver **68/128/CEE** [Decisión de la Comisión, de 24 de febrero de 1968, relativa a una solicitud de certificación negativa presentada con arreglo al artículo 2 del Reglamento n° 17 del Consejo (IV/26.352) - Diario Oficial n° L 057 de 05/03/1968 p. 0009 – 0011] donde la Comisión emite una certificación negativa para un acuerdo de investigación conjunta a través de una asociación industrial porque los productores y las organizaciones de productores establecidos en todos los estados miembros participaban en la investigación y el estatuto de miembro de esa asociación no incluía ninguna discriminación para el acceso a los resultados).

ii) en el lanzamiento de un producto o tecnología absolutamente novedoso que dará lugar a su propio mercado será menos probable que resulte afectada la innovación aún en el caso de que la cooperación se extienda a la explotación conjunta mediante la producción o comercialización en común y, por lo general, sólo cabrá plantearse cuando las partes dificulten el acceso a una tecnología clave porque no concedan licencias a terceros.

Puede verse, en este sentido, la Comunicación, en virtud del apartado 3 del artículo 19 del Reglamento no 17 del Consejo, referente al asunto no IV/34.796 - *Canon/Kodak* - Diario Oficial n° C 330 de 01/11/1997 p. 0010 – 0014: se trataba de un acuerdo entre las dos empresas más importantes de fotografía para el desarrollo del sistema APS y la Comisión se preocupó especialmente de que el acceso de los terceros a la tecnología desarrollada por las partes cooperantes quedará suficientemente garantizada mediante la concesión de licencias a terceros.

En ocasiones por tercero habrá de entenderse a alguna de las partes cooperantes que se sale del acuerdo. Así, por ejemplo, en 83/669/CEE [Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1983 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE (Asunto n° IV/29.955 - Carbón gas technologie) - Diario Oficial n° L 376 de 31/12/1983 p. 0017 – 0021] donde la obligación de no utilizar el *know-how* por parte de todo accionista que saliera de la empresa en común durante cinco años se consideró infracción del artículo 81 TCEE aún cuando se concediera una exención individual.

d) Naturaleza del acuerdo. En cuarto lugar, no será necesaria una valoración de los efectos cuando nos encontremos ante un acuerdo anticompetitivo por su objeto de los que dejamos ya estudiados al estar en todo caso viciado de ilegalidad (*cártel* de reparto de mercados, fijación de precios o limitación de producción), ni tampoco – yéndonos al otro extremo – cuando estemos ante alguno de los acuerdos de I + D de los que la Comisión nunca considera anticompetitivos atendiendo al rol complementario asumido por las partes cooperantes, a saber:

(i) los que se dan entre compañías que, por separado, no se encuentran en condiciones de acometer las actividades de I + D porque, en tal caso, no hay competencia que restringir. Puede verse **2000/182/CE** {Decisión de la Comisión, de 14 de septiembre de

1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto IV/36.213/F2 - GEAE/P & W) [notificada con el número C(1999) 2901] - Diario Oficial n° L 058 de 03/03/2000 p. 0016 – 0029} donde la Comisión entendió que, a pesar de resultar más eficiente para las partes desarrollar un nuevo producto por medio de una cooperación, sería también técnica y económicamente posible desarrollar el producto de forma independiente, concluyendo que las partes eran competidores potenciales.

(ii) los de externalización de las actividades de I + D de la empresa en una entidad especializada (instituto de investigación u organismo académico) que no participará en la explotación de los resultados; o

(iii) los restantes acuerdos puros de I + D – citados más arriba – en los que no haya explotación conjunta de resultados. Puede verse la Comunicación en virtud del apartado 3 del artículo 19 del Reglamento no 17 del Consejo en relación con el asunto no IV/35.742 - F/2 – EUCAR - Diario Oficial n° C 185 de 18/06/1997 p. 0012 – 0013: se trataba de un acuerdo de I + D entre los principales fabricantes de coches europeos. La Comisión consideró que el acuerdo no era restrictivo de la competencia pues se trataba de un proyecto de investigación experimental en fase precompetitiva, es decir, los productos obtenidos no eran directamente utilizables en un vehículo determinado y el acuerdo contemplaba la explotación comercial independiente.

(iv) A esas tres situaciones cabría añadir una cuarta – apartado 56 de las Directrices -: la cooperación en I + D entre empresas no competidoras; pero en este caso, por lo ya visto, habría que hablar, más bien, de restricciones verticales. Puede verse **90/410/CEE** [Decisión de la Comisión, de 13 de julio de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32009 - *Elopak/Metal Box - Odin*) - Diario Oficial n° L 209 de 08/08/1990 p. 0015 – 0022] donde la Comisión concluyó que no existía infracción del artículo 81 CE al no ser las partes competidores actuales o potenciales ni existir riesgos de cierre del mercado frente a terceros; **87/100/CEE** [Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.340 - *Mitchell Cotts/Sofiltra*) - Diario Oficial n° L 041 de 11/02/1987 p. 0031 – 0037] donde la Comisión entiende que las partes del acuerdo no eran competidores actuales o potenciales respecto de las actividades de I + D, aunque finalmente lo que hace es conceder una exención dado que las partes competían en el mercado de la distribución y venta del producto en cuestión; **94/896/CE** [Decisión de la Comisión, de 16 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.863 - *Asahi/Saint-Gobain*) - Diario Oficial n° L 354 de 31/12/1994 p. 0087 – 0094] donde las partes llevaban a cabo sus actividades en diferentes mercados geográficos; **94/770/CE** [Decisión de la Comisión, de 6 de octubre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE (IV/34.776 - *Pasteur Mérieux-Merck*) - DO L 309 de 2.12.1994, p. 1/23] en la que las partes acordaban cooperar en proyectos cercanos al mercado, por lo que fueron consideradas competidores potenciales.

Ilustrando todo lo anterior y aplicándolo al caso más probable en el mercado español del acuerdo de I + D para la mejora de los servicios de TV digital interactiva prestados en él, la Comisión entiende que para que este efecto de la limitación de la innovación se produzca será necesario que las partes se encuentren en situación de poder dentro del

mercado de referencia (en nuestro caso, el mercado existente de los servicios de TV digital interactiva) y que el mismo se encuentre cercado por importantes barreras de entrada que dificulten la entrada de los terceros. Ambos requisitos hemos visto ya que tenderían a darse en nuestro caso: la propia naturaleza de los servicios interactivos exige la cooperación de un operador de telecomunicaciones y de una plataforma de TV especialmente potentes y, por otra parte, en el mercado de los servicios de TV digital interactiva, las barreras de entrada son importantes. Además, en los casos de I + D enfocados hacia la mejora de servicios existentes de TV digital interactiva, conforme al criterio de la Comisión, para que existiera el riesgo de limitación de la innovación se haría necesario que el acuerdo de I + D se extendiera a la explotación conjunta consistente en la producción o comercialización en común de los servicios interactivos mejorados (no bastaría, a estos efectos, con un acuerdo puro de I + D ni con una explotación en común que pase simplemente por la concesión de licencias a terceros para el aprovechamiento de los resultados).

- 2) **La colusión o coordinación horizontal de las partes en los mercados existentes.** Los dos ámbitos en los que, principalmente, podrá darse esta colusión serán los de la producción o los precios. Lo dicho en el párrafo anterior a propósito del factor del ***poder en los mercados existentes*** sería también aplicable, con las debidas modulaciones, a este efecto de la cooperación horizontal en los ámbitos de la producción y de los precios en los mercados existentes. Y lo mismo en cuanto a la incidencia sobre los efectos restrictivos del diferente ***alcance del I + D*** y de la ***naturaleza del acuerdo***. Menos pertinente resultaría el factor de la ***posición de fuerza en el mercado de la innovación***.

Para la Comisión, será poco probable que este efecto llegue a producirse en el caso de acuerdos encaminados al lanzamiento de productos o tecnologías absolutamente novedosos que darán lugar a su propio mercado. En cambio, sería más probable que este efecto llegara a darse, en el mercado existente de los servicios de TV digital interactiva, si el acuerdo de I + D tuviera por objeto la simple mejora de los servicios de TV digital interactiva, y si se extendiera a la explotación o comercialización en común de los resultados del I + D, sobre todo, en lo concerniente a la producción y a los precios en el momento de esta última explotación en común de los resultados de las actividades de I + D.

- 3) **La exclusión de los competidores en la explotación de los resultados.** Tendrá lugar este efecto cuando las partes del acuerdo de I + D excluyan a sus competidoras negándoles el acceso a los resultados. De nuevo serán aquí pertinentes todos los factores enumerados en los números 1 y 2 anteriores. Poniendo varios ejemplos: **(a)** ante un acuerdo para la simple mejora de un producto o tecnología existente, cuanto mayor sea el ***poder de mercado*** de las partes en esos mercados existentes mayores serán sus incentivos para no permitir a los terceros beneficiarse de los resultados; **(b)** si se trata de un acuerdo para el desarrollo de un producto o tecnología absolutamente novedoso que dará lugar a su propio mercado, la ***posición de fuerza en el mercado de la innovación*** de las partes será pertinente si no existen polos competidores que se presenten como alternativa para los terceros a los que les sea denegado el acceso a los resultados; **(c)** en cuanto al ***alcance del I + D***, este efecto de exclusión del acceso a los resultados no tendrá lugar cuando se trate de acuerdos puros de I + D; **(d)** por lo que hace a la naturaleza del acuerdo, no se hará necesaria una valoración de efectos cuando se trate de acuerdos de I + D que encubran un cártel.

La exclusión de los competidores en la explotación de los resultados consistentes en la mejora de los servicios de TV digital interactiva podría llegar a darse si al menos uno de los operadores puestos de acuerdo se encontrara en una situación de poder dentro del mercado existente de una tecnología clave lo que, en nuestro caso, podría llegar a darse si, por ejemplo, una de las partes cooperantes dominara una determinada tecnología de cifrado indispensable para la prestación de los servicios interactivos mejorados.

Respecto de la posibilidad de concesión de una **exención individual**, la misma se sujetará a las condiciones generales del Art. 101.3 TFUE (v. Aps. 68 a 74 de las Directrices), a saber:

1. **Ventajas económicas**. Estas ventajas son casi consustanciales a los acuerdos de I + D: *“Muchos acuerdos de I+D, con o sin explotación conjunta de los posibles resultados, obtienen mejoras de eficiencia mediante la combinación de conocimientos y activos complementarios, dando así lugar a productos mejorados o nuevos y al desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez. Los acuerdos de I+D también pueden dar lugar a una mayor difusión del conocimiento, que puede generar una mayor innovación. Los acuerdos de I+D también pueden dar lugar a reducciones de costes.”* (núm. 141 de las Directrices). Por encima del umbral del 25 %, que es el que determina la aplicabilidad o no del Reglamento de Exención por categorías, un acuerdo de I + D podrá beneficiarse de la exención individual siempre que las eficiencias alcancen una entidad mayor que los efectos anticompetitivos asociados a la creación o refuerzo de poder de mercado. Es altamente probable que estas eficiencias se den en el caso de acuerdos de I + D en el mercado de los servicios de TV digital interactiva, pues de ellos pueden resultar servicios novedosos de los que puedan llegar a disfrutar los usuarios.

Para un caso de exención individual concedida por encima de los umbrales de cuota que habilitan para la concesión de la exención por categorías, ver **91/38/CEE** [Decisión de la Comisión, de 12 de diciembre de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asunto nº IV/32.363 - *KSB/Goulds/Lowara/ITT*) - Diario Oficial nº L 019 de 25/01/1991 p. 0025 – 0036] o **94/896/CE** [Decisión de la Comisión, de 16 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.863 - *Asahi/Saint- Gobain*) - Diario Oficial nº L 354 de 31/12/1994 p. 0087 – 0094]; en este caso hubo de reducirse la duración del acuerdo para obtener el beneficio de la exención.

Para un caso de concesión de la exención individual por un plazo superior al previsto en el Reglamento de exención por categorías, ver **88/541/CEE** [Decisión de la Comisión de 11 de octubre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.368 - *BBC Brown Boveri*) - Diario Oficial nº L 301 de 04/11/1988 p. 0068 – 0073], donde se concedió la exención por plazo de 10 años para toda Europa porque se trataba de un producto absolutamente nuevo basado en una tecnología totalmente novedosa (baterías de sulfuro sódico de alto rendimiento) y que exigiría previsiblemente de ese plazo para implantarse.

2. **Carácter indispensable**. El acuerdo de I + D, para beneficiarse de la exención individual no debe plantear más restricciones del juego de la competencia que las absolutamente imprescindibles para la obtención del beneficio que le sirve de

fundamento; citándose como ejemplo de acuerdos que no reúnen este requisito los previstos en la lista negra del Art. 5 del Reglamento de Exención por Categorías.

Ver, para un ejemplo de acuerdo de I + D con restricciones indispensables, **2000/182/CE** {Decisión de la Comisión, de 14 de septiembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (Asunto IV/36.213/F2 - *GEAE/P & W*) [notificada con el número C(1999) 2901] - Diario Oficial n° L 058 de 03/03/2000 p. 0016 – 0029}, donde el objeto del acuerdo de cooperación era el desarrollo de un nuevo motor de avión y que fue limitado a ciertos tipos de motores y condicionado a que no se extendiera a mercados relacionados.

P.e., ante el acuerdo de I + D que venimos comentando entre *Telefónica* y *Sogecable* para la mejora de los servicios de TV digital interactiva, para poder apreciar la exención individual, la puesta en común y vinculación de infraestructuras de ambas, RTPC y descodificadores, tendría que reducirse a los mínimos necesarios para la prestación de los servicios interactivos a los usuarios.

3. **No eliminación de la competencia**. No podrá concederse una exención si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos (o tecnologías) en cuestión. Si una empresa es o se hace dominante en un mercado existente o en la innovación – si, por ejemplo, se combinan los dos únicos polos competidores - como consecuencia de un acuerdo I+D, dicho acuerdo que produce efectos contrarios a la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE en principio no puede eximirse [en el mismo Asunto IV/36.213/F2 - *GEAE/P & W* (Op. cit.) se entendía que no había una eliminación de la competencia porque el tercer competidor dentro del mercado (*Rolls Royce*) quedaba fuera del acuerdo]. Lo normal es que, en el caso de los servicios de TV digital interactiva, no llegue lo anterior a darse, al tratarse de acuerdos necesarios para el nacimiento del propio mercado.

(c) Otros acuerdos de cooperación horizontal

Pese a que el carácter emergente del mercado de los servicios de TV digital interactiva pueda hacer especialmente importantes los acuerdos de I + D, a los que hemos dedicado una también especial atención en el epígrafe anterior, ello no significa, ni muchísimo menos, que puedan descartarse a priori otros acuerdos de cooperación horizontal. De esta regla no habría por qué exceptuar el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

Así, resultarían también imaginables dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva los **acuerdos horizontales de producción** y, en especial, dentro de estos, los de producción en común, que consistirían en que una plataforma de TV y un operador de telecomunicaciones - suponiendo que ambos sean competidores potenciales dentro del mercado de referencia al poder desarrollar los servicios de referencia cada uno por su cuenta - se concertaran para producirlos conjuntamente.

En estos casos, ámbito afectado en el que calibrar la existencia de poder de mercado podría ser no sólo el mercado de referencia de los servicios de TV digital interactiva, sino también otros mercados adyacentes en los que las partes pudieran estar activas y llegar a coordinarse (p.e., el de la TV de pago si las ofertas en este mercado de, por ejemplo, *Telefónica* y *Sogecable* incluyeran iconos desde los que acceder al entorno de los servicios interactivos prestados conjuntamente).

Los dos efectos básicos derivados de un acuerdo en común de esta clase dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva podrían ser la eliminación de la presión competitiva entre las partes en su función de proveedores de estos servicios y la exclusión de los competidores (en especial, cuando las partes del acuerdo, en los mercados ascendentes de los insumos necesarios para la prestación de los servicios de TV digital interactiva, redes y servicios de comunicaciones electrónicas o servicios técnicos para TV, disfruten de una posición estratégica que les permita incrementar los costes de sus competidores en el descendente de la TV interactiva). Para la valoración de estos efectos anticompetitivos, aparte de otros factores de ponderación habituales como el grado del poder de mercado o la naturaleza del acuerdo, cobrará una especial significación el nivel de los costes compartidos por las partes.

Aunque no es probable que tales efectos restrictivos llegaran a concretarse, teniendo en cuenta que *“no es probable que los acuerdos de producción entre empresas que compiten en los mercados en los que se registra la cooperación tengan efectos restrictivos de la competencia si la cooperación da lugar a un nuevo mercado, es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo bien o servicio que, de lo contrario, basándose en factores objetivos, no podrían haber lanzado debido, por ejemplo, a sus capacidades técnicas”* (núm. 163 de las Directrices), siendo así que el sentido de un acuerdo de producción en este ámbito sería, principalmente, el del lanzamiento de los propios servicios de TV digital interactiva.

En cuanto a los acuerdos de compra, aún cuando en un estadio posterior de desarrollo de los servicios de TV digital interactiva cupiera imaginarlos cuando, por ejemplo, dos prestadores de esta clase de servicios a través de TDT se coordinarán para adquirir los servicios de transporte de señal interactiva sobre plataforma terrestre del correspondiente operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Vg., *Abertis* en España), lo cierto es que actualmente, dado el grado de desarrollo de los servicios, no parece que lo anterior resulte especialmente viable. Lo anterior nos excusará de ahondar en esta materia de los acuerdos de compra con incidencia sobre el mercado de los servicios de TV digital interactiva.

En lo que a los acuerdos de comercialización se refiere, cabría imaginar, al menos en principio, que cualquiera de ellos pudiera llegar a darse. Así, y dejándolo explicado sobre la base de un ejemplo, en el caso de que *Telefónica* y *Sogecable* prestaran cada cual por separado servicios de TV digital interactiva cabrían: **(a)** acuerdos de promoción si ambas publicitan conjuntamente sus servicios interactivos (improbable en la práctica); **(b)** acuerdos de distribución si, por ejemplo, *Telefónica* distribuyera sobre su par de cobre los servicios interactivos de *Sogecable* en los hogares sin parabólica; **(c)** acuerdos de venta conjunta, en el caso de que ambas establecieran de común acuerdo todos los aspectos de la comercialización de sus respectivas ofertas de servicios de TV digital interactiva, incluido el precio (la diferencia con respecto a los acuerdos horizontales de producción en común podría cifrarse en el hecho de que, en estos últimos, habría una única oferta integrada y no dos); y **(d)** acuerdos horizontales para la prestación conjunta de servicios postventa (p.e., servicios técnicos para descodificadores interactivos).

Sobre los ámbitos afectados en estos casos, valdría con remitirnos a lo dicho para los acuerdos de producción en común. Si acaso, matizar que, para la Comisión, habrá poder de mercado en estos acuerdos de comercialización cuando la cuota combinada de las partes se sitúe por encima del umbral del 15 % (y no sólo del 10 % que es el criterio general para

acuerdos horizontales), lo que, por lo visto, será lo más habitual en el mercado que nos ocupa. Y respecto a los efectos anticompetitivos, como se ha visto en otras partes de este trabajo, cabría agruparlos en los especialmente graves (fijación de precios, limitación de la producción o reparto del mercado, p.e., por categorías de proveedores de bienes o servicios a suministrar a través de la plataforma interactiva), que determinarían la automática ilegalidad del acuerdo salvo que no se rebase el umbral de poder de mercado del 15 % (caso en el cual se entiende aplicable en las Directrices la exención individual), y los desprovistos de esa especial gravedad (intercambio de información comercial o puesta de costes en común).

En lo que concierne a los acuerdos horizontales de estandarización, indudablemente será posible que los mismos lleguen a producir efectos en el mercado de los servicios de TV digital interactiva, sin embargo, habrá lugar a lo anterior más bien cuando los mismos lleguen a darse dentro del mercado ascendente de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV por lo que será más bien al hilo de estos últimos que los dejemos estudiados.

Por último, también podrían darse dentro de este mercado acuerdos horizontales de transferencia de tecnología entre dos competidores reales o potenciales dentro del mismo cuando uno de ellos ceda al otro una tecnología de la que aquél sea titular y que resulte necesaria para la prestación de servicios interactivos mejorados (v. Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología; Diario Oficial nº C 101 de 27/04/2004 p. 0002 – 0042). Ahora bien, dado el actual grado de desarrollo de los servicios de TV digital interactiva, aún en fase de I + D, parece prematuro hablar de transferencia de tecnología cuando la misma no parece del todo desarrollada.

vi) Sobre análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios de televisión digital interactiva y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB

Inciendiando ya sobre el caso *BiB*, tendríamos que el mercado de los servicios de TV digital interactiva había que entenderlo como mercado de referencia en el sentido de mercado en el que debía ser evaluada la posición de la entidad resultante de la concentración (*BiB*). Por otra parte, el dato de que la autoridad de la competencia no vertiera en su resolución datos sobre cuotas de mercado imposibilitaría la determinación del grado de concentración del mercado tras la operación.

Y en cuanto a los efectos anticompetitivos habría que diferenciar entre los no coordinados y los coordinados. Los efectos anticompetitivos no coordinados nacerían sobre todo del hecho de que dos de las matrices de la nueva entidad *BiB*, en concreto, *BSkyB* y *BT*, a raíz de la operación, dejarían de ser competidoras potenciales en el mercado de la prestación de servicios de TV digital interactiva, que cada una de ellas podía llegar a desarrollar por separado y al margen de *BiB* (*BSkyB*, a través de la plataforma satelital y *BT*, a través de la RTPC). De los factores de agravación de estos efectos anticompetitivos, podría destacarse la existencia de importantes costes de transferencia para que los abonados pudieran llegar a cambiar de proveedor de servicios de TV digital interactiva por la existencia de un sistema de subvenciones asociadas a los servicios técnicos (descodificadores) necesarios para la prestación de aquellos.

Y en lo que concierne a los efectos anticompetitivos coordinados, al margen de los inherentes a la coordinación de *BSkyB* y *BT* en el seno de *BiB*, no eran significativos toda vez que no se planteaban riesgos importantes de colusión horizontal entre *BiB* y otros competidores potenciales en el mercado de los servicios de TV digital interactiva (singularmente, los cableoperadores).

Entrando ya a examinar los elementos de posible neutralización de los anteriores efectos anticompetitivos en el caso *BiB*, tendríamos lo siguiente. En primer lugar, el factor del poder de compra apenas si sería perceptible; no parecía que pudiera existir algún proveedor de los bienes o servicios suministrados a través de la plataforma interactiva de *BiB* con un poder tal como para condicionar la política de precios o de calidad de servicios de esta última (la situación sería muy parecida a la surgida en las relaciones entre anunciantes y operadores de TV en abierto) y, mucho menos, que ese poder pudiera residir en los abonados destinatarios finales de esos mismos productos o servicios.

En segundo lugar, el factor de la competencia potencial sí estaba muy presente, por la existencia de un sector del cable fortalecido en UK a raíz de fusiones anteriores en poco a la operación y perfectamente capaz de prestar servicios de TV digital interactiva sobre la base de una oferta de *triple play*.

Por último, tanta importancia como el anterior tendría el factor del desarrollo de eficiencias, en la medida en que la colaboración entre *BSkyB* y *BT* podía llegar a permitir el disfrute por los usuarios de un servicio innovador e interactivo a través del televisor el cual, hasta entonces, sólo cabía recibirlo a través del ordenador.

El peso de los dos últimos factores llevó a que la autoridad de la competencia, aún asumiendo que la operación iba a suponer una restricción de la competencia dentro del mercado de referencia de los servicios de TV digital interactiva, terminara por otorgar una exención para la operación de las del Art. 81.3, si bien bajo condiciones, de las que la principal era la de que *BT* no tomara posiciones dentro del segmento del cable toda vez que esto último, sumado a sus intereses en *BiB*, podía llevarla a obstaculizar la prestación de servicios de TV digital interactiva a través de la red de cable.

Retomando las consideraciones más arriba expuestas (V. Op.) y llevándolas al terreno de estos neutralizadores de los efectos anticompetitivos derivados de la concentración ("*mitigation factors*"), tendríamos lo siguiente. Al margen del estudio *a priori* de los mercados realizado por las autoridades nacionales de reglamentación, vimos ya que en el caso de concentraciones dentro de los mercados de las telecomunicaciones (incluidos los de TV digital interactiva que participan de esta naturaleza), que exigirán un tratamiento *a posteriori*, las especialidades de estos puede aconsejar modular los criterios de las Directrices sobre Concentraciones. En este sentido, resultan perfectamente aplicables a los ordenamientos comunitario y nacional español las argumentaciones de cierto sector doctrinal norteamericano referidas a la modulación de los criterios de las *Merger Guidelines* en los casos de concentraciones dentro del sector de las telecomunicaciones.

Éstas, tras hacer una descripción de los efectos anticompetitivos derivados de una concentración, se ocupan, al igual que las Directrices europeas, de los posibles neutralizadores que cifra en: (i) el modo en que la nueva entrada puede modular los efectos

anticompetitivos (competencia potencial); **(ii)** la verificación de eficiencias; **(iii)** la aplicación de la doctrina de la firma desfalleciente.

Respecto del primero de los factores, las agencias exigen que la entrada pueda ser en tiempo oportuno para ejercer un cierto poder de disuasión sobre la política de producción o de precios de los competidores actuales, lo que se asimila a que pueda llegar a verificarse en un horizonte temporal de dos años (salvo en el caso de productos duraderos en que se admite que esa entrada pueda llegar a producirse más allá de ese horizonte temporal siempre que pueda probarse que ha influido sobre la producción o los precios dentro de ese horizonte temporal de los dos años). En segundo lugar, la entrada ha de ser apropiada en el sentido de que las escalas mínimas para que los competidores actuales obtengan rentabilidad tendrán que ser iguales o inferiores al potencial de venta del competidor potencial. Por último, la entrada tendrá que ser suficiente en términos de intensidad para contrarrestar los efectos anticompetitivos de la concentración. Estos factores vienen, en lo sustancial, a coincidir con los manejados en los instrumentos europeos a que nos hemos referido, si bien en los mismos el carácter apropiado de la entrada se sustituye por el requisito de la probabilidad de la misma atendiendo a la ausencia de barreras de entrada o de costes hundidos que imposibiliten la salida, en el caso de ser necesaria, del competidor potencial.

En cuanto al segundo de los factores, la verificación de eficiencias, las *Merger Guidelines* sólo toman en cuenta las que no puedan ser obtenidas por vías diferentes a la concentración que supongan un menor daño para el juego de la competencia. Además, dichas eficiencias deberán ser cognoscibles en el sentido de poder ser verificadas y cuantificadas y su intensidad tendrá que ser la necesaria como para que la operación pueda llegar a ser aprobada. Estas condiciones de las eficiencias son prácticamente idénticas a las exigidas en el seno de la UE.

Por último, en cuanto a la aplicabilidad de la doctrina de la firma desfalleciente, valdrá con que nos remitamos al estudio de esta doctrina al hilo del mercado de la TV de pago, al ser una de las principales defensas esgrimidas por las partes en los casos de concentración en España e Italia.

Dicho lo anterior, ha de observarse que, en el ámbito de los mercados de las comunicaciones electrónicas, los esfuerzos de esos autores norteamericanos se sitúan en la línea de magnificar los efectos de los anteriores neutralizadores a fin de facilitar el que una operación de concentración pueda llegar a ser autorizada. En el ámbito de la competencia potencial se propone ensanchar el horizonte temporal de los dos años (Jorde & Teece, *Ídem Supra*), en el de la doctrina de la firma desfalleciente también, como vimos al estudiarla más en detalle, se plantea una reformulación de la misma a fin de propiciar su aplicación en toda esta materia. Sin embargo, tal vez sea en el plano de las eficiencias donde los anteriores esfuerzos resulten de un mayor interés.

En este sentido, se entiende que el enfoque que a las eficiencias se dan en las *Merger Guidelines* es demasiado limitado como para aplicarlas sin más al campo de las telecomunicaciones. Las mismas atienden, sobre todo, al criterio de una rebaja de los precios en el corto plazo en beneficio de los consumidores como fundamento de las eficiencias. Este es el planteamiento de la eficiencia propio de una escuela de Chicago centrada, casi en exclusiva, en el beneficio inmediato del consumidor y que tuvo su apogeo con la Administración Reagan en la década de los 80, donde eficiencia económica (*economic efficiency*) y el bienestar del consumidor (*consumer welfare*) se unían para juntos erigirse en

el principal objetivo del Derecho Antitrust (Vid, p.e., May, J., “*The role of the States in the first century of the Sherman Act and the larger picture of Antitrust History*”, en *The Antitrust Law Journal*, vol. 59, issue 1, 1990, pág. 95, afirmando que el único objetivo perseguido por la política de la competencia es la protección de la eficiencia económica o del bienestar del consumidor; Rodino, P. W., Jr., “*The future of Antitrust: ideology vs. legislative intent*”, en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXV, n° 3, Fall 1990, pág. 580 diciendo que durante la época reaganiana el Departamento de Justicia ha seguido las teorías de la escuela de Chicago, para la que el *consumer welfare* y la *economic efficiency* son las nuevas guías del Derecho antitrust; Korah, V., “*EEC Competition Policy - Legal Form or Economic Efficiency*”, en *Current Legal Problems*, n°39, 1986, págs. 85 y 86, haciendo referencia a la importancia de la eficiencia económica para la administración norteamericana a partir de los años 80).

Frente a estos planteamientos, desde un enfoque post-Chicago, se argumenta:

1. La necesidad de primar la innovación frente a la mera rebaja de precios. Las eficiencias derivadas de la innovación aunque no resulten tan fácilmente constatables como las asociadas al incremento de la producción o a la rebaja de los precios, en un primer término, revierten a la larga en beneficio de los propios consumidores casi con mayor intensidad que las anteriores al permitirles el disfrute de productos novedosos. Si bien es cierto que, desde la estricta perspectiva del bienestar del consumidor, cuando los precios de los agentes en el mercado se encuentran claramente por debajo del precio competitivo a corto plazo se produce una redistribución de excedentes entre productor y consumidor que puede justificar la no intervención desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, a la larga ello perjudica al propio consumidor porque disminuye la innovación por la vía del recorte del presupuesto destinado a I + D [Ver Illene Knable Gotts, “*The Role of efficiency in integrated Merger analysis*”, Presentation to the FCT/DOJ Merger Enforcement Workshop (Feb. 19, 2004) disponible en www.usdoj.gov/atr/public/workshops/docs/202669.html; ver también Joseph Farrell & Carl Shapiro, “*Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis*”, 68 Antitrust L.J. 685 (2001)].
2. La necesidad de relativizar el criterio del beneficio inmediato del consumidor. Se trata de una búsqueda de ese bienestar más a largo plazo sobre la base de incrementos de la productividad, que no de la producción. [Tomas M. Jorde & David J. Teece: “*Antitrust Policy and Innovation: Taking Account of Performance Competition and Competitor Cooperation*”. 147/1 Journal of Institutional and Theoretical Economics 118-144 (1991)]. Una concentración conduce, por definición, a un mercado más concentrado en su estructura, lo que a corto plazo puede recortar el excedente del consumidor. Pero más a largo plazo, una concentración en una industria “*distressed*” puede ayudar a sanearla estimulando a otros operadores a participar en la misma. Conforme al criterio del bienestar de Kaldor-Hicks, las eficiencias derivadas del incremento del excedente del proveedor pueden llegar a ser más importantes que las ineficiencias derivadas del recorte del excedente del consumidor cuando el proveedor viene soportando el lastre de unas pérdidas persistentes. Esas pérdidas pueden, por ejemplo, derivar de la necesidad de invertir en una mano de obra cualificada lo que, aunque parezca indiferente desde la perspectiva del consumidor, es, desde luego, indispensable para el mantenimiento y bienestar de la industria de las telecomunicaciones.
3. La puesta en valor del factor del bienestar de la industria. A la hora de autorizar o no una concentración en los mercados de las telecomunicaciones debe considerarse, como

hemos dicho, la posibilidad de que la misma contribuya a su financiación y saneamiento permitiendo la supervivencia de las empresas activas en los mismos y el estímulo a la entrada de otras. Las concentraciones pueden permitir redirigir los excesos de capacidad para obtener economías de escala y de alcance pero, además, de densidad. Las primeras pueden ser importantes en telecomunicaciones, dada la envergadura de la inversión de capital requerida para la creación de la red y la posibilidad de incrementar la producción a través de actualizaciones de tecnología al mínimo coste variable. Sin embargo, son las economías de densidad las características de las industrias de red. Éstas son ahorros de costes que se producen cuando las redes de infraestructuras existentes se usan con mayor intensidad. La racionalización derivada de, p.e., una fusión entre redes paralelas puede servir para eliminar redes duplicadas y obtener economías de densidad entre las redes persistentes [Margaret Sanderson & Michael Trebilcock, “*Merger Review in Regulated Industries*” (3-4 Competition Law Roundtable, Univ. of Toronto Law and Economics Programme, Feb. 27, 2004)].

Recientemente, hemos asistido a un ejemplo de esto último con el anuncio de *Telefónica* y *Vodafone* de su deseo de integrar sus redes de telecomunicaciones móviles en los diferentes países en los que compiten. A comienzos de marzo de 2009 el diario británico *The Guardian* adelantaba que *Vodafone* y *O2*, la filial de *Telefónica* en Reino Unido, negociaban un pacto para fusionar sus redes en aquel país. Y lo anterior quería hacerse extensivo a España, Alemania e Irlanda, donde ambas empresas estaban también muy activas. La razón de compartir infraestructuras era hacer frente a la crisis económica y la consiguiente caída de la demanda por medio de una fuerte reducción de costes.

Haciendo síntesis de lo dicho ahora al ocuparnos de las eficiencias y de lo expuesto más arriba al tratar de la definición del mercado relevante, de su análisis y de la evaluación del juego de la competencia en el mismo, resulta la necesidad de, ante un caso de concentración dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, adoptar una perspectiva más amplia: **(i)** llevando hasta el máximo la dimensión del mercado considerando productos sustitutivos potenciales y no sólo actuales; **(ii)** considerando no sólo a los competidores actuales sino, además a los que puedan serlo en el muy corto plazo, para atenuar el grado de concentración del mercado; **(iii)** ampliando el plazo para la toma en consideración de competidores potenciales; **(iv)** ampliando el campo de aplicación de las eficiencias; etc.

En Europa, todo este planteamiento podrá resultar perfectamente extrapolable para los casos de concentración que impongan una valoración *ex post* del juego de la competencia, entre otros motivos, por la similitud de los instrumentos americanos con los europeos. En este sentido, se afirma que los riesgos derivados de permitir una fusión inapropiada en una industria en declive se verían más que de sobra compensadas por sus potenciales beneficios: si bien los daños en el largo plazo derivados de prohibir una operación beneficiosa resultan irreversibles, nada impide que la autoridad de la competencia, tras autorizar una operación de modo inadecuado, pueda revisarla en un futuro a fin de determinar si existe lesión de la competencia (se cita el mandato a *DuPont* de despojarse de su participación en *General Motors* más de cuarenta años después de su adquisición; *United States v. E.I. Du Pont De Nemours and Co.*, 366 U.S. 316, 1961).

Todo este planteamiento cabría hacerlo extensivo al mercado de los servicios de TV digital interactiva, los cuales participan, como vimos, del componente de mercado de comunicaciones electrónicas, pues los mismos admiten perfectamente la consideración de mercado en declive, en el sentido de mercado que, tras muchos años, no llega a emerger de modo definitivo, y en el que cualquier concentración, como la que se planteaba en el caso *BiB*, casi podría ser la única forma de propiciar su nacimiento (esa misma flexibilidad en la valoración de eficiencias y otros aspectos la tuvo la DG 4 a la hora de autorizar la operación, como hemos visto).

vii) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de los servicios de televisión digital interactiva

En este punto, la primera conclusión habría de ser la de que el mercado de los servicios de TV digital interactiva compartirá las barreras de entrada asociadas al mercado de los servicios de TV pago a los que vayan aquellos ligados, lo que dependerá en mucho de cuál sea la plataforma alámbrica, cable o ADSL, o inalámbrica, satélite u ondas hertzianas, en la que se asienten. Estos aspectos fueron ya tratados a propósito de los mercados de la TV de pago y de la audiencia o los telespectadores.

Sobre lo anterior, dejar reflejado que el mercado de los servicios de TV digital interactiva no supondrá ninguna barrera normativa añadida asociada a la exigencia de un título habilitante especial; en cuanto a las económicas, tal vez alguna en lo relativo a las inversiones en I + D; y, finalmente, en cuanto a las tecnológicas, las mismas pueden cobrar una especial importancia hasta el punto de dificultar no ya sólo la entrada de operadores en el mercado de referencia, sino la propia existencia del mercado en sí.

CAPÍTULO VII: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LOS RECURSOS ASOCIADOS A LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

1) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para Televisión de pago

a) Definición del mercado de producto pertinente de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago

Dentro de la parte de este mercado constituida por la prestación de servicios técnicos cabría incluir mercados de tangibles, como serían los de suministro de descodificadores y de tarjetas inteligentes, junto con otros de intangibles, como la tecnología o *software* necesarios para el cifrado o el encriptado de la señal y para su descodificación, así como para garantizar el acceso condicional.

Aún cuando la terminología empleada en las resoluciones de las autoridades de la competencia resulte confusa y tampoco sea fácil extraer unas nociones claras, dadas las complejidades de la técnica, sí parece que la codificación se relaciona con el encriptado de la señal respecto de los no abonados y que el descodificador es el aparato que permite a quien está suscrito al servicio descifrar dicha señal, en tanto que el acceso condicional guarda relación con el hecho de cada abonado pueda tan sólo disfrutar de las prestaciones efectivamente contratadas, siendo la llamada tarjeta inteligente que se inserta en el descodificador el medio para hacerlo efectivo. Según la nota al pie n.º 41 de la decisión de la Comisión en el asunto *Newscorp/Telepiù*: “Una tarjeta inteligente es un ordenador miniaturizado con un microprocesador, una memoria y un sistema operativo interno que se utiliza como barrera de seguridad que acepta o deniega el acceso a un servicio dado”.

En cuanto a los servicios administrativos y comerciales, vendrían a conformar un cajón de sastre donde tendrían cabida servicios, accesorios al principal de la TV de pago, con un contenido de lo más heterogéneo: gestión de abonados, captación de nuevos clientes, tratos con los distribuidores, control de altas y de bajas, cobro de impagados y recuperación de descodificadores, creación de bases de datos, por poner algunos ejemplos.

Como casos de identificación de este mercado podríamos citar los siguientes:

- 1) **Cablevision**. En el asunto *Cablevisión*, el TDC consideró como mercados de producto o servicios potencialmente afectados los tres siguientes: (1. º) tecnologías de cifrado, codificación y descodificación y acceso condicional y las normas de difusión de señales digitales; (2. º) servicios técnicos y administrativos para operadores de cable; (3. º) suministros de descodificadores y de tarjetas inteligentes. De estos tres sólo consideró como mercados afectados donde la competencia podía verse perturbada el segundo y el tercero a los que dotó, además, de sustantividad propia frente al de la TV de pago.
- 2) **Vía Digital**. En el asunto de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable*, el TDC concluyó – de forma diversa al caso recién mencionado de *Cablevisión* – que el mercado relevante de la TV de pago, entendida como la transmisión de señal encriptada ya con tecnología analógica ya digital, cualquiera que fuera el medio utilizado (cable, satélite u ondas hertzianas), absorbía, para comprender dentro de sí, los servicios accesorios de carácter administrativo, técnico y comercial.

- 3) **BiB.** En el asunto BiB, la Comisión, en lo atinente al mercado de los servicios técnicos, comerciales y administrativos para la prestación de los de TV interactiva digital y de pago, aun considerándolo rayano en este último mercado de la TV de pago, terminó por remitirse a algún otro pronunciamiento suyo en que atribuía a los mismos la consideración de mercado independiente (también en *Telia/Telenor*), en claro contraste con la posición mantenida por el TDC en el caso de *Sogecable* y *Vía Digital* expuesta en el párrafo anterior. Los contenidos de estos servicios eran los apuntados de gestión y captación de abonados, suministro de descodificadores y tarjetas inteligentes incorporando, en algún caso, los de acceso a la guía electrónica de programación.

A éstos, que eran comunes a ambos servicios de TV, había que añadir, sólo en cuanto a la interactiva digital, el sistema de gestión de operaciones financieras en un medio seguro (*transaction management system* o TMS), entendiéndose por tal el dispositivo informático que conectaba con los servidores en línea de los diversos proveedores de contenidos y dirigía las peticiones de pago de éstos al adquiriente mercantil. La Comisión no consideró oportuno para la resolución de la cuestión entrar a examinar si tal especialidad justificaba la existencia de un mercado separado referido a los servicios tan sólo relacionados con la TV interactiva.

Dentro del acceso condicional la DG4, con la ANR inglesa, entendió incluidos los servicios de guía electrónica de programación, en la medida en que controlaban el acceso del telespectador a los servicios de TV. La guía electrónica de programación (EPG) era el sistema de navegación que presentaba un listado de canales o servicios con el que los espectadores podían conectar las diferentes señales y así cambiar de canal o servicio. En RU existían una serie de normas emanadas de la ANR (*Ofitel*) tendentes a garantizar que los operadores no perturbaran el acceso de los telespectadores a las emisoras de acceso libre y a que los proveedores de EPG que lo fueran también de servicios de TV de pago trataran de igual manera los servicios de otros operadores que los suyos propios. En fin que, sobre la base de la Directiva 95/47, dichos servicios debían ofrecerse sobre una base justa, equitativa y no discriminatoria.

A pesar de su heterogeneidad, la existencia de este mercado podría resultar fácilmente confirmada mediante el test habitual del monopolio hipotético, sobre todo desde la óptica de la demanda, a partir del momento en cual constituyen insumos indispensables para que los operadores de plataformas de TV de pago puedan prestar los servicios de difusión televisiva a los usuarios finales. Por otra parte, es frecuente que las autoridades de la competencia ni tan siquiera invistan a éste de la condición de mercado con sustantividad propia en aquellos casos en los que los servicios técnicos, administrativos y comerciales sean prestados por el propio operador de TV; caso éste en el que tienden a considerar dicho mercado como accesorio y absorbido por el principal de la TV de pago (así en *Vía Digital*).

También el Servicio de Defensa de la Competencia en *Kort Gedding/Antena 3TV* identificó el mercado de los servicios técnicos que incluía el suministro del descodificador y del servicio de acceso condicional a través de la tarjeta inteligente así como los servicios de gestión de abonados.

Probablemente, la importancia de este mercado de los servicios técnicos se haya puesto de relieve, más que en otros casos, en el del lanzamiento de los servicios de TV de pago en Alemania. De esta cuestión se ocuparon dos decisiones conexas de la Comisión, a saber: (i)

Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 (Asunto IV/M. 1027 - *Deutsche Telekom/Beta Research*; Diario Oficial n° L 053 de 27/02/1999 p. 0031 - 0045); (ii) Decisión de la Comisión de la misma fecha que la anterior (Asunto IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*; Diario Oficial n° L 053 de 27/02/1999 p. 0001 - 0030).

En ambas el trasfondo era el mismo, a saber, el de la creación de empresas en participación para el control conjunto de los servicios técnicos accesorios por parte de los prestadores de servicios de TV ya por cable, ya por satélite. Lo anterior respondía a la voluntad de los agentes implicados de imponer *de facto* unos estándares únicos basados en el decodificador *d-box* y la tecnología de acceso *beta*, lo que se consideraba clave para el control también de los mercados principales.

En ambos casos fue identificado el mercado de los servicios técnicos que era, prácticamente, idéntico tanto para el caso de la TV por cable como para el de la TV por satélite. La Comisión hizo, no obstante, alguna matización respecto a la dimensión geográfica del mercado en uno y otro caso que traía causa del hecho de que no terminara de ser claro que TV por cable (“redes de cable”) y TV por satélite dieran, en el caso alemán, lugar a un único mercado de producto. Para la Comisión: (i) partiendo de un mercado principal de “redes de cable” la dimensión geográfica del mercado accesorio de los servicios técnicos sería nacional; (ii) partiendo de un mercado principal de “TV de pago” (por satélite) o de un mercado principal combinado cable/satélite, la dimensión geográfica de ese mismo mercado accesorio comprendería, además, la comunidad germanoparlante instalada en Austria, Bélgica, Suiza e, incluso, Luxemburgo.

En *Deutsche Telekom/Beta Research* y en *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, prescindiendo de la compleja articulación de las operaciones, de lo que se trataba era en fin de que *Deutsche Telekom* (incumbente alemán en telecomunicaciones activo en TV por cable), *Kirch* (activo en radiodifusión, contenidos y tecnología de digitalización y cifrado) y *Bertelsmann* (activo en radiodifusión), a través de empresas en participación (*Beta Research* y *Beta Digital*), intentaban monopolizar el mercado de los servicios técnicos para TV por cable o satélite.

La Comisión vetó todas estas operaciones entendiendo que lo contrario supondría la consolidación de un monopolio de *Deutsche Telekom* (a través de *Beta Research*) en el mercado de los servicios técnicos para TV por cable y la de otro monopolio de *Premiere* (que habría de resultar de la integración de las plataformas de TV de *Kirch* y *Bertelsmann*) a través de *Beta Digital* en el mercado de los servicios técnicos para TV por satélite.

Partiendo de un mercado combinado de los servicios técnicos para TV por cable y satélite, la operación, que entrañaría la implantación de un duopolio, habría también de ser prohibida porque, tal cual había sido enfocada y el grado de imbricación jurídica y tecnológica que implicaba entre ellas, no era previsible que *Deutsche Telekom-Beta Research* y *Premiere-Beta Digital* llegaran a empeñar competencia entre sí. En el caso de la TV por cable esa posición dominante se vería reforzada por la posición dominante de *Deutsche Telekom* en red de cable y en el de la TV por satélite por la posición también dominante de *Premiere* en recursos de programación y contenidos, lo que a la postre impediría cualquier intento de expansión de tecnologías competidoras.

Esta problemática enfrentada por la Comisión en las dos anteriores decisiones fue sólo una réplica de la dirimida por ella misma anteriormente en la Decisión de 9 de noviembre de 1994 (IV/M.469 - *MSG Media Service*; Diario Oficial n° L 364 de 31/12/1994 p. 0001 -

0020). En este asunto *Deutsche Telecom, Bertelsmann y Kirch* se proponían crear una sola empresa en participación (*MSG Media Service*) y no, como después intentaron, dos (*Beta Research* y *Beta Digital*), para la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV digital de pago.

Las razones para que la Comisión rechazara la operación fueron las mismas, en esencia: que si bien la creación de un monopolio en un mercado emergente como era el de los servicios técnicos para TV digital no tenía por qué ser prohibido, sí debía recaer esa prohibición cuando dicho mercado fuera a quedar cerrado a la competencia para el futuro lo que, claramente, ocurriría en el caso de que el principal operador de telecomunicaciones alemán y el principal de TV de pago por satélite impusieran unos mismos estándares que, por otra parte, no eran tecnológicamente neutros, con lo que los terceros competidores necesitarían del otorgamiento de licencias por parte de *MSG Media Service* (el caso *Cablevision* en nuestro país fue una reproducción bastante fiel del caso *MSG Media Service*).

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago

El mercado de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago tendría en opinión de la DG 4 (asunto BiB) dimensión nacional al ser de aplicación plena la definición geográfica propia de la TV de pago a este mercado que ya la DG 4 empezaba a considerar rayano en aquél (de igual opinión fue el TDC, que en el asunto de Vía Digital apuntó que este mercado sería accesorio y resultaría absorbido por el de la TV de pago). A lo anterior podría añadirse, para el caso de *BiB*, la existencia de un régimen regulador en el Reino Unido específico para esta clase de servicios ajustado a la normativa comunitaria sobre la materia.

En el asunto Cablevisión, el TDC entendió, en cambio, que los mercados de las tecnologías de cifrado, codificación y decodificación y acceso condicional y las normas de difusión de señales digitales, de una parte, y de los suministros de decodificadores y de tarjetas inteligentes, de la otra, tenían dimensión europea cuando menos. En el caso de la prestación de servicios técnicos y administrativos, esa dimensión entendió el TDC que era nacional.

Realmente, dentro de este mercado quedarían comprendidos otros varios cuya nota característica sería la de tratarse de bienes o servicios necesarios para la prestación de los servicios principales de difusión televisiva o, incluso, de TV digital interactiva. Ocurriría que, atendiendo a esa finalidad común y a la escasa entidad que, por separado, revisten cada uno de esos bienes y servicios, las autoridades de la competencia suelen englobarlos todos dentro de un mercado genérico de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV (si es que llegan a identificar este último mercado, toda vez que puede ocurrir que, como hemos visto, ni tan siquiera lo doten de sustantividad propia frente al mercado principal de la TV de pago o de la TV digital interactiva).

Desde el punto de vista que proporciona la prueba del monopolista hipotético, probablemente, fuera lo más acertado seguir el criterio del TDC en *Cablevision* (p.e., ante un IRSNTP de los decodificadores comercializados en España, un operador de TV de pago español no enfrentaría excesivos inconvenientes para adquirir los comercializados en Francia por la existencia de unos criterios europeos de normalización; en cambio, ante ese mismo

IRSNT, sería más complicado que ese mismo operador pudiera contratar los servicios administrativos y comerciales con una empresa asentada en Francia). En todo caso, tampoco parece que tenga un excesivo sentido el pararse a desglosar mercados dentro de éste de los servicios técnicos, administrativos y comerciales cuando las autoridades la competencia no lo hacen y cuando, prácticamente, todos sus pronunciamientos son concordes a la hora de concluir la dimensión nacional del mercado geográfico de referencia.

c) Entorno normativo del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago

i) Europeo

Antes de pasar a perfilar el entorno normativo que envuelve este mercado de que ahora nos ocupamos conviene mantener la advertencia de que, realmente, dentro de él sólo presenta especialidades de las que convenga ocuparse el sector de los servicios técnicos. Esta circunstancia nos permite prescindir de la regulación que pudiera corresponder a los servicios administrativos y comerciales que no presentan, como se viene diciendo, ninguna singularidad digna de mención.

Dicho lo anterior, las primeras normas a las que hay que estar son, como viene siendo habitual, las emanadas del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas:

- i. **Directiva Marco**. Así, la Directiva Marco comienza por afirmar en su Preámbulo (número 8) que sus disposiciones serán aplicables a los equipos de consumo utilizados para la TV digital.

Tras apuntar que la ya derogada Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión no imponía un servicio o sistema de televisión digital específico, ese mismo Preámbulo (número 30) llamaba la atención sobre el hecho de que, a través del *Digital Video Broadcasting Group*, los agentes del mercado europeo hubieran desarrollado una familia de sistemas de transmisión de televisión que fueron normalizados por el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI) para convertirse en Recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Se terminaba por apuntar que toda decisión de hacer obligatorias esas normas debía ir precedida por una consulta pública completa.

Por terminar con la Directiva Marco cabría acaso destacar algunas de sus previsiones relativas al fomento de la interoperabilidad de los equipos avanzados de TV digital mediante la adopción de una interfaz del programa de aplicación abierta y adecuada a las especificaciones adoptadas por un organismo europeo de normalización. Estos aspectos fueron tratados a propósito del entorno normativo europeo del mercado de los servicios de TV digital interactiva (pueden verse también los epígrafes correspondientes al estudio de barreras tecnológicas en este mismo mercado y en los de la difusión de TV y de la TV de pago).

- ii. **Directiva Acceso.** En el Preámbulo de la Directiva de Acceso (número 10) también se toma en especial consideración el suministro del acceso condicional a otros operadores en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias a fin de de propiciar la disponibilidad plena entre el público de una amplia variedad de programas y servicios. Se invita, además, a una revisión periódica de estas obligaciones por parte de las instituciones europeas y nacionales, revisión que podrá llegar a justificar su extensión a nuevas pasarelas como las constituidas por los APIs y las EPGs a fin de permitir el disfrute por los usuarios de los servicios avanzados de TV digital.

Dentro del articulado de la Directiva, es el Art. 5 el que prevé la posible imposición de esas obligaciones a los prestadores de servicios de acceso condicional con independencia de las obligaciones que de modo específico pudieran ser impuestas a las empresas con un poder significativo en el mercado con arreglo a las normas generales por la autoridad nacional de reglamentación. Algunos otros mandatos de esta Directiva dispuestos para los servicios de acceso condicional han sido ya tratados en otros apartados sin que sea, por tanto, del caso reiterarlos aquí.

- iii. **Directiva Autorización.** Otra de las Directivas específicas, la de Autorización, tan sólo se refiere en su Preámbulo a los servicios de acceso condicional para remitirse a otras normas que más adelante citaremos. Y así: *“Las disposiciones relativas a la libre circulación de sistemas de acceso condicional y la libre prestación de servicios protegidos basados en dichos sistemas se establecen en la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Por tanto, no es preciso que la presente Directiva incluya la autorización de dichos sistemas y servicios”*.
- iv. **Directiva Servicio Universal.** En cuanto a la Directiva Servicio universal, la misma abunda en lo concerniente a la interoperabilidad entre todos los equipos comercializados en la UE aptos para la recepción de programas de TV digital, lo que redundará en una mayor conectividad de los consumidores a través de sus aparatos de TV digitales. Para la consecución de lo anterior se insiste en la importancia de los ya reiterados procedimientos de normalización y estandarización.

El legislador europeo lo expresa así en esa misma Directiva: *“Es igualmente importante garantizar que los aparatos de televisión dispongan de conectores que puedan transferir todos los elementos necesarios de una señal digital, incluidos los flujos de audio y vídeo, la información sobre el acceso condicional, la información sobre el servicio, la información sobre el interfaz de programador de aplicaciones (API) y la información sobre la protección contra copias. Por lo tanto, la presente Directiva garantiza que la funcionalidad del interfaz abierto para aparatos digitales de televisión no se vea limitada por los operadores de red, los proveedores de servicios ni los fabricantes de equipo y continúe desarrollándose en consonancia con los avances tecnológicos”*.

Es el Art. 24 de la Directiva de Servicio universal el que impone a los Estados miembros el deber de garantizar la interoperabilidad de los equipos de consumo utilizados para la TV digital con sujeción a lo dispuesto en el Anexo VI de la propia Directiva. Éste se refiere a tres aspectos esenciales, a saber: **1)** la incorporación a esos equipos de funciones de descifrado de señales con arreglo al algoritmo de cifrado

común europeo gestionado por una organización europea de normalización reconocida; 2) la incorporación también de funciones de visualización de señales transmitidas en abierto; y 3) la interoperabilidad entre aparatos de TV analógicos y digitales mediante la incorporación de conexiones de interfaz abierta normalizada por un organismo europeo de estandarización.

Fuera del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas conformado por la Directiva Marco y por las Directivas específicas es posible que nos refiramos también a otras normas:

- i. **Directiva de servicios de la Sociedad de la Información**. En la UE, la regulación de los procedimientos de normalización y estandarización viene dada por la Directiva 98/34, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la Información (DO L 204 de 21.7.1998, p. 37/48). La finalidad última de la norma es la de evitar que la fijación de especificaciones técnicas a escala nacional pueda llegar a erigirse en obstáculo a la libre circulación de productos y servicios dentro del territorio de la UE.

La Directiva (Art. 1) se aplica a todos los servicios de la Sociedad de la Información, entendiendo por tales los prestados a distancia, por vía electrónica y a petición individual (*Vid Supra*). El mismo Art. 1 excluye del ámbito de aplicación de la Directiva los servicios de difusión televisiva contemplados en la Directiva de 89/552 (sin embargo, la exclusión no alcanzaría a los servicios de comunicación audiovisual a petición también cubiertos por esta última Directiva y por la Directiva de 2010 reguladora de los servicios de comunicación audiovisual). No obstante lo anterior y dadas las remisiones contenidas en la Directiva Marco, las previsiones de la Directiva 98/34 deberán complementar en la materia de que nos ocupamos a las de la propia Directiva Marco y a las de las Directivas específicas.

- ii. **Directivas sobre material eléctrico, sobre compatibilidad electromagnética y sobre equipos radioeléctricos**. A las pautas de normalización dimanantes de las Directivas que componen el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y de la Directiva 98/34 habrán aún de añadirse las impuestas por Directivas más específicas como la Directiva 2006/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L 374 de 27.12.2006, p. 10/19) relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión o la Directiva 2004/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004 (DO L 390 de 31.12.2004, p. 24/37), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética.

Cabría, en fin, añadir que las prescripciones de la Directiva 1999/5 CE, de 9 de marzo de 1999 (DO L 91 de 7.4.1999, p. 10/28), sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicaciones y reconocimiento de su conformidad no serían de aplicación, entre otros, a los equipos radioeléctricos de recepción destinados únicamente a la recepción emisiones de radiodifusión televisiva (v. Anexo I).

- iii. **Directiva sobre protección jurídica de los servicios de acceso condicional**. En cuanto a la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 1998 (DO L 320 de 28.11.1998, p. 54/57) relativa a la protección jurídica de los

servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso más arriba citada, su objetivo es la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros relativas a las medidas en contra de dispositivos ilícitos que permiten el acceso no autorizado a servicios protegidos (Art. 1). El concepto de servicio protegido englobaría los de radiodifusión televisiva y los de la Sociedad de la Información (en el sentido en que éstos se definen en la Directiva 98/34) siempre que se presten a cambio de remuneración y sobre la base de acceso condicional. De acuerdo con el Art. 2 por “servicios de acceso condicional” habrá que entender “*cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio protegido en forma inteligible a una autorización individual previa*”. El ámbito territorial de las previsiones de esta norma se han intentado ensanchar a través del Convenio europeo sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso de 20 de diciembre de 2011 (LCEur\2011\2163).

La Directiva impone a los Estados miembros la prohibición en su territorio de una serie de actividades infractoras tipificadas en el Art. 4, todas las cuales se relacionan con los dispositivos ilícitos, entendiendo por tales los equipos o programas informáticos diseñados o adaptados para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor del servicio (por ejemplo, su importación). A tenor del Art. 5 deberán las sanciones ser eficaces, disuasorias y proporcionadas al efecto potencial de la actividad infractora.

Sobre esta última norma pueden tener un cierto interés las conclusiones presentadas el 3 de febrero de 2011 por la Abogada General Sra. Juliane Kokott en los Asuntos acumulados C-403/08 (*Football Association Premier League Ltd y otros Contra QC Leisure y otros*-Petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice, Chancery Division*, Reino Unido) y C-429/08 (*Karen Murphy contra Media Protection Services Ltd*-Petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice, Administrative Court*, Reino Unido).

En el asunto C-403/08 se trataba de las demandas planteadas por la FAPL junto con las empresas responsables de la transmisión de los partidos en Grecia. La licenciataria en Grecia para la transmisión de partidos de la *Premier* era *NetMed Hellas SA*, que tenía prohibido por contrato, en la práctica, suministrar las correspondientes tarjetas decodificadoras fuera de Grecia. Los partidos se transmitían en los canales “*SuperSport*” de la plataforma *NOVA*, propiedad de “*Multichoice Hellas SA*”, que se encargaba de su explotación. Estas dos empresas griegas pertenecían en definitiva al mismo propietario y se las denominaba conjuntamente *NOVA*. La recepción de los canales *SuperSport* era posible mediante una tarjeta decodificadora de la señal vía satélite de *NOVA*. Las demandas versaban sobre el empleo en el Reino Unido de tarjetas decodificadoras extranjeras que permitían acceder a las transmisiones extranjeras en directo, vía satélite, de partidos de la *Premier League*. Las demandas se habían dirigido contra los suministradores de equipo y de tarjetas decodificadoras de la señal vía satélite a establecimientos de restauración y bares, que permitían la recepción de canales por satélite distintos de *Sky* (incluidos canales de *NOVA*) que transmitían en directo partidos de la *Premier League*, y contra concesionarios o gestores de cuatro establecimientos de restauración, es decir, pubs, que exhibieron las transmisiones en directo de partidos de la *Premier League*.

En el otro asunto C-429/08, se trataba de un procedimiento penal contra la Sra. Murphy, titular de un establecimiento de restauración (esto es, propietaria de un pub), que ofrecía los partidos de la *Premier League* utilizando una tarjeta decodificadora griega. *Media Protection Services Ltd.* entabló una acción privada contra la Sra. Murphy y logró, en primera y segunda instancia, que se le impusiera una pena pecuniaria toda vez que, según el fallo condenatorio, dicha tarjeta era un dispositivo ilícito, en el sentido de las normas de transposición de la Directiva 98/84. La Sra. Murphy recurrió ante la High Court contra esta condena.

En ambos asuntos se articulaban de modo complejo por los jueces ingleses cuestiones prejudiciales cuyo trasfondo era el de en qué medida las tarjetas descodificadoras griegas comercializadas en Reino Unido podían llegar a ser consideradas dispositivos ilícitos a la luz de la Directiva 98/84/CE, teniendo en cuenta que la exclusividad de las transmisiones vía satélite se garantizaba mediante la codificación de la señal.

A juicio de la FAPL, la Directiva prohibía la utilización de tarjetas decodificadoras fuera de la zona prevista para ellas, de modo que una tarjeta decodificadora vendida lícitamente en un Estado miembro se convertía en un dispositivo ilícito cuando se utilizaba en otro Estado miembro en contra de la voluntad de la empresa que emitía el servicio protegido.

En opinión de los importadores y de los titulares de pubs, por el contrario, la Directiva constituía el fundamento de la libre circulación de dichas tarjetas. Tal utilización de una tarjeta decodificadora vendida lícitamente no podía convertirla en un dispositivo ilícito. Es más, esa utilización era lícita conforme a la Directiva, porque el artículo 3, apartado 2, prohibía toda restricción al comercio de tarjetas decodificadoras lícitas.

Para la Abogada General había que partir de la definición de dispositivo ilícito. A los anteriores efectos, se entendía por dispositivo de acceso condicional (Art. 2.c): “*cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible*”; y por dispositivo ilícito (Art. 2.e): “*cualquier equipo o programa informático diseñado o adaptado para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor del servicio*”.

Por lo demás, seguía afirmando la Abogada General, el principio general de seguridad jurídica, que constituía un principio fundamental del Derecho de la Unión, exigía, en particular, que una normativa fuera clara y precisa, con el fin de que los justiciables pudieran conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar en consecuencia las medidas oportunas [Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko* y otros (C-308/06, Rec. p. I-4057), apartado 69]. Si había previstas disposiciones penales, había que respetar también el principio de legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que afirmaba que las reglas comunitarias debían definir claramente las infracciones y las penas que las castigaban (Sentencia *Intertanko* y otros citada, apartados 70 y 71.) Por tanto, si el legislador de la Unión quería de verdad proteger la compartimentación territorial de los mercados televisivos y sancionar la mera elusión de esta compartimentación por la vía de introducir en otros Estados miembros tarjetas decodificadoras lícitas en el Estado de origen, lo habría tenido que indicar mucho más claramente.

Así, para ella: *“Ahora bien, el tenor literal del artículo 2, letra e), de la Directiva 98/84 no tiene por objeto impedir la utilización de un dispositivo de acceso en contra de la voluntad del proveedor del servicio. Exige un equipo diseñado o adaptado para hacer posible el acceso sin autorización del proveedor del servicio. Así pues, esta definición comprende los equipos específicamente fabricados o modificados con ese fin. Por el contrario, la tarjeta decodificadora está diseñada precisamente para hacer posible el acceso con autorización del proveedor del servicio. El proveedor del servicio, la emisora griega, las vende precisamente con esa finalidad. Y la tarjeta decodificadora tampoco es objeto de adaptación alguna al trasladarla al Reino Unido. Sólo esta interpretación lógica es compatible con el objetivo general de la Directiva 98/84. Conforme a sus considerandos segundo y tercero, la Directiva ha de promover la prestación transfronteriza de servicios. Sería difícilmente compatible con ello que bastase el traslado transfronterizo de dispositivos lícitos de acceso condicional para declararlos dispositivos ilícitos”*.

Por lo que *“un dispositivo de acceso condicional fabricado por un proveedor de servicios o con su consentimiento y que se vende sujeto a una autorización limitada de uso en virtud de la cual el dispositivo únicamente puede utilizarse para acceder en determinadas circunstancias al servicio protegido, no se convierte en un «dispositivo ilícito», en el sentido del artículo 2, letra e), de la Directiva 98/84, si se utiliza para acceder al servicio protegido en un lugar, de una manera o por una persona al margen de la autorización del proveedor de servicios”*.

Ahora bien, de ello no se derivaba que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 98/84 prohibiera toda restricción al comercio de tarjetas decodificadoras, como pretendían los importadores de tarjetas y regentes de pubs. Era cierto que, a tenor de éste: *“los Estados miembros no podrán, por motivos que entren en el ámbito coordinado por la presente Directiva: (a) “restringir la prestación de servicios protegidos, o de servicios vinculados, que tengan su origen en otro Estado miembro”; (b) restringir la libre circulación de los dispositivos de acceso condicional”*, sin embargo, estas prohibiciones de restricción se debían matizar: las únicas que no se permitían eran las restricciones por motivos que entrasen en el ámbito coordinado por la Directiva.

El ámbito coordinado por dicha Directiva era (Art. 2.f): *“cualquier disposición relativa a las actividades infractoras que se especifican en el artículo 4”*. Así (Art. 3.1): *“cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para prohibir en su territorio las actividades enumeradas en el artículo 4, así como para establecer las sanciones y vías de recurso previstas en el artículo 5”*. Las actividades que debían prohibirse eran (Art. 4): *“(a) la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler o posesión con fines comerciales de dispositivos ilícitos; y (b) la instalación, mantenimiento o sustitución con fines comerciales de un dispositivo ilícito; el uso de comunicaciones comerciales para la promoción de dispositivos ilícitos”*.

Pero el artículo 3, apartado 2, no excluía las restricciones por otros motivos. El incumplimiento de estipulaciones contractuales en materia de accesibilidad de los programas en determinados Estados miembros, el hecho de que se facilitasen nombres o domicilios falsos al adquirir un dispositivo de acceso condicional o la utilización con fines comerciales de tarjetas decodificadoras destinadas al uso privado o doméstico no constituían medidas en contra de dispositivos ilícitos. Por tanto, no estaban comprendidas en el ámbito coordinado por la Directiva 98/84. Por consiguiente, el

artículo 3, apartado 2, de la Directiva 98/84 no se oponía a que un Estado miembro invocase una norma nacional que impidiera el uso de un dispositivo de acceso condicional en cualquiera de esos casos.

ii) Nacional

La regulación a escala nacional de los servicios técnicos corre en paralelo a la europea. De la Ley General de Telecomunicaciones de 2003 podrían destacarse ciertos preceptos. Así, el Art. 36 se ocupa del cifrado en las redes y servicios de comunicaciones electrónicas como medio de protección de la información transmitida y prevé la posibilidad de que se pueda imponer la obligación de facilitar a la Administración del Estado los algoritmos o el procedimiento de cifrado empleado o los aparatos de cifra a los efectos de su control conforme a la normativa vigente.

Bajo la rúbrica de “Evaluación de la conformidad de equipos y aparatos”, el Título IV contiene cuatro artículos – Arts. 39 a 42 – de cuyo contenido tal vez pudieran venir al caso las obligaciones de normalización técnica de las interfaces de red ofrecidas en España.

Sin embargo, la norma que reviste una mayor importancia es la contenida en la Disposición Adicional Séptima, que se remite a un Reglamento para la regulación de las condiciones aplicables a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas en materia de acceso condicional a los servicios de TV digital difundidos a los telespectadores con independencia del medio de transmisión utilizado. La misma norma contempla la posibilidad de que la CMT pueda, en la forma y para los servicios que reglamentariamente se determinen, imponer a los operadores que dispongan de interfaces de programas de aplicación y guías electrónicas de programación que faciliten el acceso a estos recursos en condiciones no discriminatorias, razonables y justas.

Tal exigencia de desarrollo reglamentario ha sido colmada por el Art. 24 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE nº 314, 30-Dic-2004).

Existen, también, una serie de normas nacionales, más o menos ajustadas a las europeas, en materia de normalización y estandarización. Así, mediante Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, de Regulación de la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información (BOE nº 185, 4-Ago-1999), fueron traspuestas al derecho español las prescripciones de la Directiva 98/34 citada más arriba.

El reglamento en cuestión pretende implantar mecanismos de transparencia obligando al organismo español de normalización – Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) – a comunicar, con la periodicidad y requisitos recogidos en la Directiva, a la Comisión Europea, a los organismos europeos de normalización – Comité Europeo de Normalización (CEN), Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) e Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI) y a los organismos nacionales de normalización de los demás estados miembros – enumerados en Anexo II del Real Decreto – los diversos proyectos de medidas nacionales de normalización.

Otras normas nacionales sobre estandarización buscan implementar aquellas otras Directivas más específicas como la 2006/95/CE o la 2004/108/CEE. La primera (o más bien

la Directiva 73/23 sustituida por ella), ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto 7/88, de 8 de enero, por el que se establecen las exigencias de seguridad del material eléctrico destinado a ser utilizado en determinados límites de tensión (BOE nº 12, 14-Ene-1988). En cuanto a la segunda, la norma a la que estar sería el Real Decreto 1580/2006, de 22 de diciembre, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos (BOE nº 78, 1-Abr-1994).

A diferencia de la normativa de implementación de la Directiva 98/34, cuya finalidad última sería la ya comentada de asegurar la libre circulación de productos servicios, la de desarrollo de estas otras Directivas más específicas iría animada más por razones de protección de la seguridad y de la salud pública.

Por su parte, la Directiva 98/84 sobre protección jurídica de los servicios de acceso condicional ha sido investida en nuestro país de la más enérgica protección, que es la brinda el Derecho penal. En efecto, el Art. 286 castiga con penas de prisión y multa al que, sin el consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión televisiva o suministre el acceso condicional al mismo, considerado como servicio independiente, a través de diversas conductas fraudulentas, ya expuestas al tratar del entorno normativo del mercado de los servicios de TV interactiva, y todas relacionadas con el empleo de equipos y programas informáticos no autorizados en otros Estados miembros de la UE y diseñados o adaptados para hacer posible dicho acceso.

Al margen ya de la normativa directamente de desarrollo de la europea, puede aludirse a ciertas referencias más o menos inconexas dentro de la legislación española. Así sucedía en el Anteproyecto de Ley General Audiovisual. En el Art. 3 se contenía un elenco de definiciones algunas de las cuales mantendrían relación con el mercado que estudiamos. Sería el caso de los servicios de Guía electrónica de programas definidos como servicios conexos a los de TV centrados en *“la información en soporte electrónico sobre los programas individuales de cada uno de los canales de radio o televisión, con capacidad para dar acceso directo a dichos canales o a otros servicios conexos o accesorios”*. También el de la difusión mediante acceso condicional que tiene lugar *“cuando la recepción de manera inteligible de los contenidos difundidos se encuentra limitada por un dispositivo físico o lógico que restringe su acceso a los receptores autorizados”*.

El Art. 8 imponía ciertas obligaciones a los titulares de un servicio de difusión, como la de permitir a los usuarios bloquear en los equipos de recepción el acceso total o parcial a ciertos canales cuando se tratara de servicios prestados bajo acceso condicional, la de asegurar que la información contenida en la EPG advirtiera del contenido de ciertos programas para la protección de los menores, la de hacer operativas las facilidades que incluyeran los titulares de canales o los prestadores de servicios conexos para propiciar el acceso de personas discapacitadas o con necesidades especiales, o la de facilitar gratuitamente a la Administración cinco descodificadores que permitieran la recepción inteligible de sus emisiones para permitir la inspección de éstas por las Autoridades competentes.

En el ámbito de la difusión de TV por cable, mandatos muy similares a los del Art. 8 del Anteproyecto de Ley citado se encuentran en el Art. 12 del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable, así, en lo referente a la posibilidad de bloquear canales a

iniciativa del usuario, a la protección de los menores y a la no exclusión de personas discapacitadas o con necesidades especiales.

Por terminar, en materia de interoperabilidad, tal vez el mandato más taxativo sea el contenido en la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 944/2005 por el que se aprueba el Plan Técnico de TDT que, sin ambages, dispone: *“Los equipos terminales de televisión digital terrestre deberán disponer de interfaces abiertos, compatibles y que permitan la interoperabilidad”*.

En la LGCA las referencias relacionadas con estos mercados apenas guardan algún paralelismo con las del borrador. El Art. 7 refiere parcamente que el acceso condicional debe permitir el control parental. Y, de acuerdo con el Art. 24.1.p.2, *“los sistemas y servicios de acceso condicional empleados para acceder al servicio de televisión digital terrestre en la modalidad de pago mediante acceso condicional deberán ser abiertos, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 24¹⁰ del Reglamento sobre mercados de comunicaciones*

¹⁰ Se deja transcrito:

“1. En relación con los sistemas y servicios de acceso condicional empleados en el acceso a servicios de radiodifusión y televisión digitales, con independencia de cuál sea el medio de transmisión utilizado, deberán cumplirse las siguientes condiciones:

a) Todo sistema de acceso condicional que se emplee deberá contar con la capacidad técnica necesaria para efectuar, con buena relación coste-eficacia, un transcontrol que permita a los operadores de la red la posibilidad de control completo de los servicios de difusión que empleen el sistema de acceso condicional en la totalidad de su red, así como en ámbitos inferiores al de cobertura de ésta, en particular y cuando sea pertinente, en el ámbito local o regional.

b) Los operadores y proveedores de los servicios de acceso condicional deberán ofrecer a los proveedores de servicios de televisión y radiodifusión digitales, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, medios técnicos que permitan a estos últimos habilitar la recepción de sus servicios por usuarios de los descodificadores gestionados por aquéllos.

c) Los proveedores de servicios de acceso condicional deberán llevar una contabilidad financiera separada en lo que se refiere a su actividad de suministro de dichos servicios.

d) Los titulares de los derechos de propiedad industrial relativos a los sistemas y productos de acceso condicional concederán las licencias a los fabricantes de equipos de consumo teniendo en cuenta los condicionantes técnicos y de mercado, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, sin subordinarse a condiciones que prohíban, disuadan o desalienten la inclusión en el mismo producto de:

1º Una interfaz común que permita la conexión con otros sistemas de acceso condicional, o bien

2º Medios específicos de otro sistema de acceso condicional, siempre que el beneficiario de la licencia respete condiciones razonables y apropiadas que garanticen, por lo que a él se refiere, la seguridad de las transacciones de los operadores de sistemas de acceso condicional.

2. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá revisar periódicamente la conveniencia de mantener la imposición de las condiciones relacionadas en el apartado anterior o decidir su supresión o modificación, para lo que deberá efectuar un análisis de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 .

Si como consecuencia del citado análisis la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determina que el mercado de servicios de acceso condicional se desarrolla en un entorno de competencia efectiva, podrá decidir la modificación o supresión de las obligaciones anteriores, e informará de ello a todas las partes interesadas con una antelación mínima de dos meses a su efectividad, siempre que dicha modificación o supresión no incida negativamente en las perspectivas de competencia efectiva en los mercados al por menor de servicios de televisión y radiodifusión digital o en los de sistemas de acceso condicional y otros recursos asociados.

En cualquier caso, no podrá determinar la modificación o supresión de estas condiciones cuando ello pudiera incidir negativamente en el acceso de los usuarios finales a los servicios de radiodifusión o televisión, o a los canales o servicios de programas de radio o televisión para los que, de conformidad con el apartado 4 de la disposición adicional séptima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, se hubieran establecido obligaciones de transmisión.”

electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración”.

d) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la creación de Cablevisión por Telefónica y Sogecable (caso Cablevisión)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso Cablevision (remisión)

Recordemos que la finalidad perseguida por las partes notificantes (*Telefónica* y *Canal Plus*) era la de ofrecer servicios técnicos, administrativos y comerciales a las cableoperadoras (además de a las operadoras locales de *Telefónica*) a través de una nueva entidad de carácter concentrativo y cooperativo (*Cablevisión*). En lo demás concerniente a la descripción de la operación y a la identificación de las partes de la misma hacer la oportuna remisión a los epígrafes correspondientes, Vg., los relativos a estas cuestiones que incluimos al estudiar el mercado de la TV de pago.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Cablevisión

Debe comenzar por advertirse que la autoridad de la competencia no realizó, en este caso, un análisis de la estructura de los mercados considerados, limitándose a valorar las posibles restricciones al juego de la competencia en los mismos.

Precisemos también que el TDC distinguió, en ese concreto asunto, algunos mercados más restringidos, dentro de éste, de los que sólo examinó dos: el primero, el propiamente dicho de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago y, el segundo, el del suministro de descodificadores y tarjetas inteligentes. Por tanto, no incidió especialmente en el de las normas o tecnologías para la difusión de señales de vídeo, cifrado, codificación, descodificación y acceso condicional.

En lo que concierne a la evaluación del juego de la competencia en esos dos mercados hacer las siguientes reflexiones. En primer lugar, *Cablevisión* tenía, para empezar, asegurada la demanda procedente de las filiales (operadoras locales) de *Telefónica*. En segundo término, aquella entidad resultante del acuerdo de concentración no habría de soportar los riesgos derivados del impago de abonados, a los que tendría acceso casi exclusivo gracias a su control sobre el bucle local, toda vez que, para compensar las consecuencias negativas de dicho impago, habría tan sólo de repercutir los costes en las cableoperadoras.

En tercer lugar, resultaría complicado que apareciera en el mercado alguna otra empresa de prestación de servicios integrales a operadoras de cable con el potencial necesario para competir con *Cablevisión*, tomando en cuenta que la misma habría de afrontar muy fuertes inversiones en el tramo de eje coaxial e ir saliendo ganadora en cada uno de los concursos

convocados para las distintas demarcaciones que habrían de ir resolviéndose independientemente los unos de los otros.

Por último, los términos de la operación, según los cuales el suministro de un paquete de servicios completos por parte de *Cablevisión* tendría sólo lugar a favor de las cableoperadoras que no entraran en competencia con las filiales de *Telefónica* ni pertenecieran, tampoco, a un grupo competidor, supondría una restricción más que, sumada a las anteriores, enervaría el juego de la competencia en el mercado considerado.

En lo referente al suministro de descodificadores y tarjetas inteligentes, hacer también algunas consideraciones. En el momento de plantearse la operación el parque de descodificadores y tarjetas inteligentes existentes estaba compuesto por los que *Canal Plus* había impuesto. Con capacidad para sólo 12 canales, no aptos para los servicios interactivos de banda ancha y diseñados para la descodificación de señales hertzianas (TV terrestre), los descodificadores se mostraban, ya en el momento de notificarse el proyecto de acuerdo, obsoletos. Los mismos eran cedidos a los abonados en depósito y, supuesto lo anterior, resultaba evidente el interés de *Sogecable* en ralentizar su sustitución a fin de permitir que fueran amortizados. Sentadas estas premisas, el TDC concluyó que uno de los efectos de la operación sería la creación de un mercado cautivo donde los proveedores de todos estos sistemas toparía con la ausencia de demanda.

e) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la creación de BiB por BT, BSkyB, Matshusita y Midland Bank (caso BiB)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso BiB (remisión)

En el asunto *BiB*, la DG4 se ocupó de analizar el juego de la competencia y la estructura del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, con la matización que reiteramos, de que dichos servicios iban referidos tanto a los servicios de TV de pago como de TV digital interactiva, los cuales, a su vez, conformaban sendos mercados. El cuarto mercado de producto era el de los canales deportivos y de cine para TV de pago. El supuesto era el de la creación de una entidad (*BiB*) dedicada a la prestación de servicios de TV digital interactiva a los televidentes. Para todo lo demás referente a la identificación de las partes y a la reseña de la operación valdría con remitirse a lo dicho sobre estos aspectos al tratar del mercado de la TV de pago.

ii) Análisis pre-concentración del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso BiB

En lo atinente a esta clase de servicios, necesarios para la prestación de los de TV interactiva digital y TV de pago, *BSkyB* disponía, a través de *Sky Subscribers Services Limited* (SSSL), de un permiso exclusivo en todo el ámbito territorial del Reino Unido e Irlanda para la oferta a terceros del sistema de acceso condicional digital *Videoguard* que era,

además, el utilizado por los diferentes operadores de cable y por *ONdigital* en digital terrestre. La posición en este mercado de *BSkyB*, en función de la que a su vez ostentaban en el de la TV interactiva y de pago las operadoras que adquirirían sus servicios, fue también calificada como dominante.

Uno de los términos del acuerdo notificado era el de que no podrían las partes conceder licencia o prestar servicios técnicos referidos a la mayor parte del soporte físico o lógico de una plataforma, distinta de *BiB*, que suministrara en UK servicios de TV interactiva digital. Otro, que las partes se comprometían a promover exclusivamente los descodificadores digitales por satélite, aptos para la prestación de los servicios de *BiB*, en tanto ésta los subvencionara a los abonados. En particular, y durante ese plazo, *BSkyB* no recurriría a otros distintos para la prestación de los servicios que le eran propios en el ámbito de la TV digital de pago.

Tras la operación, *BiB* y *BSkyB* ejercerían el control de acceso a los descodificadores digitales. La primera, en virtud del mecanismo por el cual los proveedores de servicios interactivos debían contribuir a los costes de subvencionar la adquisición de tales aparatos por los abonados. La segunda, dada su posición en el mercado de la prestación de servicios técnicos. De aquí que fuera poco probable que competidores eventualmente interesados en la prestación de servicios de TV digital pudieran explotar descodificadores distintos como consecuencia de los costes que ello podía suponer, de la renuencia de los consumidores a la adquisición de un segundo descodificador y del control ejercido por *BSkyB* en contenidos *Premium*.

En cuanto a esto último, la DG4 subrayó que la posición de una empresa en el mercado que ahora estudiamos dependía de la que a su vez ostentaran en el de la TV de pago las empresas que utilizaran sus servicios, y de ahí que la fuerte posición de *BSkyB* en TV de pago, respaldada por su titularidad de los más importantes contenidos *Premium*, fuera determinante de su posición dominante también en el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago.

La condición fundamental relativa a este mercado impuesta por la Comisión fue la consistente en la obligación de permitir el acceso de otros operadores a los descodificadores. A estos efectos, en la comercialización de los servicios de *BiB*, debía advertirse a los compradores de los equipos de que no existía obligación de abono a los servicios de TV de pago y que, de verificarse, podía serlo tanto a los servicios de *BSkyB* como a los de cualquier otro operador de TV de pago.

Aparte, las actividades de prestación de servicios interactivos de TV digital, por una parte, y de subvención y recuperación de costes de descodificadores, por otra, habrían de prestarse por empresas legalmente separadas, con distintos órganos gestores y con comprobación por auditores de que las transacciones entre ambas se desarrollaban en condiciones de mercado. Finalmente, *BSkyB* y *SSSL* confirmarían la disposición de ésta a poner en práctica acuerdos *Simulcrypt* con todos los proveedores de acceso condicional que administraran acceso a descodificadores de televisión digital no *SSSL* en el Reino Unido.

f) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la creación de Newco por Telia y Telenor (caso Telia/Telenor)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso Telia/Telenor (remisión)

En la Decisión de la Comisión de 13 de octubre de 1999, el supuesto a examen era el de la concentración en una nueva compañía, *Newco*, de *Telia* y *Telenor*, los principales operadores, sueco y noruego, respectivamente, de telecomunicaciones. La operación afectaba a muy diversos mercados de los que sólo algunos se relacionaban con el segmento de la difusión televisiva. Dentro de éste, los mercados identificados fueron el ya estudiado de la venta mayorista de derechos sobre contenidos, el de la adquisición y distribución de señal de TV que más adelante estudiaremos, el de la capacidad satelital del que, también, nos ocuparemos más abajo y, por último, éste que ahora estudiamos de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV. En lo demás relativo a la descripción de la operación y a la identificación de las partes, valdrá que nos remitamos a los epígrafes correspondientes del mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Telia/Telenor

Era éste un mercado limitado, pues la mayor parte de los grandes operadores de cable y DTH - *Telia*, *Telenor*, *Netcom/MTG* y otros – tenían internalizada la prestación de estos servicios. No obstante lo anterior, la Comisión constató que las partes suministraban servicios de esta índole a otros operadores de menor entidad, con menor alcance si cabe en el caso de *Telia*, cuya actividad comercial en dicho ámbito apenas si quedaba constreñida a prestar ciertos servicios técnicos a operadores de redes de poca envergadura presentes en el mercado danés.

En esta materia tal vez fuera lo más digno de mención la realización por *Telenor* de fuertes inversiones con que costear el proyecto *Conax*, consistente en el desarrollo de un sistema patentado digital de acceso condicional y una interfaz de programas de aplicación cuya implantación, se verá, habría de restringir el juego de la competencia.

En fase de instrucción las partes habían venido a observar que la adopción en 1997 de las normas *Eurobox* por parte de varios operadores europeos de TV por cable y, en 1998, de unas especificaciones comunes para un descodificador basado en normas europeas por parte de los principales distribuidores de TV y organismos de radiodifusión en el marco del proyecto *Nordig* iban a permitir a los clientes cambiar de proveedor de servicios de TV manteniendo su equipo. También reconocieron que el proyecto *Conax* resultaba ser incompatible con las normas *Eurobox*.

Durante la investigación los terceros expresaron su preocupación por el hecho de que la concentración propuesta pudiera ofrecer a *Newco* el estímulo y la capacidad necesarios para

abandonar el proyecto *Nordig* e incluso llegar a imponer de forma generalizada el sistema patentado *Conax*, incompatible con aquél, merced a la existencia de un importante número de descodificadores ya comercializados.

Como consecuencia, si *NetCom/MTG* o cualquier otro proveedor deseara empezar a ofrecer servicios DTH digitales, los clientes de *Canal Digital – Telenor* - sólo podrían contratar los servicios de aquellos mediante la adquisición de un nuevo descodificador. De lo anterior resultarían también importantes restricciones al juego de la competencia en este mercado delimitado.

g) El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en el caso de la integración de Vía Digital en Sogecable (caso Vía Digital)

i) Reseña de la operación e identificación de las partes en el caso Vía Digital (remisión)

Recordando la descripción del caso hecha al tratar del mercado de la TV de pago, reparar en que el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales fue uno de los accesorios absorbidos por el principal y relevante de la TV de pago.

Hacer, por lo demás, la matización de que el TDC englobó dentro de aquél el de la capacidad satelital pese a que la DG 4 tendía a dotar a este último de sustantividad propia (véase si no el caso *Telia/Telenor* a que nos acabamos de referir). De lo anterior que, en lo que a la integración de las plataformas digitales en España se refiere, y respetando la sistemática del TDC, dejemos hechas en sede de este mercado todas las reflexiones referentes al de la capacidad satelital, sin perjuicio de que el mismo lo tratemos más adelante como mercado independiente.

ii) Análisis pre-concentración del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales y evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso Vía Digital

En cuanto a los servicios accesorios administrativos y comerciales (gestión de abonados, captación de nuevos clientes, tratos con los distribuidores, control de altas y bajas, recuperación de deuda y descodificadores, confección de bases de datos, por poner ejemplos), *Sogecable* los tenía subcontratados y *Vía digital* los gestionaba a través de una empresa de su titularidad.

Por lo que se refiere a los servicios técnicos, los descodificadores utilizados por *Sogecable* y *Vía Digital*, y después alquilados a los abonados, les eran suministrados por firmas diferentes. De otra parte, el *software* de acceso condicional y el *software* interactivo, los adquiría *Sogecable* de empresas de su grupo, en tanto que a *Vía digital* le proveían terceros. Ambos eran productos necesarios para la prestación de servicios de TV de pago. El *software* de acceso condicional permitía denegar la descodificación para ver los programas a quien no tuviera la estructura de descodificación necesaria y una suscripción en vigor. El *software*

interactivo permitía al operador de TV conceder el acceso a los servicios interactivos para lo que se usaba el control remoto del descodificador.

Además, y por las razones expuestas más arriba en la reseña del caso, trataremos aquí del segmento de la capacidad satelital, sin perjuicio de tratarlo como mercado independiente en otras partes de este trabajo. En lo tocante a dicho segmento, la oferta era la referida a la capacidad satelital geoestacionaria, la única capaz de ser empleada para la prestación de servicios de TV por medio de transpondedores para hacer llegar la señal ya a los abonados directamente ya a los operadores de TV por cable. Esta capacidad le venía a *Sogecable* de *Astra* y a *Vía digital* de *Hispasat* (participada por *Telefónica* en un 16 %).

Sentado que todos los mercados objeto de examen en el presente epígrafe quedaban embebidos, en opinión del TDC, en el relevante de la TV de pago, realmente, valdría aquí todo lo dicho en su lugar en materia de restricciones sobre el juego de la competencia en el mercado relevante de la TV de pago.

En cuanto a las consideraciones vertidas por los proveedores de capacidad satelital, pudiera destacarse lo que sigue, empezando por las que lo fueron por *Ses Astra*. Era ésta la empresa que operaba el sistema de satélite *Astra*, dedicado a la transmisión de señales *direct to home*, principalmente. *Astra* – se decía – no presentaba ningún grado de integración vertical con quienes adquirirían sus servicios y tampoco funcionaba con sumisión a principios de exclusividad. *Sogecable* era su cliente clave y representaba para ella el 40 % de sus ingresos en la huella relevante. De *Hispasat*, su competidor, dijo que era un satélite integrado verticalmente cuyos dos accionistas más significativos eran *Eutelsat*, uno de los rivales más destacados de *Ses Astra* en el mercado europeo, y *Telefónica*, tradicional operador de telecomunicaciones e importante cliente de *Eutelsat* a la vez que el principal de *Hispasat*.

Ses Astra insistió en el dato de que *Hispasat* disfrutaba de derechos exclusivos vía concesión administrativa respecto de los activos orbitales españoles (posición orbital geoestacionaria atribuida al Estado español) y en el de que era el primer oferente de capacidad satelital *direct to home* en la huella relevante, en la que contaba también con la más amplia variedad de clientes, con *Vía Digital* como uno más, y de servicios. Por su alto grado de integración vertical, no estaba, como *Astra*, necesitado de un cliente ancla y su poder de mercado casi le permitía ejercer funciones de guardián o portero en el segmento considerado de la capacidad satelital.

Pasando a las argumentaciones de *Hispasat*, éstas fueron, básicamente, las consistentes en mantener que, contando con que la plataforma resultante de la fusión fuera a contratar los servicios de un único proveedor de capacidad satelital y que la elección terminara recayendo en ella, ello supondría una disminución de los ingresos de *Astra* de sólo el 3 %, dada la reciente fusión entre *Ses* y el operador norteamericano *Ge Americom*. La elección de *Ses Astra* implicaría en cambio una reducción de los ingresos de *Hispasat* rondando el 25 %, la puesta en peligro de su viabilidad empresarial y, en fin, una importante reducción de la competencia en un mercado con fuertes barreras de entrada como era el de la capacidad satelital.

Dejando ya al margen las consideraciones de estos dos operadores satelitales, y a título más bien general, cabría, finalmente, observar como un factor importante de atemperación de los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales inscritas dentro del grupo de marca única podría ser el de una importante competencia inicial entre proveedores con vistas a

hacerse con la marca única y otro de agravación el de una excesiva duración del vínculo contractual del que dicha marca única deriva (Vg., un alto grado de competencia entre *Astra* e *Hispasat* para lograr la marca única en el mercado de la capacidad satelital con respecto a cierta plataforma de TV de pago por satélite hará que las pretensiones económicas de quien resulte vencedor no resulten excesivas, pero una excesiva duración de esa situación de marca única terminará por hacer que esa eficiencia competitiva inicial termine por degradarse) (V. Directrices sobre restricciones verticales).

h) Barreras a la entrada en el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago

Para todo lo concerniente a barreras de entrada en este mercado, debe partirse de que se trata de un mercado accesorio y absorbido por el de la TV de pago. La inmediata consecuencia que de lo anterior deriva es la de que los obstáculos a la entrada en este mercado representan, a la vez y por esa razón, escollos que sortear para poder competir en el mercado principal de la TV de pago.

Lo anterior puede aún completarse con alguna otra consideración y así, aun cuando todos los servicios que hemos encuadrado en este mercado se hayan venido vinculando al citado mercado de la TV de pago, lo cierto es que la culminación del proceso de digitalización en el campo de la TV terrestre hace que algunos de esos servicios sean también necesarios en el ámbito de la TV en abierto, fundamentalmente los servicios relacionados con el suministro de descodificadores y de guías electrónicas de programación.

Dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, realmente, los que suponen una peculiaridad son sólo los primeros. Los servicios administrativos, como los de control de impagados, o los comerciales, como los de captación de abonados, no presentan en el ámbito de la TV de pago ninguna singularidad digna de mención con respecto a otros mercados. Por esta razón, pasaremos a centrarnos en los servicios técnicos, en el sentido en que quedaron más arriba definidos, es decir, comprendiendo tanto el suministro de equipos (Vg. descodificadores) como de tecnologías, *software* y otros conocimientos necesarios.

Así, centrados en los servicios técnicos, podríamos empezar por decir que las **barreras de carácter económico** no juegan un papel especialmente importante, por más que puedan imaginarse algunos ejemplos de las mismas, Vg.: la inversión en I + D para el desarrollo de sistemas de acceso condicional o la subvención de los descodificadores que se suministran a los clientes de TV de pago.

Tampoco las **barreras de naturaleza normativa** tendrían que cobrar una especial significación en un entorno de normalización y armonización de los servicios técnicos como el que tiende a imponerse a escala europea. Aún siendo cierto lo anterior, no dejan de encontrarse excepciones a esta regla en la historia relativamente reciente, como la que pasamos a reflejar.

De barreras de entrada de tipo normativo se ocupó el auto del TC 80/2001, de 3 de abril. El supuesto a examen era el de la sumisión en el régimen jurídico a la sazón vigente – Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite aprobado

por Real Decreto 136/1997 (desarrollando la Ley 37/1995, de 12 de diciembre) - de la actividad de TV digital a tres previas decisiones de la Administración, a saber, homologación de los descodificadores, que debían cumplir ciertas condiciones técnicas, inscripción de las empresas comercializadoras en un registro administrativo de operadores existente en la CMT y autorización administrativa para dar comienzo a las emisiones.

Tales exigencias, dependientes entre sí, las reputaba la parte recurrente, *Canal Satélite Digital*, innecesarias, desproporcionadas e injustificadas desde el punto de vista constitucional y, en cuanto tales, vulneradoras de la libertad de expresión consagrada en el Art. 20 de la Norma Fundamental. No fue esta la opinión del Tribunal para el que, prescindiendo de su compatibilidad o no con el derecho comunitario, tales exigencias resultaban ser desde el prisma constitucional de las libertades de expresión e información absolutamente irrelevantes.

Mayor suerte corrieron las pretensiones de la demandante en amparo en sede europea, y así en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 22 de enero de 2002 (asunto C-390/99), que vino a resolver la cuestión prejudicial planteada por el TS en el recurso Contencioso-administrativo – recurso directo - formulado por *Canal Satélite Digital* contra el Real Decreto 136/1997.

Para el TJUE, el hecho de que la Directiva 95/47, sobre el uso de las normas para la transmisión de señales de TV, no previera mecanismos administrativos para verificar el cumplimiento por los Estados miembros de las obligaciones que les incumbían en virtud de dicha directiva, no tenía por qué suponer que dichos Estados no pudieran imponer un procedimiento de autorización previa que impusiera la inscripción en un registro y la obtención de un informe técnico de las autoridades nacionales para comercializar aparatos, equipos, descodificadores o sistemas para la transmisión o recepción digital de señales de TV por satélite y para la prestación de los servicios correspondientes.

Ahora bien, en la medida en que tales exigencias podían suponer una restricción de las libertades de circulación de mercancías y prestación de servicios, para estar justificadas, debían perseguir una finalidad de interés general reconocida por el derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de no ir más allá de lo estrictamente necesario para la consecución de los objetivos propuestos.

Para esto último: **(1)** dichas exigencias debían basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, a fin de excluir toda arbitrariedad en su apreciación por las autoridades nacionales; **(2)** no podían suponer una duplicidad de los controles ya verificados bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro diferente; **(3)** el control previo sólo resultaba admisible cuando el control *a posteriori* no fuera bastante a la consecución de la finalidad perseguida; y **(4)** dicho control previo no era de recibo cuando, por su duración o por los gastos generados, disuadía a los operadores de llevar adelante su proyecto.

Lo anterior se saldó con el deber de la Administración de indemnizar a *Sogecable* con la cantidad de 26,4 millones de euros por diversos conceptos: obligación de realizar las emisiones desde Luxemburgo, ganancias dejadas de obtener, gastos de asesoramiento jurídico, etc. (STS; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª; Sentencia de 12 junio 2003, RJ 2003\8844). El Tribunal Supremo entendió en este caso que se daban los ya tradicionales presupuestos de la responsabilidad extracontractual, a saber: a) la ilicitud del

acto concretada en la violación de las disposiciones de Derecho comunitario; b) la existencia de los daños que se acaban de referir; y c) la existencia de un nexo de causalidad entre unos y otros.

Dejando ya atrás las referencias a las barreras económicas y normativas, es posible adentrarse en las *de carácter tecnológico* que, tradicionalmente, han sido las de mayor relevancia en el ámbito de los servicios técnicos para TV de pago. Y decimos tradicionalmente, porque la fuerza de los principios de neutralidad tecnológica e interoperabilidad las ha atenuado hasta tal punto que el TDC (asunto *Vía Digital*) concluyó la inexistencia de tales barreras de entrada.

En cualquier caso, por no andar reiterando lo ya dicho, nos remitimos en este punto a otros epígrafes de la tesis como los dedicados a las barreras de entrada tecnológicas dentro de los mercados de la TV de pago y de la audiencia o de los telespectadores y a las barreras de entrada dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva. La lectura de estos epígrafes, junto con la de los que preceden referentes al entorno normativo correspondiente a este mercado, debe ya valer como ilustración bastante de todo lo concerniente a las barreras tecnológicas de entrada en el sector de los servicios técnicos.

i) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para televisión de pago (remisión)

Razones de brevedad y la similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas aconsejan agrupar su estudio más adelante en un solo apartado.

2) EL MERCADO DE LAS LISTAS CON EL AVANCE DE LOS PROGRAMAS DE TELEVISIÓN

a) Definición del mercado de producto pertinente de las listas con el avance de los programas de televisión

En el caso *Magill*, la DG 4 identificó como mercado de producto relevante el de las listas con el avance de los programas de radio y TV (así como las guías en que las mismas se publicaban).

Esas listas eran hojas con resúmenes de programación que, en ocasiones, incorporaban una información suplementaria y que eran enviadas gratuitamente, previa petición, a los periódicos y, en algunos casos, a revistas.

Dichas listas contenían una enumeración de los programas que se iban a emitir por o en nombre de un determinado organismo de radiodifusión en un período de tiempo dado. La información que en las mismas se insertaba incluía el título de cada uno de los programas a difundir, el canal, la fecha y la hora de la transmisión.

El Tribunal de Primera Instancia, en alguna de las sentencias a que nos referiremos, vino a apreciar la existencia de un tercer mercado que absorbería los dos antecitados – listas y guías donde las listas se incluían-, a saber, el de la información exhaustiva (en el sentido de para todas las cadenas) sobre los programas de TV.

En concreto señaló el TPI:

“En efecto, el mercado de las listas semanales y el de las revistas de televisión en las que aquéllas se publican constituyen submercados del mercado de la información exhaustiva sobre los programas de televisión. Ofrecen un producto, la información sobre los programas semanales, que tiene una demanda específica, tanto de los terceros que desean publicar y comercializar una guía exhaustiva de televisión como de los telespectadores. Es cierto que los primeros no pueden editar dicha guía si no poseen todas las listas con el avance de los programas semanales que pueden captarse en el mercado geográfico de referencia. Respecto a los segundos, debe destacarse, como la Comisión hace constar acertadamente en su Decisión, que la información sobre los programas existentes en el mercado cuando se adoptó la Decisión, es decir, la lista completa de los programas correspondientes a un período de veinticuatro horas, léase de cuarenta y ocho horas en fin de semana o la víspera de los días festivos, publicada en algunos diarios y dominicales, así como las secciones de televisión de determinadas revistas, que contienen, además, una «selección» de los programas de la semana, sólo pueden suplir en pequeña medida una información previa de los telespectadores sobre la totalidad de los programas semanales. En efecto, sólo las guías semanales de televisión, que contienen todas las listas con el avance de los programas de la semana siguiente, permiten a los usuarios prever con antelación las emisiones que desean seguir y, en su caso, planificar en consecuencia sus actividades recreativas de la semana”.

Usualmente, las listas de programación incorporaban una copia de la nota sobre los derechos de autor, o al menos una referencia a la misma, o los términos de la autorización de la que se inferían los límites con sujeción a los cuales los editores podían reproducir la información que en aquéllas se incluía con destino a los telespectadores y radioyentes del Reino Unido, Irlanda o de una parte sustancial de estos territorios. Los proyectos de las listas de programación existían ya meses antes de la fecha prevista de emisión y se iban sucediendo por otros cada vez más precisos hasta que la lista semanal quedaba confeccionada un par de semanas antes de su publicación haciéndose ya sí un producto comercializable.

Por lo demás, no puede dejar de advertirse que la digitalización ha venido también a ejercer su influencia sobre este mercado de que ahora nos ocupamos en el sentido de que el destino natural de la información sobre programación será, más que el soporte papel constituido por revistas y periódicos, el electrónico consistente en las Guías Electrónicas de Programación. Éstas, las EPGs tienden a ser incluidas dentro del mercado de los servicios administrativos, técnicos y comerciales para TV, siendo esta la razón de que nos hayamos decantado por incluir este mercado que comenzamos ahora a estudiar dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.

En cualquier caso, la sustantividad del mercado de la información exhaustiva sobre programas de televisión no arroja sombra de duda desde el momento en que los periódicos o revistas (o los proveedores de servicios de Guía Electrónica de Programación) no tienen la opción de sustituir esa información por ninguna otra (sustituibilidad de la demanda). Un análisis desde la perspectiva de la sustituibilidad de la oferta llevaría a las mismas conclusiones desde el momento en el que la existencia de importantes barreras de entrada de tipo normativo, conformadas por los derechos de propiedad intelectual sobre la información, impediría apreciar la existencia de otros servicios informativos de la misma gama; en definitiva se trataba de un insumo esencial, único e insustituible.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de las listas con el avance de los programas de televisión

El mercado de las listas con el avance de los programas para TV tendría – en el caso *Magill*, y haciendo conjeturas, pues la Comisión no lo especificó – la dimensión geográfica correspondiente a los territorios del Reino Unido, Irlanda e Irlanda del Norte donde se emitía la programación a que las guías iban referidas. Al tratarse de un mercado accesorio a los de la difusión televisiva, el criterio para la definición del mercado geográfico de referencia tendría que ser el habitual en las resoluciones de las autoridades de la competencia consistente en atender a la dimensión geográfica del mercado principal.

Aplicando, también en este caso, el criterio de la sustitución de la demanda, resultaría que para los medios impresos (periódicos y revistas) y los electrónicos (EPGs) ningún sentido tendría el acudir a la información proporcionada por otros difusores asentados en ámbitos geográficos (nacionales) diferentes a aquellos donde residieran los lectores de los primeros o los usuarios de los segundos. Asimismo, desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, resultaría inverosímil el que esos otros difusores asentados en otros estados, p.e., Alemania, pasaran a facilitar a los medios españoles información sobre la programación de los difusores españoles.

c) Entorno normativo del mercado de las listas con el avance de los programas de televisión

La ausencia de previsión específica sobre esta materia dentro del ordenamiento jurídico comunitario nos llevará a centrarnos en el nacional y, en concreto, en el español. Dentro de éste podríamos pasar a referirnos a los siguientes hitos normativos:

- 1) **Ley 25/94 de la Ley de Incorporación al derecho español de la Directiva de televisión sin fronteras.** Dentro del ordenamiento español, la norma básica era, antes de su derogación, la contenida en el Art. 18 de la Ley 25/94 de la Ley de Incorporación al derecho español de la Directiva de televisión sin fronteras. Este precepto en su redacción inmediatamente anterior a su derogación por la LGCA era fruto de la modificación operada en la propia Ley 25/94 por la Ley 22/99, de 7 de junio (BOE nº 136, 8-Jun-1999).

En palabras del legislador reflejadas en la Exposición de motivos de esta última Ley: *“Pero, además, la necesidad de modificar la Ley 25/1994, para dar cumplimiento a los compromisos del Estado español dentro de la Unión Europea, ha aconsejado aprovechar la ocasión [...] para limitar la consolidación de ciertas prácticas, como la denominada contraprogramación de los operadores de televisión, reconociendo los derechos de los usuarios, en cuanto telespectadores, a recibir una información adecuada y verídica sobre la programación prevista”.*

El Art. 18 citado, que llevaba la rúbrica de “Derecho a la información” era del tenor siguiente: *“De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.1.d) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, constituye un derecho de los telespectadores, en cuanto usuarios, el conocer, con antelación suficiente la programación de televisión, incluidas las películas cinematográficas y la retransmisión de espectáculos. El Gobierno y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos competenciales, desarrollarán reglamentariamente el procedimiento para hacer efectivo este derecho. Sólo serán posibles las modificaciones en la programación anunciada que sean consecuencia de sucesos ajenos a la voluntad del operador de televisión y que no hubieran podido ser razonablemente previstas, en el momento de hacerse pública su programación”.*

Ese precepto de la Ley 26/1984 disponía, en efecto, *“Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: [...] d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”.* La Ley 26/1984 ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, pero la misma previsión se mantiene en el Art. 8 del texto refundido.

- 2) **Anteproyecto de la Ley General Audiovisual.** Mencionar también el Anteproyecto de Ley General Audiovisual – el cual respetaba la vigencia de la Ley 25/94 – que en su Art. 61 ordenaba que *“Los servicios de Guía Electrónica de programas distribuidos por un servicio de difusión por ondas hercianas terrestres con tecnología digital, deberán incluir todos los canales ofrecidos por esa vía de transmisión por los restantes*

servicios de difusión con el mismo ámbito de cobertura” y que, en el 24, obligaba a los titulares de canales establecidos en España, a suministrar a los responsables de los servicios de Guía Electrónica de Programas “información sobre la programación prevista con la anticipación necesaria para que pueda incluirse en su caso en la Guía Electrónica de Programas”.

- 3) **Ley general de Comunicación audiovisual de 2010.** Como sabemos ya, la Ley 25/1994 ha sido derogada por la LGCA. En ésta última, es el Art. 6 el que trata del derecho a una comunicación audiovisual transparente y el que dispone, en lo que ahora nos concierne, en su apartado 2, que: *“Todos tienen el derecho a conocer la programación televisiva con una antelación suficiente, que en ningún caso será inferior a 3 días. En el caso de la programación televisiva, además la programación se dará a conocer mediante una guía electrónica de programas, cuyo contenido gratuito básico deberá estar asimismo disponible en un servicio de información de programación en Internet mediante un archivo procesable por máquinas, de formato descargable, cuya estructura deberá ser de conocimiento público, y ubicado en una página web cuya disponibilidad será responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual. La programación sólo podrá ser alterada por sucesos ajenos a la voluntad del prestador del servicio audiovisual o por acontecimientos sobrevenidos de interés informativo o de la programación en directo. El servicio de información de la programación en Internet deberá disponer de mecanismos de aviso de que la programación ha sufrido modificaciones de última hora”.*
- 4) **Reglamento de 1999 regulador del derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir.** En el ámbito estatal, el desarrollo reglamentario al que se remitía el Art. 18 de la Ley 25/1994 derogada se materializó en el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre (BOE nº 233, 29-Sep-1999), por el que se aprobó el Reglamento que regulaba el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollaban otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio. Esta norma reglamentaria se mantuvo inicialmente en vigor tras la LGCA hasta su derogación por la que más abajo referiremos. Así:
- a) ***Contenido normativo.*** El Art. 1 definía el ámbito subjetivo de aplicación del propio Real Decreto en términos que, en resumen, suponían la sumisión a su imperio de todos los servicios de TV cuya inspección y control no se atribuyera a las Comunidades Autónomas. Estas últimas eran competentes en relación con los servicios de TV cuyo ámbito de cobertura no rebasase su respectivo ámbito territorial y con aquellos otros cuya prestación se realizase directamente por ellas o por entidades a las que hubieran conferido un título habilitante dentro del correspondiente ámbito autonómico.

El alcance del derecho de información quedaba delimitado en el Art. 2, conforme al cual los operadores de TV deberían hacer pública su programación diaria con una antelación de, al menos, tres días respecto del día al que la citada programación se refiriese. El plazo de once días fijado por el Real Decreto en su redacción originaria fue reducido a tres por el Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprobó el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable. En la Exposición de motivos de esta norma podía leerse algo como lo siguiente: *“Además, la disposición final primera del presente Real Decreto*

modifica el Reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollan otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio, aprobado por el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, reduciendo el plazo en el que debe hacerse pública la programación anunciada, de acuerdo con la evolución de la tecnología y el incremento de la oferta de canales de televisión a disposición de los usuarios. La modificación del reglamento aprobado por el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, quiere reforzar además los mecanismos de autorregulación con objeto de que los operadores de televisión puedan llegar a acuerdos para facilitar a los medios interesados, con mayor anticipación de la exigida legalmente y evitando cualquier discriminación, la información sobre sus programas”.

Siguiendo con el Art. 2 del RD 1462/1999, matizaba el apartado segundo de dicho artículo que se entenderían cumplidas sus previsiones *“desde el momento que el operador de televisión hiciera pública su programación en las páginas de teletexto, para la programación de sus emisiones en analógico y la Guía Electrónica de Programas, para la programación de sus emisiones en digital, o por cualquier otro medio, en el supuesto de que no hubiera sido posible hacerlo por alguno de los anteriores”.*

Por último, aclaraba el apartado tercero que todo lo anterior habría de entenderse *“sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los operadores de televisión para proporcionar, a cualquier persona interesada y sin discriminación, dicha programación con una antelación mayor”.* Esta última referencia a la ausencia de discriminación ha de tenerse por crucial y debiera bastar para que en nuestro ordenamiento no se reprodujeran prácticas como, precisamente, la dirimida por la Comisión en el asunto *Magill*. A estos efectos, aún cuando los avances de programación pudieran inicialmente caer bajo la protección otorgada por la legislación de propiedad intelectual, las previsiones del Art. 18 de la Ley 25/94 – actualmente, Art. 6 de la LGCA - y de su desarrollo reglamentario habrían de prevalecer en cuanto que *lex specialis*.

Terminando con el Real Decreto 1462/1999, señalar que su Art. 3 es el que se ocupa del contenido de la información que, como mínimo, deberá versar *“sobre el título y el tipo o el género de todos los programas que se prevé emitir, salvo los de duración inferior a quince minutos; en el caso de largometrajes cinematográficos, identificará concretamente el título, el director y el año de producción; en las restantes obras de ficción, como películas para televisión, series, telecomedias y novelas, se indicará el título de la obra o el episodio a emitir y, en el supuesto de retransmisiones, el espectáculo concreto y, si éste fuere musical, los principales participantes que intervendrán en él”.*

- b) ***Su impugnación por los operadores.*** Los Arts. 1,2 y 3 del Real Decreto 1462/1999 fueron objeto de impugnación directa ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, entre otros, por *Antena 3*. El recurso fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001 (Ponente Trujillo Mamely).

Las líneas maestras del recurso y de la resolución judicial que vino a desestimarlos fueron, en esencia, las siguientes.

En primer lugar, se adujo que el hecho de que los operadores de ámbito autonómico no quedaran sujetos a las previsiones del Real Decreto comportaba una discriminación de los de ámbito estatal sin justificación objetiva y razonable. Éstos razonamientos fueron dejados de lado por el Tribunal pues, conforme al Art. 149.1.27ª de la Constitución, la competencia exclusiva del Estado lo era en materia de *“normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas”*, por lo que la norma impugnada no había hecho más que ajustarse en este punto a la Norma Fundamental respetando las atribuciones de las Comunidades Autónomas.

En este sentido, era jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias TC 49/1988 [RTC 1988\49], 225/1993 [RTC 1993\225], 197/1996 [RTC 1996\197] y 50/1999, de 6 de abril [RTC 1999\50], entre otras) la de que *“el Estado al establecer el común denominador normativo que encierran las bases, y a partir de lo cual cada Comunidad Autónoma con competencias de desarrollo legislativo puede regular la materia con arreglo a sus peculiaridades e intereses, no puede hacerse con un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo”*.

En segundo término, se arguyó que los Arts. 2 y 3 establecían fortísimas limitaciones a la libertad de empresa y a la libre competencia e incurrían en *ultra vires*, al ir más allá de lo que la Ley desarrollada les permitía. En este punto, el Tribunal, con el Abogado del Estado, consideró que la Ley fijaba el derecho del telespectador a recibir del operador información veraz sobre su programación televisiva con una antelación y contenido suficientes reservando al desarrollo reglamentario la fijación del procedimiento para hacerlo efectivo. Este último desarrollo debía orientarse a la efectividad material y no sólo formal del derecho definido en la Ley. Y, llegados a este punto, lo cierto era que no se había probado por los recurrentes que una antelación inferior a la de once días fuera bastante a propiciar la efectividad del derecho en cuestión, ni que tampoco lo fuera una información de contenido más escueto que la dispuesta por el Art. 3 del Real Decreto.

- c) ***Su derogación.*** El Real Decreto 1462/1999 ha venido a ser derogado a través del Real Decreto 1624/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en lo relativo a la comunicación comercial televisiva. Esta derogación ha supuesto la simplificación de la cuestión y que la regulación haya quedado reducida al Art. 6.2 de la LGCA expuesto más arriba.
- 5) ***Normativa autonómica.*** Dejando a un lado el marco estatal, previsiones sobre el derecho de los usuarios a ser informados de la programación con antelación suficiente se encuentran también en ciertas leyes autonómicas. La Ley 2/2001, de 18 de abril (BOE nº 149, 22-Jun-2001/BOCM nº 105, 4-May-2001), de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales de la Comunidad de Madrid se ajusta en sus Arts. 10 y 11 al Real Decreto 1462/1999, pero con la salvedad de que la información debe ser

suministrada con una antelación de once días. Esa misma antelación de once días es la que imponía el Art. 17 de la Ley Foral 18/2001, de 5 de julio (BOE nº 191, 10-Ago-2001/BON nº 86, 16-Jul-2001), por la que se regulaba la actividad audiovisual en Navarra y se creaba el Consejo Audiovisual de Navarra (norma derogada por su incompatibilidad con la LGCA a través de la Ley Foral 15/2011, de 21 de octubre; BO. Navarra 31 octubre 2011, núm. 216, [pág. 14921]) que además ordenaba: “*Aquellos operadores de televisión que dispongan de servicio worldwide web en Internet deberán hacer accesible para todos los usuarios su programación diaria en su página web, en los términos fijados por el apartado anterior, con un enlace legible en la página principal*”.

El Art. 88 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre (BOE nº 38, 14-Feb-2006/DOGC nº 4543, 3-Ene-2006), de la Comunicación audiovisual de Cataluña reconocía el derecho de los usuarios a conocer los contenidos de los servicios de televisión y su horario de emisión con la antelación suficiente y defería al Consejo Audiovisual de Cataluña el desarrollo reglamentario necesario para la efectividad de este derecho. Tampoco los Arts. 17 y 18 de la Ley valenciana 1/2006, de 19 de abril, del Sector audiovisual (BOE nº 135, 7-Jun-2006/DOGV nº 5243, 21-Abr-2006) se apartaban mucho del Reglamento estatal: exigían que la información especificase la programación accesible a las personas con discapacidad sensorial o consideraban cumplido el deber de información con la publicación a través de cualquier medio.

d) El mercado de las listas con el avance de los programas de televisión en el caso de la negativa de BBC, RTE e IBA a suministrar a la editora Magill la información necesaria para la confección de guías de programación (caso Magill)

i) Identificación de los agentes de la práctica restrictiva en el caso Magill

Los sujetos (activos y paciente) de la práctica restrictiva (negativa al suministro) a que vino referida el caso *Magill* fueron:

- a) ***ITP***. *Independent Television Publications Ltd.* era una compañía con sede en Londres y creada en 1967 con objeto de editar una revista con los programas de televisión de las cadenas independientes en el Reino Unido. Los accionistas de *ITP* eran varias compañías con autorización administrativa para el suministro de programas independientes de TV en determinadas regiones; dichas compañías, en su conjunto, suministraban los programas del canal de TV *ITV*. Esa autorización la concedía la *Independent Broadcasting Authority (IBA)* quien, a su vez, era una empresa pública dedicada a la difusión televisiva de servicio público en el Reino Unido, la Isla de Man y las Islas del Canal, actividad que realizaba directamente y a través de una filial, *Channel Four Television Company Ltd.*
- b) ***BBC***. *British Broadcasting Corporation* era, para los efectos que ahora nos ocupan, una entidad constituida por cédula real (*Royal Charter*) autorizada por el Ministerio de Interior (*Home Office*) para actuar como difusor televisivo de servicio público en el Reino Unido y en el extranjero. Las tres fuentes de sus ingresos eran la tasa por

tenencia de aparato de TV, las subvenciones y sus propias actividades comerciales. Dentro de estas últimas se incluían las tareas de edición, publicación y distribución de material impreso que desarrollaba a través de una filial, *BBC Enterprises Ltd*.

- c) **RTE**. *Radio Telefis Eireann Authority* era, de nuevo a nuestros efectos, un ente público creado en Irlanda para desarrollar, a escala nacional, actividades de difusión televisiva de servicio público. Las tres fuentes de sus ingresos eran la tasa por tenencia de aparatos, la publicidad televisada y las publicaciones.
- d) **Magill**. *Magill TV Guide Ltd.* era filial al ciento por ciento de *Magill Publications Holding Ltd.*; ambas, filial y matriz, con sede en Dublín. *Magill* se creó con objeto de publicar en Irlanda e Irlanda del Norte una revista semanal con información sobre los programas de televisión que los telespectadores podrían captar en esa área.

ii) Reseña general del caso Magill

La editorial *Magill TV Guide Ltd*, sociedad irlandesa, era una filial al 100% de *Magill Publications Holding Ltd*. Se creó, como queda dicho, con objeto de publicar en Irlanda e Irlanda del Norte una revista semanal, *Magill TV Guide*, que informara sobre los programas de televisión que los telespectadores podían captar en dicha área, lo que, de hecho, comenzó a realizar en 1985. El 28 de mayo 1986, un número de *Magill TV Guide* publicó íntegramente las listas con los avances de programas semanales de todos los canales de televisión que podían captarse en Irlanda, incluidas *BBC1* y *BBC2*.

Mediante autos de medidas provisionales dictados a instancias de *BBC*, *RTE* e *ITP*, a raíz de la publicación de dicho número, el Juez irlandés requirió a *Magill* para que cesara en la publicación de las listas con los avances semanales de los programas de las tres sociedades. Tras este requerimiento judicial, *Magill* puso fin a sus actividades editoriales.

El asunto llegó a la *High Court* y, en una resolución dictada el 26 julio 1989 por el Juez Sr. Lardner, se pronunció sobre el alcance en Derecho irlandés de los derechos de autor en relación con las listas de programas: “*Las pruebas presentadas me han llevado al convencimiento de que las listas con los avances semanales de los programas de televisión de BBC, publicadas por Radio Times, constituyen el producto final de un largo proceso de planificación, de preparación, de organización y de revisión, que implica una gran actividad, una amplia experiencia, conocimientos y discernimiento. Son creaciones de BBC y, a mi juicio, constituyen una obra literaria original en el sentido de una «compilation» con arreglo a los artículos 2 y 8 de la Copyright Act 1963, respecto de la cual BBC y BCC Enterprises Ltd han demostrado que estaban facultadas para prevalerse de los derechos de autor en la República de Irlanda*” (ILRM 1990, pgs. 534 y ss., especialmente, pg. 550).

En la decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988, el supuesto de hecho fue, por tanto, el de la negativa de varias entidades, dos de radiodifusión y una editora, *BBC*, *RTE* e *ITP*, en el ámbito territorial del Reino Unido e Irlanda, a suministrar la información necesaria para la confección de una guía semanal de programas a la editora *Magill*. La DG4 examinó el juego de la competencia y analizó el mercado de las listas con el avance de los programas de radio y TV.

La decisión de la Comisión fue recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia, que desestimó los recursos [vid por todas la Sentencia Tribunal de Primera Instancia de las

Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Segunda), de 10 julio 1991 *BBC/Comisión; Recurso de Anulación. Asunto T-70/1989*]. Este fue sólo uno de los recurso de anulación interpuestos; otros fueron planteados de forma paralela contra la misma Decisión por los otros dos destinatarios de la misma, a saber, *RTE* e *ITP*, asuntos T-69/89 y T-76/89. Las sentencias del TPI en estos dos asuntos fueron también recurridas en casación ante el Tribunal de Justicia que las confirmó [Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995. *Radio Telefís Éireann (RTE) y Independent Television Publications Ltd (ITP) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos Acumulados C-241/91 P y C-242/91 P. Recopilación de Jurisprudencia 1995 página I-00743*].

iii) Análisis estático de la estructura del mercado de las listas con el avance de los programas de televisión en el caso Magill

En este caso el análisis del mercado considerado, accesorio del de la TV en abierto, venía condicionado por las características del propio mercado principal. En cuanto a éste, el dato primero y fundamental era el de que la inmensa mayoría de los hogares en el Reino Unido e Irlanda disponían de televisor.

A partir de aquí, el examen del mercado arrojaba los siguientes datos. En Irlanda, *RTE* disfrutaba de un monopolio legal para el suministro del servicio nacional de radiodifusión por vía hertziana a través de dos canales, *RTE 1* y *RTE 2*. En el Reino Unido, *BBC* e *IBA*, en régimen de duopolio, acaparaban el servicio nacional de TV por vía hertziana con dos canales cada una, a saber, *BBC 1* y *BBC 2*, *ITV* y *Channel 4*, respectivamente, con variaciones para ciertas regiones como era el caso de Irlanda del Norte o Gales.

Además de los programas emitidos específicamente para cada territorio, la mayoría de los telespectadores de Irlanda e Irlanda del Norte también recibían los programas de las cadenas de TV vecinas. Como resultado, la mayoría de los hogares de Irlanda y entre el 30 y el 40 % de los de Irlanda del Norte disfrutaban de al menos 6 canales de TV: *RTE 1*, *RTE 2*, *BBC 1* (Irlanda del Norte), *BBC 2*, *ITV* (Ulster) y *Channel 4*. Además, o alternativamente, algunos telespectadores recibían los programas de TV de la *BBC* y de la *IBA* emitidos en el País de Gales. En conclusión, el monopolio ejercido por todas estas entidades en el mercado principal tenía su traducción en una situación también monopolística en el mercado de las listas con el avance de los programas de radio y TV.

Por otra parte, numerosos telespectadores de Gran Bretaña y de Irlanda podían captar, bien directamente (DTH), bien por medio de redes de cable, diversos canales distribuidos vía satélite. En Irlanda del Norte, en cambio, no existía la televisión por cable.

La situación a que hubo de enfrentarse la Comisión fue la de la inexistencia, en los mercados de Irlanda y de Irlanda del Norte, de ninguna guía semanal exhaustiva (para todas las cadenas) de programas de televisión, debido a la política seguida por las sociedades denunciadas en cuanto a la divulgación de la información referida a la difusión de los seis canales citados y que se recibían en esos territorios. Cada una de estas sociedades publicaba un guía de avances de televisión consagrada a sus propios programas y reivindicaba, al amparo de la *United Kingdom Copyright Act 1956* (Ley británica sobre Protección de la Propiedad Intelectual) y de la *Irish Copyright Act 1963* (Ley irlandesa sobre Protección de la Propiedad Intelectual), la protección de los derechos de autor sobre sus listas de programas semanales, para oponerse a su reproducción por terceros.

Tomando, para no extendernos, el ejemplo de la *BBC*, ésta se reservaba el derecho exclusivo a la publicación de las listas de los programas semanales de *BBC 1* y *BBC 2* en su propia revista de TV, *Radio Times*, especializada en la presentación de avances. En Irlanda se vendían unos 15.000 ejemplares de *Radio Times* por semana. En Irlanda del Norte, las ventas semanales ascendían a unos 75.000 ejemplares, lo que significaba que cerca del 25 % de los hogares compraban la revista. Junto con la guía de televisión publicada por *ITP*, *TV Times*, *Radio Times* era una de las dos revistas semanales de más tirada del Reino Unido, donde se difundía más del 97 % de su tirada semanal global, que por término medio superaba los 3 millones de ejemplares.

BBC practicaba, frente a terceros, la siguiente política en materia de información sobre sus programas. Enviaba gratuitamente los avances de sus programas a los diarios o publicaciones periódicas que lo solicitaran, así como una licencia exenta del pago de canon, que establecía los términos con arreglo a los cuales podía reproducirse dicha información. Así pues, los periódicos podían publicar las listas de los programas del día y, la víspera de los días festivos, las listas de los programas de dos días con ciertas condiciones por lo que se refería al formato de publicación. Además, se autorizaba a las revistas semanales a publicar “la selección” de los programas televisados de la semana.

iv) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de las listas con el avance de los programas de televisión en el caso Magill

Como apunta el Profesor Pellisé (op. Cit.), tal vez sea éste asunto *Magill* o *Radio Telefis* (1995) uno de los casos más importantes de posición de dominio relativa, o explotación de una situación de dependencia económica, que han tratado las autoridades comunitarias, pudiendo afirmarse que existe continuidad interpretativa en el tratamiento de la situación de dependencia entre las autoridades comunitarias.

Los recurrentes reprochaban a la Comisión “no haber aplicado ... el criterio de posición dominante basado en el poder económico sino de haber considerado que ... disponían de un monopolio de hecho” en una relación vertical que “...crea una situación de dependencia económica que es característica de la posición dominante.” (consid. 44) y vincular con ello “... artificialmente la dependencia económica a la intención de un tercero, que siempre tendrá la posibilidad de emprender otra actividad económica.”, haciendo del “concepto de «monopolio de hecho» una construcción artificial ... para justificar la aplicación del Derecho de la competencia ...” (consid. 45).

El Tribunal de Primera Instancia consideró que las recurrentes disponían de una posición dominante por el único motivo de que eran titulares de derechos de autor, sin haber efectuado el menor examen del poder económico en el mercado, y sin tener en cuenta que “..., no existe, ..., una presunción en el sentido de que el titular de un derecho de propiedad intelectual disfrute de una posición dominante a los efectos del artículo 86 (actual 82) TCE ...” (consid. 43).

Para el Tribunal de Primera Instancia las demandadas “... gracias a sus derechos de autor sobre las listas de programas ... ostentaban el derecho exclusivo de reproducir y de comercializar las citadas listas ...” y “... de ello se deduce de forma manifiesta que la demandante ocupa una posición dominante ... tanto en el mercado representado por sus

revistas semanales, con en el de las revistas en los que aquéllas se publican ... En efecto, los terceros, entre ellos la demandante, se encontraban en una situación de dependencia económica respecto del demandante que podía así oponerse a la aparición de todo tipo de competencia efectiva en el mercado de la información de avances de los programas semanales (consid. 24, 49 de la sent. ITP). Y el Tribunal de Justicia, acogiendo estas consideraciones, admite el monopolio de hecho” así definido a efectos del artículo 86 (actual 82) TCE (consid. 47).

Era importante observar que, como muy bien había notado el recurrente, en esta sentencia las autoridades comunitarias apenas definían el mercado relevante, y en vez de centrar la posición de dominio en un análisis estructural, la fundaban en la situación de dependencia establecida en la relación vertical. Con ello podría muy bien estar acogiéndose la posición de dominio relativa defendida por un sector de la doctrina. Magill (1995) ha sido considerada un importante paso en la incorporación de la doctrina de las “*essential facilities*” en el Derecho de la competencia comunitario [v. Gippini Fournier: “*«Essential facilities» y la aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner*” 205 GJ 88 (ener./febr. 2000); ver también al abogado general Jacobs en Bronner (1998), ya cit)].

En este caso, para la Comisión el juego de la competencia en el mercado de referencia era nulo dada la existencia de una posición dominante de las organizaciones de radiodifusión en cuanto a las listas semanales de programas y la absoluta dependencia de los terceros respecto de ellas o de las entidades a los que tenían cedidos los derechos por dos razones fundamentales, a saber, a causa de la existencia de derechos de propiedad intelectual sobre dichas listas y porque su contenido, sujeto a modificación hasta el último momento, sólo lo conocían las propias organizaciones de radiodifusión (este último era el monopolio de hecho que, gracias a la protección dispensada por los derechos de autor, se hacía legal).

La decisión de la Comisión concluyó que las políticas y las prácticas seguidas por dichos organismos, en el momento en que se produjeron los hechos considerados, respecto a la publicación de sus avances semanales de programas de televisión y de radio que podían ser captados en Irlanda y en Irlanda del Norte, constituían infracciones al artículo 86 del Tratado CEE, en la medida en que obstaculizaban la edición y la venta de guías semanales exhaustivas de programas de televisión en dicho territorio.

En particular, la Comisión se apoyó en la dicción del Art. 86 conforme al que se incurría en abuso de posición dominante cuando una empresa limitaba la producción o el mercado en perjuicio de los consumidores, lo que ocurría al existir una demanda potencial de guías de TV exhaustivas que no era satisfecha por la política restrictiva de las entidades denunciadas. Además, la posición dominante de las partes en el mercado de las listas con los avances les valía para reservarse el mercado subsidiario de las guías de programación semanales.

Las medidas destinadas a hacer cesar la infracción ordenadas por la Comisión consistieron en que las entidades denunciadas hubieran de facilitarse, entre sí y a los terceros, sobre una base no discriminatoria sus respectivas listas con el avance semanal permitiendo su reproducción.

En este sentido, como observan Briones, Folguera, Font y Navarro (Op. Cit., Pág. 278): “*En determinados mercados, la tecnología o la propiedad intelectual constituyen un parámetro fundamental de competencia. La Comisión ha considerado en varias decisiones*

que la cesión de propiedad intelectual a terceros era suficiente por sí misma (o acompañada de otras medidas como la cesión de capacidad productiva, de producción o de la propiedad de determinados activos de fabricación) para eliminar la creación o reforzamiento de una posición dominante. En la práctica totalidad de asuntos en el sector farmacéutico en que la Comisión ha considerado la posibilidad de que la operación notificada creara o reforzara una posición dominante, la decisión final ha sido de autorización sujeta a la concesión de licencias de producto o transferencia de patentes (Glaxo/Wellcome, decisión de 28-2-1995, asunto IV/M.555; Ciba-Geigy/Sandoz, decisión de 17-7-1996, asunto IV/M.737)”.

El planteamiento de la Comisión fue confirmado por las sentencias del TPIUE y del TJUE. Para ambos, el comportamiento denunciado modificó la estructura de la competencia en el mercado de las guías de televisión, en los territorios de Irlanda e Irlanda del Norte, hecho que afectó al flujo de los intercambios potenciales entre Irlanda y el Reino Unido. En este sentido, era ya vieja la jurisprudencia conforme a la que, para que se cumpliera el requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros en el sentido del Art. 86 del Tratado, bastaba con que el comportamiento pudiera producir semejante efecto, sin necesidad de acreditar que el mismo hubiera afectado a dicho comercio de modo sensible.

f) Barreras de entrada en el mercado de las listas con los avances de programas de televisión

Por lo que a las barreras de entrada en este mercado se refiere, las de mayor significación eran las normativas constituidas por los derechos de propiedad de intelectual en los que se buscaba amparar la negativa al suministro de la información relativa a la programación por parte de los difusores de televisión.

Así haremos una referencia a la evolución de la doctrina comunitaria sobre esta materia, en la que el caso *Magill* supuso un hito importante, para pasar luego a una exposición del contenido de la sentencia del TPIUE en el caso Magill:

- ❖ **Evolución de la doctrina comunitaria sobre la materia.** Si bien el Art. 36 del Tratado preveía la posibilidad de introducir excepciones a la libre circulación de mercancías por razones de protección de la propiedad industrial y comercial, también disponía ese mismo precepto que tales excepciones o restricciones “*no debían constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta al comercio entre los estados miembros*”.

Partiendo de lo anterior, cabría diferenciar las siguientes corrientes atendiendo a un criterio sobre todo temporal:

- **Corriente tradicional:** La doctrina tradicional del Tribunal de Justicia ha sido la de que, si bien la existencia de los derechos de propiedad intelectual constituía una prerrogativa del legislador nacional, intangible desde la perspectiva del derecho comunitario, no sucedía lo mismo con el ejercicio de esos derechos, que podía llegar a contradecir los objetivos del Derecho comunitario y de la competencia:
 - En este sentido, en la sentencia *Consten Grundig* de 13 de julio de 1966 (Asuntos 56 y 58/64, Rec. 345) se trataba de un acuerdo de distribución exclusiva entre el fabricante alemán *Grundig* y la empresa francesa *Consten*,

que incluía una cláusula de licencia de la marca *GINT* con la autorización para su registro en Francia. Para impedir las importaciones paralelas desde el mercado alemán del producto designado con la marca *GINT*, *Consten* planteó una demanda basada en la infracción de dicha marca. La Comisión sancionó esta conducta, siendo tal decisión confirmada por el Tribunal de Justicia que consideró que, más allá de la existencia y atribución del Derecho de Propiedad Intelectual, el ejercicio del mismo no podía amparar comportamientos contrarios a las libertades fundamentales de circulación y establecimiento de mercancías y personas y a las reglas de competencia.

- Criterios parecidos fueron también empleados por el mismo Tribunal en la sentencia de 29 de febrero de 1968 (*Parke Davis*) donde esta empresa era titular de una patente para productos farmacéuticos en los Países Bajos y se oponía a las importaciones paralelas por parte de *Centrafarm* del producto fabricado y vendido en Italia, donde los productos farmacéuticos no quedaban sujetos a patente. El Tribunal dijo que la existencia y atribución del derecho de patente no podía verse afectado por las normas de Derecho Comunitario, ni tampoco el ejercicio, salvo, en cuanto a este último, cuando el mismo pudiera contravenir las normas de competencia del Tratado.
 - Igualmente, en el asunto *Sirena* (sentencia de 18 de febrero de 1997; Asuntos 40/70, Rec. 82) sentó el Tribunal que el Art. 81 del Tratado (101 actual) “*es aplicable en la medida en que se impide, invocando el derecho de marca, las importaciones de productos originarios de distintos Estados miembros llevando la misma marca, si los titulares han adquirido tal marca, o el derecho a usarla, en virtud de acuerdo entre ellos o con terceros*” (para un análisis general de la jurisprudencia del Tribunal distinguiendo entre existencia/atribución y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, V. Friden: “*Recent developments in EEC intellectual property law: the distinction between existence and exercise revisited*”; 1989, Common Market Law Review, Vol. 26, págs. 193 a 217).
- **Revisión de la corriente tradicional.** La anterior doctrina jurisprudencial, ya tradicional dentro de la jurisprudencia del TJ y del TPI ha sido materia de una fuerte revisión crítica. La idea es la de resaltar lo artificioso de diferenciar entre existencia y ejercicio del derecho cuando éste es la materialización de las facultades que integran su contenido. Así se ha subrayado que “*la diferenciación entre existencia y ejercicio es ambigua y contribuye poco a resolver el problema del principio de la libre circulación de bienes y de la protección de la propiedad industrial*” (Beier, F. K.: “*Industrial Property and the Free movement of goods in international european market*”, 1990, International Review of Industrial property and copyright law, Vol. 21, págs. 131, 147; y, en idéntico sentido, Blasselle, R.: “*Traite de Droit Européen de la Concurrence*”, Tomo I, Publisud, Paris, 2002, Pág. 85).

También el Abogado general Fennelly en el asunto *Primecrown* destacó, para dejarla de lado, que “*la distinción entre existencia y el ejercicio de los derechos puede ser en ocasiones bastante irreal*” y se aproximó a la doctrina conforme a la que “*un derecho no puede consistir más que en los modos en que puede ejercitarse*”. A raíz en parte de estas críticas, la jurisprudencia se ha venido a

centrar en la idea de que la reserva a los legisladores nacionales de la materia de la propiedad intelectual en ningún caso podrá amparar prácticas contrarias a la libre competencia ni a la libre circulación de bienes o la libre prestación de servicios conforme al Tratado (así en STJCE España/Consejo de 13 de junio de 1995, As. C. 350/92, Rec. I-1985, aps. 21 a 23).

- **Teoría del objeto específico y de la función esencial de los derechos de propiedad intelectual.** Fueron las anteriores críticas las que motivaron que el TJE fuera abandonando sus esfuerzos para distinguir entre existencia y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual para centrarse en las nociones de “**objeto específico**” y “**función esencial de los derechos de propiedad intelectual**” (v. p.e.: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1990, *SA CNL-SUCAL NV* contra *HAG GF AG*; Petición de decisión prejudicial: Bundesgerichtshof – Alemania; Libre circulación de mercancías - Derecho de marca; Asunto C-10/89; Recopilación de Jurisprudencia 1990 página I-03711; Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1985; *Pharmon BV* contra *Hoechst AG*; Petición de decisión prejudicial: *Hoge Raad* - Países Bajos; Propiedad industrial y comercial - Patentes - Alcance de la protección - Agotamiento del derecho de patente en caso de licencias obligatorias sobre una patente paralela; Asunto 19/84; Recopilación de Jurisprudencia 1985 página 02281):

- **Objeto específico.** Conforme a la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 9 de febrero de 1982; *Polydor*, 270/1980), el Art. 36 debía interpretarse a la luz de las acciones y objetivos de la Comunidad definidos en los Arts. 2 y 3 del Tratado y, en particular, los relacionados con el régimen de libre competencia que intentaba preservarse mediante las prohibiciones de prácticas colusorias y abusos de posición dominante contempladas en los Arts. 85 y 86 del Tratado. De lo anterior que las restricciones amparadas por el Art. 36 tan sólo fueran las inherentes a la protección del objeto esencial del derecho de propiedad intelectual (sentencias del TJUE de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon*, 78/1970; de 18 de marzo de 1980, *Coditel*, 62/1979; de 22 de enero de 1981, *Dansk Supermarked*, 58/1980).

En *Deutsche Grammophon* (1971) el Tribunal de Justicia recordó que el Derecho comunitario sólo admite las restricciones a la libre competencia que sean inherentes a la protección de la propia sustancia del derecho de propiedad intelectual (Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1971, as. 78/70, *Deutsche Grammophon*, Rec. 487, consid. 11). También sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1968, as. 24/67, *Parke Davis*, Rec. 81; de 31 de octubre de 1974, as. 15/74, *Centrafarm c. Sterling*, Rec. 1.147, sobre patentes; de 31 de octubre de 1974, as. 16/74, *Centrafarm c. Winthrop*, Rec. 1.183, sobre marcas; y más recientemente la sentencia de 5 de octubre de 1988, as. 238/87, *Volvo*, Rep. 6.211.

Conforme a este planteamiento corresponde a las autoridades europeas (TJE y Comisión) definir el núcleo duro del derecho de propiedad intelectual que no podrá llegar a verse afectado ni por las normas del Tratado que se refieren a las libertades fundamentales (circulación de mercancías y prestación de servicios), ni por las que proscriben las prácticas restrictivas (abuso y colusión). Todo lo que no sea ese núcleo duro sí podrá verse afectado por

todas esas normas, sin que puedan invocarse al efecto cualesquiera prerrogativas conferidas por la legislación nacional.

El “objeto específico” se refiere así al contenido nuclear del derecho de propiedad intelectual del lado del titular, esto es, las facultades que se le confieren y que son básicamente: **(i)** el derecho exclusivo a introducir por primera vez en el mercado común el producto o servicio protegido, directamente o a través de licenciarios; **(ii)** el derecho a impedir que los terceros competidores no autorizados infrinjan el derecho de exclusiva (v. Goldman B.; Lyon-Caen, A.; Vogel, L.: “*Droit commercial européen*”, 5^a edición, Précis Dalloz, Paris, 1994; Párrf. 645).

- **Función esencial.** La “función esencial” se refiere en cambio al contenido del derecho de propiedad intelectual del lado de la sociedad – se trata de un concepto asimilable al de “función social de los derechos” habitualmente manejado en el Derecho español (v., p.e., función social de la propiedad en el Art. 33 de la CE). Se trata de la finalidad o propósito para el cual se confieren las facultades de exclusiva que confiere el derecho de propiedad intelectual. Y así, se ha afirmado, p.e., que la función esencial del derecho de propiedad intelectual (derecho de autor) era “*asegurar la protección moral de la obra y la remuneración del esfuerzo creador, respetando los objetivos perseguidos en particular por el artículo 81 Tratado CE*” (v. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) de 10 de julio de 1991; *British Broadcasting Corporation y BBC Enterprises Ltd* contra Comisión de las Comunidades Europeas; Competencia - Abuso de posición dominante - Derechos de autor - Prácticas que impiden la edición y la venta de guías semanales de televisión de carácter exhaustivo; Asunto T-70/89; Recopilación de Jurisprudencia 1991 página II-00535; ap. 58) o que la función esencial sobre una obtención vegetal registrada es la de “*hacer posible la retribución del esfuerzo innovador y proteger la calidad del producto frente a manipulaciones defectuosas*” [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de abril de 1988; *SPRL Louis Erauw-Jacquery* contra *Société coopérative La Hesbignonne*; Petición de decisión prejudicial: Tribunal de commerce de Liège – Bélgica; Contrato relativo a derechos de obtención vegetal sobre ciertas variedades de semillas - Compatibilidad con el artículo 85 del Tratado CEE; Asunto 27/87; Recopilación de Jurisprudencia 1988 página 01919].
- **Límites a la doctrina del objeto específico y de la función esencial de los derechos de propiedad intelectual.** Era también doctrina reiterada del TJUE (sentencia de 17 de mayo de 1988, *Warner Brothers*, 158/1986) la de que, si bien la protección del objeto específico de los derechos de autor confería a su titular el derecho de reservarse en exclusiva la reproducción de la obra protegida, el ejercicio de tal derecho podía ser abusivo cuando, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso, pudiera resultar que las modalidades y condiciones de dicho ejercicio persiguieran una finalidad manifiestamente contraria a los objetivos de los Arts. 85 y 86 porque, en tal caso, el ejercicio de estos derechos dejaría de responder a su finalidad esencial, a saber, la protección moral de la obra y la retribución del esfuerzo creador.

Como destaca el Profesor Pellisé (Op. Cit), esta última idea es omnipresente en las resoluciones de las autoridades de la competencia. Uno de los ámbitos en los que más se ha debatido esta cuestión en el Derecho comunitario es el de los derechos de la propiedad industrial e intelectual. Cuando estos derechos llegan a definir una posición de dominio, la discusión sobre el carácter abusivo o no de su ejercicio gira frecuentemente en torno a si la conducta discutida forma parte o no del contenido o función esencial del derecho.

En este sentido, el mismo Tribunal de Justicia se había encargado ya de subrayar, en los asuntos *Volvo* y *Renault*, que el ejercicio de un derecho exclusivo inherente a los de propiedad intelectual o industrial podía estar prohibido por el Art. 86 si daba lugar a determinados comportamientos abusivos por parte de una empresa que ocupara una posición dominante. Las cuestiones sometidas al Tribunal de Justicia con ocasión de estas dos peticiones de decisión prejudicial versaban sobre la legalidad de la actuación de ambos constructores de automóviles, los cuales se reservaban el derecho exclusivo de fabricación y comercialización de las piezas de recambio para los vehículos que ellos fabricaban, amparándose en los modelos que tenían registrados sobre dichas piezas. A este respecto, el Tribunal de Justicia citó como ejemplo de comportamientos abusivos en el sentido del artículo 86, la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a los talleres de reparación independientes o la fijación de los precios abusivos para las piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulaban muchos vehículos de ese tipo.

Entre la doctrina española, Santana Pérez ("*La venta a pérdida...*"; Op. Cit. Nota al pie n.º 248; Págs. 102 y Ss.) se refiere igualmente al ejercicio abusivo de derechos de exclusiva, incluidos los de propiedad intelectual tanto en su vertiente moral como económica. El hecho de que los ordenamientos estatal y comunitario confieran estas prerrogativas o derechos subjetivos *erga omnes* a determinados sujetos para la consecución de un fin superior en ningún caso podrá implicar la instauración de un sistema que habilite para su ejercicio abusivo.

Únicamente cabría admitir como excepción a esta regla la de aquellos casos en que lo anterior resulte absolutamente imprescindible para la puesta en el mercado del producto o servicio de que se trate y cita este autor los supuestos de necesidad de establecer "*toda una red de ferrocarriles en un país, o la red de telefonía básica, la red eléctrica, la red de distribución de gas entre otros posibles ejemplos*". A estos ejemplos añadimos nosotros el más actual del despliegue de redes de fibra óptica por los incumbentes de telecomunicaciones, p.e., en España o Alemania.

Sigue diciendo este autor: "*El principio es simple, la excepción que implica su tratamiento debe decaer cuando su ejercicio abusivo suponga una limitación no aceptable de la libre competencia, adquiriendo las características de un acto de competencia desleal. Desde el punto de vista jurídico, la figura se encuadra bajo los supuestos de ejercicio abusivo del derecho propio, lo que conlleva la deslegitimación de su titular. Simplemente porque dicha extralimitación no puede estar amparada por el mismo derecho que la protege*".

En el caso concreto de los derechos de exclusiva dimanantes de los de propiedad intelectual, lo anterior encuentra fundamento en la función social que los modula.

Del mismo modo, observa Santana Pérez (en nota al pie n.º 241) que la necesidad de limitar el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual puede encontrarse tras de “los reparos y controles que las autoridades antitrust de los EE.UU. y la UE han puesto a los acuerdos de concentración empresarial entre determinadas sociedades dedicadas al ocio. Unas sociedades que por su actividad concentran una gran cuota de mercado de los derechos de propiedad intelectual en su vertiente económica. Asimismo, la Comisión ha investigado la fusión entre las compañías EMI —británica— y Time Warner que por la realización de acuerdos con America On Line —estadounidense también—. La operación entre las dos primeras fue valorada en 20.000 millones de dólares USA, al objeto de analizar las consecuencias que tendrá sobre el mercado de música grabada y la edición musical su posición de dominio en dicho mercado frente a otras como la BMG —Alemania—, Sony Music —Japón— y Universal Music Group —Canadá, con un oligopolio que controla el 80% de la edición musical y un «gigante que controlará con diferencia la mayor cartera de Derechos de autor del mundo», *El País Digital*, jueves 15 de junio de 2000, núm. 1504”.

En general, el padecimiento en última instancia por los consumidores de las consecuencias del ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual por parte del titular de los mismos ha sido objeto de estudio, dentro del derecho comparado, por los Tribunales norteamericanos en «*Telex Corp. v. International Business Mashines Corp.*», «*Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co.*», «*United States v. IBM*», y «*Microsoft Corporation Inc. v. Digital Research*» —por las referencias que el DRDOS hacía a IBM en el sistema operativo con el fin de conseguir la interoperabilidad con el MSDOS—, «*Estándar Oil Co. of New Jersey v. United States*», «*United States v. Du Pont de Nemours & Co.*», «*Northeastern Telephone Co. v. AT&T*» y «*United States v. Aluminium Company of America*», entre otros, siempre según cita del mismo Santana Pérez.

- ❖ **Caso Magill**: Partiendo de los anteriores antecedentes es como se entiende el caso Magill. En *Magill (1991)* el Tribunal de Primera Instancia, aun reconociendo que reservarse el derecho exclusivo a publicar la propia obra formaba parte del objeto específico de los derechos de autor, y por tanto no podía ser en sí mismo abusivo, consideró que, atendidas las excepcionales circunstancias del caso, esta reserva excedía ampliamente los límites de la función esencial de los derechos de autor y perseguía objetivos manifiestamente contrarios a los del artículo 82 TCE [Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, as. T 76/89, *ITP (Magill)*, Rec. 575, consid. 54 a 60, confirmada por sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1996, as. ac. C-241/91 P y C-242/91, *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión*, Rep. I-743; ver también sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, asunto T 70/89, *B.B.C. c. Comisión*, Rep II-535; y de 10 de julio de 1991, asunto T76/89, *Independant Television Publication c. Comisión*; véase comentando esta jurisprudencia Amphoux: *Cronique de jursiprudence (1990-1991)*, 5-6 *Cahiers de Droit Européen*, 689 (1991)].

Para una cabal comprensión de las mismas valdría con sintetizar los argumentos dados por el Tribunal de Primera Instancia al resolver el recurso entablado contra la decisión de la Comisión. Dicho Tribunal, en muchos puntos de esa argumentación, se remitió a

la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal de Justicia y, de hecho, este último terminó desestimando el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de aquél.

En sus alegaciones ante el Tribunal de Primera Instancia, los organismos de radiodifusión habían subrayado que, dado el estado del derecho comunitario en ese momento, y a falta de una unificación a escala europea, seguía correspondiendo al legislador nacional establecer las condiciones de protección de los derechos de autor y los objetos de los mismos. Se amparaban en la jurisprudencia del TJUE derivada, entre otras, de la sentencia de 14 de septiembre de 1982 (144/1981; *Keurkoop*), la de 5 de octubre de 1988 (53/1987, *Renault*) y la recaída en el asunto *Volvo* (238/1987). Las guías eran objetos de estos derechos según las legislaciones británica e irlandesa.

El Tribunal de Primera Instancia no atendió a estas y otras consideraciones sobre la base de razonamientos que, resumidamente, pasamos a exponer. El mantenimiento, en el caso sometido a su conocimiento, de los derechos de propiedad intelectual podría perjudicar el desarrollo de unos servicios europeos de radiodifusión, objetivo de la Directiva de TV sin fronteras (hoy, como sabemos, de Servicios de comunicación audiovisual), pues los espectadores habrían de acudir a multitud de revistas con la programación de un solo canal, lo que impulsaría a esos mismos espectadores a dejar de ver las emisiones de aquel canal del que dispusieran de una menor información, especialmente de los emitidos en lengua extranjera

En el caso concreto de la negativa al suministro de información por parte de los organismos de difusión televisiva, la primacía atribuida al Derecho comunitario, en especial, tratándose de principios tan fundamentales como el de la libre circulación de mercancías y el de la libre competencia, debía prevalecer sobre la utilización contraria a dichos principios de una disposición nacional sobre propiedad intelectual.

El Tribunal de Primera Instancia terminó por concluir que, en el asunto a debate, la demandada, reservándose el derecho exclusivo a la publicación de sus listas de programas semanales de TV, estaba obstaculizando la introducción en el mercado de un producto nuevo, a saber, una revista de TV capaz de ofrecer una información completa para todos los canales, producto para el que existía una demanda potencial procedente de los consumidores. A estos efectos, consideró el Tribunal significativo que algunos de los difusores autorizaran de forma gratuita sus listas de programas de un solo día junto con una selección de programas semanales de forma gratuita en la prensa irlandesa y del RU y las de sus listas completas semanales en otros estados miembros.

Finalmente, todas las reflexiones que sobre barreras de entrada preceden irían más bien referidas a la información sobre programación para medios impresos. No obstante, las mismas valdrían también para el caso de información sobre programación a fin de ser difundida sobre EPGs. Para este último caso, convendría, además, estar a lo dicho sobre barreras de entrada en el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV.

g) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de las listas con los avances de programas para televisión (remisión)

Razones de brevedad y la similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados inscritos en o relacionados con el segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas aconsejan agrupar su estudio más adelante en un solo apartado.

3) EL MERCADO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE ANTENAS PARABÓLICAS Y EQUIPOS RECEPTORES

a) Definición del mercado de producto pertinente de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores

En el asunto *Televes*, el TDC identificó el mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores como mercado afectado dependiente del principal de la TV de pago vía satélite. Debe matizarse que, como se ha tenido ya oportunidad de ver al tratar del mercado de la TV de pago, el modo de difusión empleado, ondas, cable o satélite, se tiene por irrelevante a los efectos de la identificación de ese mercado principal de la TV de pago por parte de las autoridades de la competencia. Ocurriría, en este caso de *Televes*, que las antenas parabólicas y equipos irían vinculados a un concreto modo de difusión, a saber, el que se basa en el satélite.

El mercado así identificado guardaría una muy estrecha relación con otros accesorios y absorbidos por el de la TV de pago, identificados en otros apartados de la tesis, en concreto, con el de los de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, a propósito de los que se hizo alguna mención al suministro de ciertos tangibles como descodificadores y tarjetas inteligentes (asunto *Cablevisión*). No obstante, la existencia, como veremos, de unas especiales barreras de entrada referidas, sobre todo, al suministro de antenas parabólicas, puede ser una razón que justifique su tratamiento en apartado independiente.

Identificar como mercado de producto el del suministro de antenas parabólicas no debiera plantear especiales dificultades atendiendo al criterio de la sustituibilidad de la demanda, pues resulta difícil imaginar que, ante una variación pequeña y no transitoria de precios de las parabólicas, los compradores pudieran recurrir a la compra de artilugios con similares prestaciones, máxime, considerando los engorros y costes asociados a la desinstalación e instalación.

En su decisión de 23 de septiembre de 1992 (IV/32.745 – *Astra*; Diario Oficial n° L 020 de 28/01/1993 P. 0023), observó la Comisión cómo el tamaño de la antena parabólica receptora depende de la potencia del satélite utilizado, de modo que los satélites de baja potencia requieren antenas parabólicas de grandes dimensiones, de más de 1,5 metros de diámetro, mientras que las señales procedentes de satélites de mediana o elevada potencia pueden captarse mediante antenas parabólicas mucho más pequeñas, idóneas para tejados individuales.

Sobre la base de estas diferencias técnicas, pretendieron las partes que existían diferentes mercados dentro del de la capacidad satelital, véase más abajo, en función de la potencia de los satélites; pretensión, no obstante, rechazada por la Comisión: *“Este argumento debe rechazarse en la medida en que presupone la existencia de mercados distintos para los satélites de baja potencia y para los de mediana potencia. De hecho, los satélites de baja y de mediana potencia ofrecen a los clientes las mismas posibilidades desde el punto de vista*

de su cobertura geográfica y de la transmisión a las cabeceras de los sistemas de distribución; los satélites de mediana potencia sencillamente ofrecen, además, la posibilidad de una recepción directa en el hogar (DTH) por medio de antenas parabólicas relativamente pequeñas. No obstante, la transmisión directa al hogar y la transmisión por cable pueden tener lugar simultáneamente. En países con sistemas de transmisión por cable muy desarrollados, en los que, por consiguiente, existen menores necesidades de recepción individual, los abonados a los servicios de transmisión por cable no saben si los programas que reciben son transmitidos por medio de satélites de baja o de mediana potencia, o por otros medios.”

Acudiendo al criterio de la sustituibilidad de la oferta, tampoco parece que, ante una hipotética subida por un determinado fabricante de parabólicas de los precios de éstas, pudieran los fabricantes de otros productos, rápidamente y sin costes adicionales, pasar a fabricar antenas parabólicas para competir con aquél.

En cualquier caso, la importancia de todo lo anterior quedaría diluida en el mercado minorista en la medida que el suministro de la antena parabólica suele integrarse dentro de una oferta más amplia como sería la procedente de un operador de servicios de TV de pago.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores

En el asunto de *Televes* no hubo una concreta definición del mercado geográfico de referencia, pero ateniéndonos al criterio del TDC, manifestado en el asunto de la fusión digital, conforme al cual los mercados accesorios tendrían la dimensión geográfica de su principal, la dimensión de este mercado habría de ser nacional pues tal era la dimensión del de la TV de pago. Recordemos que también las autoridades de la competencia atienden a la dimensión nacional del mercado geográfico de referencia en el caso de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Estas afirmaciones serían válidas para un mercado minorista de suministro de equipos receptores y parabólicas a los usuarios finales como ocurría en el caso *Televes*.

También atendiendo a criterios de sustituibilidad en sede de oferta y de demanda podría inferirse ese carácter nacional de este mercado y, precisamente, como consecuencia de esa nota de la accesoriedad. Así, dada la normal vinculación de la parabólica a la oferta de un operador de TV de pago, mercado de ámbito nacional, resultaría poco probable que los destinatarios de esta última oferta acudieran, para la adquisición de la antena, a un suministrador de ámbito geográfico diferente.

c) Entorno normativo del mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores

i) Europeo

Para una visión general del entorno normativo que circunda al mercado de que nos ocupamos, podría estarse en primer término al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), dispone una serie de normas aplicables a los equipos de consumo utilizados para la TV digital cuyo fundamento último es el de garantizar su interoperabilidad. Ahora bien, por tales equipos de consumo habrá que tener más bien los descodificadores y los televisores que lo llevan integrado, echándose de menos normas que, con igual objeto, vayan referidas a las antenas parabólicas.

Y lo mismo cabría decir en cuanto a la regulación que, con los mismos fines, se incorpora a la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal).

Pautas de normalización aplicables a la comercialización de las antenas parabólicas podrían encontrarse en otras normas europeas. Así, la Directiva 98/34, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, y cuyo ámbito de aplicación es tan amplio como para comprender, en general, *“a los productos de fabricación industrial”* (v. Art.1.1).

Otras previsiones específicas podrían resultar de la Directiva 2006/95, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión o la Directiva 2004/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética.

Debe, por lo demás, notarse que las antenas parabólicas de que ahora nos ocupamos son las de recepción, instaladas en los hogares para captar la señal de TV. Las de emisión tendrían, por su parte, la naturaleza de estaciones terrenas de enlace ascendente, integradas dentro del mercado de la capacidad satelital que más adelante estudiaremos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas. Estas últimas, las de transmisión o emisión, estarían regidas por la Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad, que excluye de su ámbito de aplicación las de recepción o, en sus términos literales, los *“equipos radioeléctricos de recepción destinados únicamente a la recepción de sonido y de emisiones de radiodifusión televisiva”* (v. núm. 4 del Anexo I).

La importancia, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, de todas estas normas residiría en su finalidad última de propiciar la circulación libre dentro de Europa de diversos

productos, entre los que quedarían comprendidas las antenas parabólicas que conforman el mercado de que ahora tratamos.

ii) Nacional

Dentro del ordenamiento jurídico español existen normas que, en la medida en que suponen trasposición de las europeas a que acabamos de hacer referencia, tendrán incidencia sobre el mercado que ahora consideramos de la comercialización de antenas parabólicas. Cuáles sean estas normas y cuál el grado en que inciden sobre el mercado que ahora consideramos puede colegirse con facilidad de lo dicho a propósito del entorno normativo nacional correspondiente al mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago y al de la capacidad satelital; con lo que bastaría con emplazar al estudio de los epígrafes correspondientes.

Esta remisión cabrá completarla con otro dato, a saber, el de que, conforme al Art. 6 de la Ley 37/95 de Telecomunicaciones por satélite, *“los equipos necesarios para la recepción y el acceso a los servicios de telecomunicación por satélite tendrán la consideración de equipo terminal de telecomunicaciones y les será de aplicación lo dispuesto para estos equipos en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones”* (hoy sería la Ley 32/2003). Si bien la Ley 37/1995 ha sido derogada por la LGCA, no ha variado el sentido de la anterior afirmación toda vez que, según su Art. 3.2.a, se excluyen de su ámbito de aplicación *“las redes y servicios de comunicaciones electrónicas utilizados para el transporte y difusión de la señal de los servicios de comunicación audiovisual, sus recursos asociados y los equipos técnicos necesarios para la recepción de la comunicación audiovisual. Su régimen es el propio de las telecomunicaciones”*.

d) El mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores en el asunto de Televes Vs. Vía Digital (caso Televes)

i) Identificación del agente de la supuesta práctica restrictiva y reseña general de ésta en el caso Televes

La autoridad de la competencia no procedió, en este caso, a una completa identificación de los sujetos involucrados en la práctica restrictiva. No obstante y a partir de otras fuentes, cabría decir que estos eran:

- a) **Vía Digital** era el sujeto activo de la supuesta práctica restrictiva de que conoció el TDC. Para su completa identificación valdría con remitirse a lo dicho para otros mercados como, por ejemplo, el de la TV de pago.
- b) **Televes** era uno de los primeros proveedores de antenas parabólicas para la recepción de señales de TV directas al hogar y de otros equipos de distribución y recepción de la señal de TV.

En la resolución del TDC de 27 de diciembre de 2000, éste decidió en la controversia surgida entre *Televes* y *Vía Digital* con motivo de una supuesta conducta prohibida derivada de una oferta promocional de servicios y equipos que la segunda asociaba a su oferta de

servicios de TV de pago vía satélite (Resolución Tribunal de Defensa de la Competencia, de 27 diciembre 2000 *Vía Digital*; Recurso contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia. Expediente núm. 423/2000).

ii) Análisis estático de la estructura del mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores y evaluación dinámica del juego de la competencia en el mismo en el en el caso Televes

El TDC partió de la premisa de que el disfrute de una posición de dominio en el mercado principal de la TV digital de pago vía satélite podía tener el efecto de limitar la competencia en el dependiente de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores.

Las reflexiones de la autoridad de la competencia recayeron sobre el mercado principal habida cuenta que la situación de los dependientes se encontraba a expensas y debía ser fiel reflejo de la de aquél. De lo anterior que el análisis del mercado realizado en este asunto por el TDC no fuera referido al mercado afectado y accesorio de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores, sino al principal de la TV digital de pago vía satélite.

Partiendo de los datos contenidos en el informe de la CMT, a los que inmediatamente haremos referencia, podríamos concluir que el mercado, principal con respecto al de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores, de la TV de pago era, en el momento de plantearse este caso, un mercado duopolístico donde sólo existían dos operadores: *Vía Digital* y *Sogecable*. Además, se trataba de un mercado concentrado donde el IHH pasaba de 5.300, teniendo en cuenta que para las Directrices de la Comisión a partir de un IHH por encima de 1.800 cabría ya hablar de mercado concentrado.

El mercado de la TV digital de pago vía satélite, además, era por aquel entonces un mercado de reciente aparición con fuertes barreras de entrada como las técnicas derivadas de la ausencia de interoperabilidad. De aquí que fueran necesarias cuantiosas inversiones y que éstas se tradujeran en un incremento de los precios soportados por el usuario final. De ahí, también, que para la captación de abonados resultara casi indispensable el concederles subvenciones que les ayudaran a adquirir los elementos necesarios para la recepción de la imagen, a saber, descodificadores y antenas parabólicas, lo que de hecho habían consumado los dos principales operadores en TV de pago: *Canal Satélite Digital* y la propia *Vía Digital*.

El concepto de posición dominante estudiado por el Tribunal de Justicia (Sentencias de 14 de febrero de 1978 y 13 de febrero de 1979, asuntos 27/1976 *United Brands/Comisión* y 85/1976 *Hoffmann-La Roche/Comisión*) admitía ser definido como “*la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores*”. De aquí que fueran dos los pilares sobre los que se sustentaba la noción de posición dominante: poder económico y comportamiento independiente.

Las cuotas en el mercado principal, y por extensión en el secundario, correspondientes a cada una de los operadores a 15 de enero de 1999, tomando como fuente el informe de la CMT de 1998, eran un 63 % para *Canal Satélite Digital* (604.800 abonados) y un 37 % (355.200 abonados) para *Vía Digital*. Estas cifras sirvieron al TDC para concluir la

imposibilidad de que *Vía Digital* pudiera desplegar una política comercial con independencia de la desarrollada por su competidor.

e) Barreras de entrada en el mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores

i) Barreras normativas

Una correcta sistematización de las barreras de entrada de tipo normativo existentes en el mercado de la comercialización de antenas parabólicas pueden encontrarse en la comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los principios generales de la libre circulación de mercancías y servicios en materia de utilización de antenas parabólicas (COM/2001/0351 Final), los cuales, en toda esta materia, deben ser interpretados a la luz del Art. 10, sobre libertades de expresión e información, del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. De ella se desprendería una tipología de las restricciones emanadas de las autoridades nacionales a propósito del uso de antenas parabólicas como medio de recepción de servicios relacionados con la radiodifusión y con la Sociedad de la Información.

Existirían, en primer término, **prescripciones técnicas impuestas** por normas de carácter estatal cuyo primer efecto podría ser el de restringir y llegar a impedir la libre circulación de productos, las propias antenas, pero que, yendo más allá, pudieran llegar al punto de afectar a la de los propios servicios de TV por satélite para los que aquellas son necesarias. Su contenido, de lo más diverso, iría desde el etiquetado hasta las dimensiones de la antena, pasando por la necesidad de someter el producto a una homologación previa a su comercialización.

En relación con estas prescripciones dimanantes de normas nacionales, habría también que hablar de otras disposiciones comunitarias que, de forma específica, regularían tanto las antenas de emisión como las de recepción y de las que resultaría la prohibición, dirigida a los estados miembros, de restringir la comercialización de todas esas antenas por razones de compatibilidad electromagnética o de seguridad en tanto en cuanto resultaran cumplidos los requisitos establecidos por aquellas otras normas europeas. Tan sólo, tratándose de antenas de emisión, resultarían admitidas tales restricciones, siempre que vinieran justificadas por la necesidad de evitar interferencias perjudiciales en el espacio radioeléctrico.

Al respecto de dichas prescripciones técnicas dispuestas por leyes nacionales, son reiteradas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre su incompatibilidad con las normas del Tratado sobre libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, sobre su carácter, en ocasiones, encubridor de discriminaciones por razón de nacionalidad - Vg., un determinado ancho de antena puede dificultar las emisiones procedentes de otros estados - y, en fin, sobre la necesidad de que las exigencias derivadas de tales prescripciones vengán a atemperarse por las propias del principio de proporcionalidad.

En segundo término, y con independencia de las normas sustantivas de que traigan causa, Vg. las urbanísticas a que a renglón seguido se aludirá, existen otras **de carácter procedimental** que imponen, para obtener la autorización de instalación de la parabólica,

trámites administrativos engorrosos, como la necesaria presentación de solicitud en formularios oficiales y acompañada de la documentación pertinente o el deber de sufragar los gastos correspondientes, cuyo efecto puede llegar a ser el de desincentivar la adquisición de la antena y restringir el comercio intracomunitario en términos similares a los expuestos en los párrafos anteriores.

En tercer lugar, y siguiendo el hilo de la comunicación de la Comisión, cabría citar las **restricciones derivadas de las propias normas arquitectónicas y urbanísticas** donde el respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad impondría ponderar el equilibrio entre el derecho fundamental del ciudadano a acceder a contenidos informativos y las necesidades estéticas de minimizar el impacto visual, y ello sin perjuicio de que la protección del patrimonio histórico pudiera en casos justificar un más alto grado de intervención.

Seguirían en cuarto y quinto lugar, respectivamente, los gravámenes impuestos por **normas de índole fiscal** sobre la adquisición de antenas, con el efecto de disuadir al público de su compra en beneficio de otros medios de difusión, y las **normas sobre recepción**, que podrían tener el de primar a unos modos de difundir la señal de TV con respecto a los demás, en relación con las cuales ya apuntaba la Comisión la conveniencia de ajustarse al principio de neutralidad tecnológica en aras de garantizar al ciudadano la elección del sistema de emisión o recepción que tuviera a bien.

En cuanto a las normas de índole fiscal, hay que decir que el TJUE ha considerado, en efecto, el establecimiento de un impuesto municipal sobre antenas parabólicas como obstáculo contrario a la libre prestación de servicios y a la libre recepción de programas televisados difundidos por satélite (Sentencia de 29 de noviembre de 2001; asuntos C-17/00; petición de decisión prejudicial planteada por el *Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale; François De Coster contra Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*).

ii) Otras barreras de entrada

El tratamiento bajo otros apartados de este trabajo, v. mercado de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, de todo lo referente a los suministros de equipos receptores (descodificadores y tarjetas inteligentes), nos permitiría centrar nuestras reflexiones en el segmento de la comercialización de las antenas parabólicas.

Dicho lo anterior, no parece que a la entrada en ese sector se opongan barreras de entrada de contenido económico ni tecnológico de especial significación dado el actual estado de la técnica. Ahora bien, con ser cierta la anterior afirmación, debe complementarse con la consistente en afirmar que la instalación y generalización de antenas parabólicas constituyen, en sí mismas, una barrera de entrada de contenido económico, en el sentido de inversiones necesarias para operar en el mercado relevante, de especial significación para acceder, no a este de que tratamos, pero sí a su mercado principal que es el de la TV de pago.

En este sentido, se ha apuntado también como variante de lo anterior, las barreras de entrada derivadas de los costes implícitos en la reorientación de antenas ya instaladas para captar la huella de determinado satélite, lo que de por sí puede suponer un importante coste de transferencia con vistas al cambio de operador de satélite en el mercado de la capacidad satelital.

f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores (remisión)

Razones de brevedad y la similitud entre los problemas de competencia planteados en los diversos mercados inscritos en o relacionados con el segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas aconsejan agrupar su estudio en el siguiente capítulo de la tesis.

4) RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES SOBRE LOS MERCADOS DEL SEGMENTO DE LOS RECURSOS ASOCIADOS A LAS REDES DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

a) Sobre las relaciones con otros mercados de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

Si el bucle local constituye el cuello de botella a través del que acceder al usuario final para la prestación de servicios de telecomunicaciones (hoy también de comunicación audiovisual a petición a través de IT y de comunicación audiovisual lineal o difusión televisiva también sobre protocolo IT o TVIP), los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (APIs, EPGs, decodificadores, tarjetas inteligentes, parabólicas, sintonizadores de TDT, etc.) son también una importante clave de acceso al televidente para la prestación de servicios de comunicación audiovisual lineal o a petición (hoy, y aunque de forma incipiente, también de servicios de comunicaciones electrónicas y de otros servicios de la Sociedad de la Información como los de TV digital interactiva).

De lo anterior que el control de los mercados a que dan lugar todos estos recursos asociados sea, desde un punto de vista estratégico, vital [Ver: Ungerer, H. *“Competition Policy and the Issue of Access in Broadcasting Markets: The Commission Perspective”*, Speech delivered on the occasion of the conference “Broadcasting Competition Law”, Brussels, 14 January 2003, at: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/> European Audiovisual Observatory (ed.), *“Regulating Access to Digital Television – Technical bottlenecks, vertically integrated markets and new forms of media concentration”*, IRIS Special 2004].

Pasando ya al examen de las relaciones con otros mercados, observar lo que sigue.

- a) **Mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales**. Por una parte, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales mantendría sus más estrechos vínculos con los de la difusión televisiva y con los de la TV digital interactiva, en la medida en que se trata de insumos necesarios para la prestación de todos ellos. Ahora bien, sobre la anterior afirmación hacer las siguientes precisiones. En primer lugar, que aunque se trate de servicios inicialmente relacionados con las plataformas de TV de pago, el proceso de digitalización de la TV terrestre conducirá a que algunos de ellos se vinculen también a las plataformas de TV en abierto. En segundo lugar, que será frecuente que, cuando estos servicios técnicos, administrativos y comerciales se vinculen a ofertas de TV de pago, los mismos sean prestados a los usuarios finales por el propio operador de la plataforma de TV pago, razón por la que las autoridades de la competencia tenderán a darle el tratamiento de mercado accesorio y absorbido por el principal de la TV de pago (así en *Via Digital*). En tercer lugar, que se trata de un mercado “cajón de sastre” dentro del cual quedarían comprendidos bienes y servicios de lo más heterogéneo, los cuales, tras un examen más en profundidad, pudiera ser que dieran lugar a mercados de producto independientes; si bien lo anterior no se considera necesario en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia.

Además de los casos estudiados, estas relaciones entre mercados quedaron ilustradas en el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N- 256 (*Liberty / Open TV*), donde el supuesto era el de la toma de control por parte de *Liberty Media* de *Open TV*. *Liberty* era una sociedad norteamericana que desarrollaba sus actividades a escala global en las áreas de medios de comunicación, ocio, tecnología y servicios de telecomunicaciones. Por su parte, *Open TV* era una sociedad domiciliada en las Islas Vírgenes Británicas que fabricaba *middleware* (sobre la definición de éste V. Op.) y otras aplicaciones informáticas necesarias para el funcionamiento de decodificadores de televisión interactiva.

El Servicio comenzó por sentar que la operación se enmarcaba dentro del amplio mercado de la televisión de pago y la televisión interactiva y, en particular, de los servicios técnicos. También remarcó que, si bien en el caso IV/36.539, *British Interactive Broadcasting/Open* (Op. Cit.), la Comisión había tenido ocasión de examinar el mercado de los servicios de televisión interactiva digital para pasar a considerarlo como un mercado diferente al de los servicios de televisión de pago, “*en España, teniendo en cuenta el escaso grado de desarrollo de los servicios interactivos en la actualidad, se podrían considerar como una actividad de valor añadido con respecto al negocio de la televisión de pago*”. También se remitió el servicio al referido pronunciamiento de la Comisión para observar que en el mismo se dejaba abierta la definición del mercado sin concretar la existencia de mercados más estrechos de producto, separando los servicios técnicos para televisión de pago de los servicios técnicos para televisión interactiva. Dentro del referido mercado de los servicios técnicos, el Servicio centró sus valoraciones en el submercado de suministro de *middleware* o software necesario para el funcionamiento de plataformas básicas de televisión interactiva, dado que este era el único en el que se encontraba presente la controlada *Open TV*.

Así, destacó la existencia de importantes barreras de entrada dentro del referido mercado del suministro de *middleware*. En relación con las tecnológicas, eran necesarias importantes inversiones en I+D ya que el mercado de la televisión interactiva estaba impulsado por los avances tecnológicos. Había además barreras de entrada que cabía calificar como económicas. Debido al enorme esfuerzo necesario para hacer frente a los costes que requería la instalación de redes de televisión y al impacto en la configuración global del sistema, una vez que un operador de *middleware* había puesto en marcha sus redes de televisión y sistemas, era difícil su desplazamiento del mercado. En el caso del mercado español, la fusión de *Canal Satélite Digital* y *Vía Digital* podía crear una barrera de entrada adicional como consecuencia del hecho de que todas las plataformas digitales de televisión controladas por *Canal+* utilizasen *middleware* creado por el propio grupo. Esta situación podía cambiar en años futuros como consecuencia de la estandarización de la tecnología necesaria.

A pesar de la existencia de esas barreras de entrada, el Servicio concluyó, tras su análisis del mercado, que a partir de su nacimiento en España hacia 1996, el mercado del *middleware* presentaba unos niveles aceptables de competencia actual y potencial. Aunque en España se encontraban presentes básicamente dos operadores (*Open TV* y *Canal+*), en el mercado mundial existían suficientes competidores de talla importante como *Liberate Technologies*, *Microsoft*, *NDS*, *Wink Communications*, *Worldgate*

Communications y Power TV. Existían otros factores de corrección añadidos como el de un importante poder compensatorio de la demanda. Los demandantes de *middleware* para servicios de TV interactiva eran básicamente los operadores de televisión de pago, grandes empresas que ejercían su actividad en un mercado altamente concentrado y con un alto poder de negociación. A la luz de lo anterior, la propuesta del Servicio fue la de no remitir el asunto al TDC.

- b) **Mercado de la comercialización de antenas parabólicas**. En segundo término, el mercado de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores bien cabría entenderlo subsumido dentro del anterior de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en la medida que se trata de tangibles necesarios para la prestación de servicios de difusión televisiva a los usuarios finales. Por lo anterior, valdría con remitirnos a lo que acabamos de decir en el párrafo anterior, si bien matizando que éste en concreto de las parabólicas y equipos receptores se relaciona sobre todo con el mercado de la TV de pago y, dentro de este último, con el de la basada en la plataforma satelital. Además, no resulta forzado considerar las parabólicas como recursos asociados a las redes de comunicaciones partiendo de la definición que de éstos da la Directiva Marco en el sentido de *“aquellos recursos asociados con una red de comunicaciones electrónicas y/o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan y/o apoyen el suministro de servicios a través de dicha red o servicio...”*.
- c) **Mercado de las listas con los avances de programación**. En tercer lugar, las listas con los avances de programación podría entenderse que dan lugar a un mercado ascendente con respecto al de los servicios técnicos, administrativos y comerciales – en ese sentido se relacionan con él – desde el momento en que son insumos necesarios para la prestación de los servicios de guía electrónica de programación; aunque, ya vimos, en el caso *Magill* se relacionaban más con los medios impresos que con los electrónicos.

Por último, dejar clara la relación de los mercados anteriores, sobre todo de los dos primeros, con los de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, lo que bien a las claras resulta de la propia denominación del segmento en que se inscriben y de la definición que de los mismos da la Directiva Marco conforme a lo que se ha dejado reflejado más arriba.

b) Sobre la identificación de mercados de producto pertinentes y geográficos de referencia dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

La identificación de los anteriores como mercados de producto no es del todo nítida atendiendo a la existencia de una serie de factores de indefinición que resultan de lo expuesto en el apartado anterior. En todo caso, por simplificar, puede ser útil hablar de un único mercado (minorista) de la prestación a usuarios finales de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV (en abierto, de pago o interactiva); dentro del mismo quedaría incluido el otro, identificado partiendo de la resolución del caso *Televés*, de la comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores. Lo anterior es lo práctico, aunque pueda no ser del todo satisfactorio desde el punto de vista de la prueba del monopolio hipotético. En este sentido, será probable que varios de los bienes, p.e., descodificadores o

software de acceso condicional, y servicios, p.e., comerciales o técnicos, incluidos dentro de este mercado, basten por sí mismos para dar lugar a diferentes mercados de producto, como será probable también que se produzca ese efecto en el caso de bienes y servicios orientados a la prestación de servicios de TV de pago, de TV en abierto o de TV interactiva. En todo caso, y como se dijo, el hacer labores de “desglose” dentro de este mercado “cajón de sastre” tampoco parece que tenga un especial sentido y, de hecho, las autoridades de la competencia no lo hacen.

Los autores, al referirse a la definición del mercado relevante (Pellisé Capell, J.: “*La explotación abusiva...*”, Op. Cit., Págs. 199 y Ss.), se ocupan de los que denominan “Los grupos de productos”. Y así sostienen que cuando varios productos son comercializados en el mercado como un lote puede considerarse que los mismos integran un único mercado aún cuando no sean sustitutivos entre sí. P.e., en *ECS/AKZO (1985)* (Decisión de 14 de diciembre de 1985, ECS/AKZO, DOCE L 374/1 de 31 de diciembre, núm. 94), la Comisión acudió a este concepto para definir el mercado relevante y consideró que los aditivos para harina compuestos de cinco productos distintos y no intercambiables constituían un mercado porque los proveedores los vendían a sus clientes en un mismo lote. Si podría tener sentido desgajar de ese mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV el de las listas con los avances de programación con el fin de situarlo como mercado ascendente respecto de aquél, atendiendo a que esas listas conforman una información necesaria para la prestación de servicios de EPG.

Todas las anteriores dificultades obstaculizan también la definición del mercado geográfico de referencia, si bien la pauta, en todos los casos, es la de dar a estos mercados la misma dimensión geográfica que la que tiene su principal de la TV. En este sentido, debe recordarse la dimensión nacional de los mercados de la TV en abierto (telespectadores), de la TV de pago y de la TV interactiva. Lo anterior puede resultar especialmente claro cuando los servicios accesorios los preste al usuario final el mismo operador de la plataforma de TV. Menos claro puede ser cuando esos servicios los preste al propio usuario final un operador independiente del que opera la plataforma de TV o cuando hablemos de mercados mayoristas, p.e., los mercados en los que los operadores de plataformas de TV de pago por satélite adquieran los descodificadores de los fabricantes para suministrárselos a los abonados a su oferta de TV de pago, casos en los que cabría que llegara a ensancharse la dimensión geográfica del mercado hasta el punto de llegar a ser europea, como entendió el TDC para los descodificadores en el caso *Cablevision*; a lo que ayudará la existencia de unos parámetros europeos de estandarización que faciliten la circulación dentro del mercado común de todos esos productos y servicios.

Finalmente, debe considerarse que, al margen de esos mercados concretamente identificados en ciertas resoluciones de las autoridades de la competencia, los mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas son mercados sujetos a las previsiones de la Directiva Marco y de las Directivas específicas. Lo anterior haría posible, en principio, la identificación con arreglo a esas directivas, dentro de ese segmento, de mercados en los que, por existir PSM, fuera conveniente la imposición de obligaciones específicas como las previstas en la Directiva Acceso y la Directiva Servicio Universal. En este sentido, el Art. 5 de la propia Directiva de Acceso dispone que las medidas previstas en él, y que podrán ser impuestas por las ANRs a los prestadores de servicios de acceso condicional para que faciliten el acceso a los mismos a otros operadores en condiciones no discriminatorias, han de ser entendidas con independencia de las obligaciones que de modo específico pudieran ser impuestas a las

empresas con un poder significativo en el mercado con arreglo a las normas generales por las mismas ANRs. En ese sentido, el Art. 8 Ap. 3 de la misma Directiva de Acceso contempla aquel supuesto como uno de los excepcionales en los que cabe la imposición de obligaciones específicas a operadores sin PSM.

La transcripción de las medidas previstas en dicho Art. 5 es: “-a) en la medida en que sea necesario garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la obligación de interconectar sus redes cuando no lo hayan hecho; en casos justificados y en la medida en que sea necesario, las obligaciones a las empresas que controlen el acceso a los usuarios para que sus servicios sean interoperables; b) en la medida en que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a los servicios digitales de radiodifusión y televisión que determine el Estado miembro en cuestión, obligaciones a los operadores para que faciliten acceso a los demás recursos contemplados en la parte II del anexo I en condiciones justas, razonables y no discriminatorias (APIs o Interfaces del Programa de Aplicación y EPGs o Guías Electrónicas de Programación.” (Aps. 1 y 2 del Art. 5).

Ocurriría, sin embargo, que ninguno de los mercados identificados conforme a la Directiva Marco y a sus instrumentos de desarrollo (Recomendación y Directrices; *Vid Supra* tomo I) se relacionarían con el segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas. Así, cabría observar que, como se vio en su lugar, para la identificación *ex ante* de mercados de producto en los que resultara necesaria la imposición de obligaciones específicas (*remedies*), la Recomendación manejaba parámetros que giraban en torno a la existencia de barreras de entrada que fueran a permanecer a lo largo de un horizonte temporal considerado pertinente y que no pudieran ser salvadas mediante la aplicación de las normas generales del Derecho de la Competencia. Partiendo de lo anterior y de la existencia de una profusa normativa tendente a garantizar que los bienes y servicios inscritos dentro del segmento de los recursos asociados resulten plenamente interoperables y se ajusten a unos criterios europeos de normalización, podría cobrar sentido la falta de identificación *a priori* de mercados dentro de dicho segmento con arreglo al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

c) Sobre el entorno normativo de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

A la hora de destilar conclusiones sobre el entorno normativo aplicable al mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV conviene retener la idea de que sólo los servicios técnicos están investidos de peculiaridades que doten a esas conclusiones de sentido. Dicho lo anterior y comenzando por el ordenamiento jurídico comunitario, la idea esencial es la de la existencia dentro de la Directiva Marco y de alguna de las Directivas específicas de toda una serie de normas, ya suficientemente expuestas, tendentes a garantizar la interoperabilidad y conformidad con los estándares europeos, de dispositivos físicos y lógicos como APIs, EPGs, decodificadores, equipos receptores, etc., así como la accesibilidad a los sistemas de acceso condicional por parte de operadores diferentes de los que los gestionan. Tras de estas normas late el deseo de permitir la libre circulación a escala comunitaria de los servicios de difusión televisiva en abierto o en forma encriptada, así como la de los servicios de TV digital interactiva. Dentro del ordenamiento jurídico español todas

esas previsiones han sido objeto de implementación a través de la Ley General de Telecomunicaciones vigente, de la Ley General de Comunicación Audiovisual y de algunas otras normas reglamentarias de complemento de las que dimos ya cumplida cuenta.

En el caso concreto de las antenas parabólicas (de recepción), se echan de menos, dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y de las leyes nacionales de transposición del mismo, normas específicamente referidas a las mismas. Ahora bien, con independencia de lo anterior y también de la existencia de otra normativa sectorial (p.e., la tendente a garantizar su compatibilidad electromagnética por razones de salubridad), la libre circulación de las parabólicas dentro del territorio de la UE tendría que venir garantizada por las disposiciones de la Directiva 98/34, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, y cuyo ámbito de aplicación es tan amplio como para comprender, en general, “*a los productos de fabricación industrial*”; y, a escala nacional, por la normativa de implementación de esta última Directiva a la que ya nos referimos.

En cuanto al “mercado” de la información para la confección de Guías Electrónicas de Programación, al margen de que estas últimas, que son el destino de esa información, queden incluidas dentro del mercado de los servicios técnicos, no existe dentro del ordenamiento jurídico comunitario ninguna previsión específica al respecto. Dentro del ordenamiento jurídico español, han sido, primero, la Ley 25/94 de incorporación de la Directiva de TV sin fronteras y, luego, la LGCA (junto con alguna norma reglamentaria de desarrollo; *Vid Supra*) las que han introducido una serie de normas, que dejamos ya apuntadas, directamente encaminadas a evitar la contraprogramación y a preservar el derecho de los televidentes, en cuanto que consumidores, a ser informados de esa programación con la antelación debida. Esta regulación, en combinación con otra de ámbito autonómico a la que igualmente nos referimos, tendría que ser bastante para que no llegaran a reproducirse en nuestro país situaciones como la vivida con el caso *Magill*.

d) Sobre el análisis de la estructura de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España

A pesar de que los mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados son, como hemos visto, mercados sujetos al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, el dato de que no haya llegado a identificarse *a priori* dentro de ese segmento ningún mercado en el que, por existir operadores con PSM, deban ser impuestas obligaciones específicas, nos mueve a hilar conclusiones sobre el análisis de estos mercados desde el enfoque que proporcionan los instrumentos generales de la Comisión, si bien con las debidas adaptaciones.

Así, tendríamos que, a diferencia de otros mercados que hemos visto, en los cuales primaría, a la hora de fijar las cuotas de mercado, el criterio del valor de las ventas, por el peso de la marca, en estos que ahora nos ocupan podría, al menos en ciertos casos, llegar a primar el del volumen de las ventas. En efecto, si tomamos el ejemplo de la venta al por menor de descodificadores a los usuarios finales, dado que para estos puede resultar indiferente cual sea la marca de los mismos - todos tienden a estar estandarizados y a

proporcionar una utilidad muy similar - podrían muy bien fijarse las cuotas de mercado atendiendo al número de unidades comercializadas.

Además, si nos centramos en la hipótesis más frecuente dentro del mercado español de la TV de pago, que es la de que los productos y servicios incluidos dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales sean suministrados a los televidentes por el propio gestor de la plataforma de TV por satélite, lo más probable será que la situación dentro de ese mercado accesorio no sea más que un reflejo de la existente en el principal. Así, la existencia de monopolio dentro del mercado nacional de la TV de pago traerá consigo la existencia de monopolio también dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Distinto podría ser el caso de la TDT en el que la figura del difusor televisivo y el proveedor de, por ejemplo, los sintonizadores lo usual es que no coincidan.

Lo anterior se percibe en todos los casos que estudiamos de identificación de este mercado global de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, lo que dejaría sin sentido la formulación de conclusiones sobre el análisis de este mercado en la medida en que valdría con remitirse a la situación existente dentro del mercado principal respectivo, casi siempre el de la TV de pago.

e) Sobre la evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España

i) Ante concentraciones de empresas

(1) Concentraciones horizontales

Por los mismos motivos que expusimos con relación al análisis del mercado, procederá que la evaluación del juego de la competencia en el mismo la afrontemos desde el enfoque que proporcionan los instrumentos (directrices) generales de la Comisión, si bien con ciertas modulaciones, a partir de esos mismos instrumentos específicamente referidos a los mercados de las comunicaciones electrónicas, por el hecho de participar de esta última naturaleza los mercados inscritos en o relacionados con el segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.

Conforme a los criterios generales, a los que hay que estar dada la indefinición *a priori* de mercados dentro del segmento de los recursos asociados conforme a la Directiva Marco y a sus instrumentos de desarrollo, la ponderación del juego de la competencia tendría que pasar por proyectar cierta operación o práctica sobre el mercado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV a fin de dilucidar si reducirán el desenvolvimiento de la competencia en el mismo más allá de umbrales tolerables conforme a la legislación *antitrust*.

En los mercados que nos ocupan esas restricciones del juego de la competencia, más que afectar a los parámetros de la calidad o de los precios, que tienden a diluirse en los de la propia oferta de los servicios de difusión televisiva de carácter principal, proyectarán más bien sus efectos sobre el de la innovación. Si nos ceñimos, dentro del mercado de la TV de

pago por satélite, al suministro de descodificadores, la problemática más habitual será la de que, habiendo generalizado el proveedor de servicios de TV de pago un modelo determinado de descodificador, cuya adquisición por los abonados él mismo subvencionará, su mayor interés se cifrará en renovar lo más tarde posible el parque de descodificadores, aunque hayan quedado obsoletos, a fin de amortizar la inversión.

Teóricamente, dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales lo mismo podría ocurrir que el juego de la competencia viniera restringido por concentraciones de operadores activos en el mercado, como que ese mismo juego se viera recortado por concentraciones no horizontales ya verticales ya conglomerales.

Si nos centramos en las concentraciones horizontales, será lo más frecuente que, a raíz de la concentración de dos empresas activas dentro del mercado principal de la TV de pago en España, la entidad resultante de esa concentración vea también reforzada su posición dentro del mercado accesorio que ahora estudiamos. En el caso de que, como consecuencia de lo anterior, llegue a crearse o consolidarse una posición dominante dentro del mercado accesorio, ello podrá derivar en abusos de carácter anticompetitivo, p.e., la exclusión de sistemas de acceso condicional competidores, o explotativo, p.e., el ya mencionado de la imposición a los usuarios finales de descodificadores próximos a la obsolescencia.

Por otra parte, dada la hipótesis más habitual en el mercado español de la concentración entre dos plataformas de TV, activas también en el mercado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales, lo más normal sería que este último fuera también considerado, de acuerdo con el Reglamento europeo de concentraciones y su Reglamento de Aplicación, como mercado de referencia en el que evaluar la posición de la nueva entidad nacida de la concentración, por más que, como venimos refiriendo, tiendan las autoridades de la competencia a entender dicho mercado absorbido por el principal de la difusión televisiva.

Por lo demás, dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto cuál sea la cuota disfrutada por la nueva entidad surgida de la operación dentro de ese mercado o el incremento del grado de concentración directamente derivado de la concentración. En cualquier caso, la especial vinculación de este mercado a su principal de la TV de pago, determinará, como consecuencia de la tendencia al cuasimonopolio de este último, que cualquier integración de proveedores activos en aquél lleve a que la competencia se resienta de un modo especial dentro del propio mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales merced a la creación o refuerzo de una posición de dominio.

Pasando al examen de los efectos anticompetitivos derivados de una concentración de operadores activos en el mercado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales, hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, los efectos no coordinados, es decir, los asociados a la atenuación de la presión competitiva que hasta la operación vinieran haciéndose las partes dentro de ese mercado, no tendrían un especial protagonismo y más bien quedarían absorbidos por los efectos de esa misma clase verificados dentro del mercado principal de la difusión televisiva; p.e., en el caso *Vía Digital*, la importancia de que las partes dejaran de competir en la comercialización de descodificadores entre los abonados era nimia comparada con la derivada del hecho de que dejaran de hacerlo dentro del mercado principal de la TV de pago.

En todo caso, factores de agravación de esos efectos no coordinados serían no sólo el de las elevadas cuotas normalmente disfrutadas por las concentradas dentro del mercado accesorio,

sino también el de la existencia de limitaciones para que los clientes cambien de proveedor, entre otras razones, por la existencia del mencionado sistema de subvenciones asociadas al suministro de los descodificadores o por la necesidad de reorientar las parabólicas, o el de quedar la nueva entidad en posición de excluir a sus competidoras mediante la imposición de sus propios estándares; aunque este último riesgo, en un plano estrictamente normativo, tienda a quedar excluido a consecuencia de toda una serie de normas europeas y nacionales orientadas a garantizar la interoperabilidad.

Los efectos anticompetitivos coordinados si podrían cobrar un mayor relieve. En primer lugar, es perfectamente imaginable que la concentración entre las partes consagre por la vía de la unificación de personalidades la cooperación horizontal que hasta entonces pudiera existir entre las mismas para, por ejemplo, imponer en el mercado un determinado sistema de acceso condicional. En segundo lugar, cabría también que, dado que el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales es un mercado con tendencia a la concentración, la operación arroje un escenario en el que pudiera resultar probable que esa cooperación horizontal llegara a darse entre la nueva entidad y otra con una cuota también elevada dentro del mismo mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV. Probablemente, el mejor enfoque para afrontar el estudio de estos efectos coordinados sea el de entenderlos como una variante de la cooperación horizontal (acuerdos de estandarización, acuerdos de transferencia de tecnología, etc.) cuyo análisis abordaremos más abajo.

Y en lo que concierne a los posibles factores de neutralización de los anteriores efectos anticompetitivos, cabría observar lo siguiente. En cuanto a la existencia de poder de compra, habría que establecer algunas distinciones. Dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, que hemos estudiado sobre todo en su condición de mercados minoristas, en el sentido de mercados de servicios prestados a los usuarios finales, el poder de compra ejercido por los televidentes sobre los proveedores de esta clase de servicios será, prácticamente, inapreciable. Muy diferente podría ser la situación en el caso de los mercados mayoristas, en los que las plataformas de TV comprenden, por ejemplo, el *software* de acceso condicional o los descodificadores a proveedores independientes, donde el poder de compra de las segundas podría llegar a ser muy intenso.

En el caso de los mercados relacionados con la información sobre programas para su inserción en las EPGs, por razones ya estudiadas a propósito del caso *Magill*, y suponiendo que pudiera llegar a hablarse en este caso de un auténtico mercado, por mediar el pago de cantidades a cambio de esa información, la posición de fuerza estaría más bien del lado de los proveedores: los difusores, que podrían llegar a monopolizar esa información a la que sólo ellos tienen acceso, por más que con sujeción a importantes límites legales expuestos ya en su lugar, y relacionados con el derecho de los usuarios a conocer la programación con la antelación debida.

En cuanto a la competencia potencial dentro de todos estos mercados, la misma estaría severamente recortada en los mercados (minoristas) de servicios técnicos, administrativos y comerciales dado que lo normal será que los mismos se vinculen a una determinada oferta de TV de pago. En cambio, esa competencia potencial podría ser más intensa en los mercados mayoristas a los que nos acabamos de referir; y sería prácticamente nula en los mercados de la información sobre programación en la medida en que, como acabamos de observar, la misma sólo se encuentra disponible, en un momento inicial, para el propio difusor que emite esa programación.

Finalmente, las eficiencias podrán existir dentro de estos mercados cuando, por ejemplo, la concentración horizontal aspire a la generalización de un determinado sistema de acceso condicional especialmente neutro; sin embargo, lo más normal será que esas eficiencias puedan llegar a ser obtenidas a través de medios menos restrictivos que una concentración (Vg., cooperaciones en I + D).

(2) Concentraciones no horizontales

Podríamos ocuparnos de los siguientes supuestos:

- ❖ **Concentraciones verticales**. Centrados en la realidad del mercado español, podríamos empezar por plantearnos la posibilidad de concentraciones verticales en las que alguno de los agentes implicados pudiera estar activo en cualquiera de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.

En el caso de los mercados de los servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV de pago, no cabría pensar en lo anterior cuando los mismos fueran generados por la misma plataforma de TV de pago, pues, en tal caso, el mismo agente económico estaría presente en ambos mercados. Sí podría, en cambio, suscitarse cuando no se diera esa identidad, es decir, cuando la plataforma de TV de pago adquiriera esos *inputs*, necesarios para la prestación de servicios de difusión televisiva a los usuarios finales, de otras compañías especializadas situadas en eslabones superiores de la cadena de valor y que actuarían como proveedores de los mismos.

Así, supongamos que *Sogecable*, que gestiona la plataforma de TV de pago por satélite *Digital Plus*, absorbiera a un proveedor de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago (p.e., *Thomson*). En este caso, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago podría, perfectamente, ser considerado mercado afectado por la existencia de relaciones verticales, pues *Sogecable* disfrutaría de una cuota superior al 25 % en el mercado posterior de la TV de pago.

La nueva entidad (*Nueva*) es probable que quedara en situación de poder en al menos uno de los mercados afectados. Aún admitiendo que el mercado (mayorista) ascendente de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago tuviera una dimensión geográfica superior a la nacional y que, en consecuencia, la cuota de mercado de *Nueva* en el mismo quedara por debajo del umbral del 30 %, lo cierto sería que la sección descendente de la concentrada en el mercado posterior de la TV de pago, mercado muy concentrado, disfrutaría de una cuota muy por encima de ese umbral del 30 % que, en las Directrices de la Comisión sobre esta clase de concentraciones, es el que puede definir la existencia de poder de mercado.

Partiendo de lo anterior, y precisamente por la existencia de ese poder de mercado, es probable que las autoridades de la competencia, ante una concentración tal, hubieran de pasar a examinar los efectos anticompetitivos de la operación. Ahora bien, de esos efectos, los que ahora nos importarían, serían sólo los que pudieran llegar a proyectarse sobre el mercado afectado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV de pago.

Si empezamos por referirnos a los efectos anticompetitivos no coordinados en ese mercado, los mismos habría que cifrarlos en el hecho de que, como consecuencia de la integración vertical, los competidores de la sección ascendente de *Nueva* pudieran quedar excluidos del mercado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales a consecuencia del bloqueo de clientes, esto es, de no poder suministrar a la sección descendente de la concentrada. Como en el caso del bloqueo de insumos, el bloqueo de clientes admite gradaciones que irían desde la negativa a que la división descendente compre a los competidores ascendentes hasta que reduzca los pedidos pasando por compras a precios por debajo de un nivel competitivo.

Sin embargo, resultaría más que dudoso que *Nueva* llegara a disfrutar de la capacidad necesaria para operar ese bloqueo de clientes, dada la existencia de un buen número de competidores en el mercado, de dimensión probablemente superior a la nacional, de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, la posibilidad de que los mismos pudieran dar con compradores alternativos para sus productos o servicios o la de que pudieran dedicarlos mismos a usos alternativos (p.e., servicios para TV en abierto o TV interactiva).

En segundo lugar, los efectos anticompetitivos coordinados habría que situarlos en el riesgo de que la concentración vertical pudiera crear un ambiente propicio para la colusión, a raíz de la mayor condensación del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, entre la sección ascendente de *Nueva* y alguno o algunos de sus competidores. Sin embargo, tampoco lo anterior llegaría a ser relevante por el hecho de hallarnos ante un mercado muy atomizado, con multitud de proveedores, en el que resultaría enormemente difícil crear y, mucho más, mantener estrategias de coordinación.

Sentado que la concentración vertical no daría lugar a efectos anticompetitivos en el mercado, afectado por la existencia de relaciones verticales, de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, tampoco habría que plantearse la existencia de neutralizadores de esos efectos.

- ❖ **Concentraciones conglomerales.** Centrados en la incidencia, en el mercado español, de las concentraciones conglomerales, también podrían hacerse algunas reflexiones. Si nos situamos en el nivel mayorista, dado que partimos de ese carácter de cajón de sastre del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV, bien podría suceder que empresas diferentes activas en mercados complementarios, p.e., *software* de acceso condicional y descodificadores, llegaran a integrarse, dando lugar a una única entidad suministradora de esos servicios o productos complementarios a organismos de radiodifusión. Sin embargo, en este caso, con toda probabilidad, ni tan siquiera llegaría a darse el presupuesto del poder de mercado, al ser los complementarios mercados con un bajísimo índice de concentración. Lo anterior haría innecesario el examen de efectos anticompetitivos y, con mayor razón, de posibles neutralizadores de los mismos.

Algo podría cambiar la situación en el nivel minorista si, por ejemplo, una plataforma de TV, con una cuota de más del 25 % en el mercado de la TV de pago, se integrara con otra, con una cuota también superior al 25 % en el mercado, complementario del anterior, de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago a los usuarios finales (se trata de los umbrales manejados en el Reglamento de

Aplicación del de Concentraciones). Sin embargo, tampoco lo anterior parece responder a la realidad del mercado español, en el que, por lo que venimos diciendo, no llega a darse un desdoblamiento que permita barajar esa hipótesis de concentración conglomeral. Ello es así porque la plataforma mayoritaria de prestación de servicios de TV de pago es la que ha extendido entre los televidentes sus propios servicios técnicos, administrativos y comerciales mediante técnicas como, por ejemplo, la subvención de los descodificadores, sin dar lugar a la prestación de los mismos por operadores independientes de la propia plataforma de TV de pago.

- ❖ **El ejemplo de la integración de Canal+ Technologies (servicios técnicos) en Thomson (suministro de descodificadores).** Otro supuesto que presentaba un indudable paralelismo con el caso *Liberty/Open TV* – supra - fue el enfrentado también por el Servicio de Defensa de la Competencia a través de su Informe N- 297 (*Thomson/Canal+ Technologies* o *C + T*). *Thomson* era una sociedad francesa dedicada a la electrónica cuyos principales sectores de actividad eran: componentes electrónicos, soluciones digitales, electrónica de consumo, gestión de patentes y licencias y productos y servicios para nuevos medios de comunicación como TV digital, etc. Dentro de este último segmento, se incluía la fabricación y comercialización de decodificadores digitales de TV de pago.

Por su parte, *C + T* era una sociedad francesa que se dedicaba a la prestación de servicios técnicos para televisión digital de pago. En particular, *C+T* diseñaba y licenciaba soluciones digitales de *middleware* y *software* de acceso condicional para operadores de TV de pago. El *software* de acceso condicional (SAC) digital, comercializado bajo la marca *MediaGuard* permitía acceder a los abonados a la TV de pago a contenidos que se emitían codificados. El *software* necesario para el funcionamiento de servicios interactivos (*middleware*), comercializado bajo la marca *MediaHighway* era un *software* que permitía a los espectadores el acceso, a través de un televisor conectado a un decodificador, a servicios interactivos como los bancarios, e-mail, juegos, compras y otros.

De lo que se trataba era de la toma la adquisición de *C + T* por parte de *Thomson*.

El Servicio hizo consideraciones sobre el mercado de producto casi idénticas a las que vimos en el caso *Liberty / Open TV*. Tal vez la diferencia esencial cupiera cifrarla en el hecho de que si bien en este último caso limitó sus reflexiones al submercado del *middleware*, en el caso *Thomson/Canal+ Technologies* las extendió, además de a este último, al submercado del *software* de acceso condicional digital. Yendo más allá, el Servicio observó además que, como la adquirente *Thomson* operaba en la comercialización de descodificadores y tras la operación pasaría a hacerse con un conjunto de productos necesarios para la prestación de servicios técnicos de TV de pago y servicios interactivos, se hacía preciso valorar la operación también en el mercado de decodificadores digitales y en el mercado de los servicios técnicos en su conjunto

A pesar de los riesgos de integración vertical derivados de este hecho, es decir, de que *Thomson*, a raíz de la operación, se hiciera con insumos necesarios (*Software* de Acceso Condicional y *Middleware*) para la prestación, aguas abajo, de servicios técnicos relacionados con la TV digital interactiva y de pago, el Servicio decidió también en este caso no someter el asunto a la decisión del TDC. Las razones de lo

anterior eran básicamente dos, a saber: **(i)** el mercado de decodificadores se caracterizaba por un elevado nivel de fragmentación y por un alto grado de competencia entre los diferentes proveedores, operadores multinacionales con cuotas de mercado próximas y una capacidad técnica y financiera comparable; **(ii)** las soluciones de *Software* de Acceso Condicional y *Middleware* de *C + T* eran compatibles con cualquier decodificador perteneciente a otras marcas diferentes de la marca *Thomson*; desde 2001 todos los decodificadores vendidos incorporaban cargadores que permitían a los operadores de TV cambiar la solución de SAC y *middleware* utilizada sin tener que reemplazar la base instalada de decodificadores y, finalmente, cada una de las soluciones de *Software* de Acceso Condicional o *Middleware*, por separado, eran compatibles con otras soluciones de otros proveedores distintos.

ii) Ante abusos de posición dominante

(1) Posibilidad de existencia de abuso

Realmente, el riesgo de abusos de posición dominante en todos estos mercados es poco significativo en España. Lo anterior es así porque, normalmente, faltará uno de los presupuestos de esta práctica restrictiva, cual es la posición dominante.

Si nos referimos al mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV en su vertiente mayorista, es decir, cuando se trata de proveedores que surten de los mismos a los organismos de radiodifusión, habría que observar que se trata de mercados desconcentrados en los que las empresas activas en los mismos resulta impensable que puedan desarrollar un comportamiento independiente del de sus competidores y clientes. Las cuotas de mercado de los operadores son reducidas, máxime si consideramos que puede tratarse de mercados de dimensión geográfica supranacional, e inestables; las barreras de entrada y de salida son poco significativas.

Por otra parte, y centrados en un plano minorista, es decir, cuando todos estos servicios técnicos, administrativos y comerciales se prestan a los televidentes, tampoco la figura del abuso podría cobrar un especial relieve partiendo de que, como sabemos, las autoridades de la competencia consideran estos mercados como accesorios y absorbidos por el principal de la difusión televisiva. En este sentido, más bien, habría que remitirse al estudio de esta práctica restrictiva de la competencia en el mercado principal.

Dicho lo anterior, no obstante, cabría pensar en que el control ejercido por el organismo de difusión sobre toda esta plataforma tecnológica bien podría contribuir a apuntalar su posición dominante en el mercado de la difusión televisiva, normalmente de pago. En TV en abierto, la situación podría ser diferente, al no vincularse a la oferta audiovisual de un difusor determinado (p.e., *Telecinco* no vincula la entrega de un sintonizador digital a su oferta audiovisual). Así, cabría imaginar que el difusor de pago, también prestador de estos servicios accesorios al por menor, pueda llegar a no temer la presión competitiva ejercida por otros operadores interesados en la prestación a escala minorista de estos servicios accesorios que, en pura teoría al menos, admiten ser prestados con independencia de los de comunicación audiovisual.

En el anterior escenario, la cuota en el mercado minorista de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago podrá dar lugar a posición

dominante si dominante es también la posición del difusor en el mercado principal. En este sentido, las autoridades españolas de la competencia aplican parámetros similares a los de las europeas y se fijan en la cuota de mercado de la empresa para ponerla en relación con la de sus competidores, sobre todo de los más cercanos.

En esta última línea, también en *Bacardí* (1999) entendió el TDC que “una elevada cuota de mercado de una empresa - en ese caso de un 70% - no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante”. El Tribunal en algún momento ha considerado cuotas elevadas (en torno al 60-70%) un buen indicio de posición dominante; así en *Roca radiadores* (Resol. de 28 de septiembre de 1995, as. 356/1994), y en *Arbora Ausonia* (Resol. de 22 de mayo de 1992, as. 291/1990). Sin embargo, en la valoración de esas cuotas el Tribunal prestó especial atención al tamaño relativo. Así, en ambos pronunciamientos, pese a la importancia de las cuotas consideradas, en su valoración no dejó de ponerlas en relación con la cuotas de los principales rivales, siendo así que en *Arbora Ausonia* la del competidor de mayores ventas no alcanzaba el 10 % y en *Roca Radiadores* la del 13 %, lo que sobre todo en *Roca* fue determinante en la definición de la posición de dominio.

Aplicando pues la anterior doctrina sólo al caso de la TV de pago, bien cabría entender como posición dominante la de *Sogecable* en mismo y, si partimos de este dato, nos encontraremos con que *Sogecable* disfrutará también de una posición dominante en el mercado minorista de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Además de elevada, su cuota de mercado será estable, hasta el punto de haber rebasado el umbral de 5 años a que se refieren los autores, lo que cobra un especial relieve si consideramos que se trata de un mercado teóricamente de los rápidos, por la impronta tecnológica, en el que podría justificarse un umbral temporal incluso menor.

Habría ciertos factores que ayudarían a terminar de perfilar esa posición dominante: por la existencia de barreras de entrada; por el alto grado de integración conglomeral de *Sogecable*, que cubriría toda una gama de productos o accesorios relativos al servicio relevante de la TV de pago; por la imagen de marca proyectada por *Digital Plus* también sobre los servicios accesorios; por tratarse de un grupo empresarial especialmente fuerte; por el hecho de dar lugar la infraestructura física y lógica en que se soportan estos servicios a una clave de acceso al abonado que bien cabría catalogar de instalación esencial y generar escenarios cercanos al aprovechamiento de situaciones de dependencia económica, etc.

A la vista de lo anterior, podrían, ciertamente, imaginarse comportamientos abusivos, de nuevo por la importancia de la innovación en estos mercados, sobre todo por la vía de la omisión. En este sentido, puede también observarse que en las resoluciones de la CMT relativas a los diversos mercados de comunicaciones electrónicas, tras constatare la existencia en el mercado de Poder Significativo de Mercado, a la hora de identificar los problemas de competencia son constantes las alusiones a conductas omisivas (cortes de suministro, falta de respuesta diligente a problemas de interconexión, degradaciones de servicio, etc.).

Podría pensarse en el interés de *Sogecable* por mantener un parque de descodificadores cercanos a la obsolescencia, a fin de amortizar la inversión (riesgo referido por el TDC en *Cablevisión*) y en la capacidad de hacer efectivo lo anterior aprovechando o explotando de modo abusivo su posición dominante en el mercado. Precisamente, sobre la base de esta posición dominante de *Sogecable* en el mercado del suministro de descodificadores a los

usuarios finales podría construirse su responsabilidad cualificada y la posibilidad de ser especialmente vigilantes y exigentes con ella a la hora de pedir la renovación y actualización de estos elementos. Así, un comportamiento abusivo, como el que citamos, tendría indudablemente un efecto lesivo sobre el juego de la competencia en el mercado de referencia y, por extensión, en el principal de la difusión, pues contribuiría a privar a los consumidores de servicios novedosos (TV interactiva, TV de alta definición, TV 3D, etc.) que requieren una actualización de la infraestructura física y lógica de los servicios de comunicación audiovisual.

(2) Formas posibles del abuso

En cuanto a las clases de abuso, aun cuando podrían imaginarse **abusos de exclusión** cuando *Sogecable* pretendiera excluir de estos mercados minoristas a otros prestadores independientes de servicios técnicos, administrativos o comerciales (p.e., *Thomson*), lo cierto es que lo anterior prácticamente no ha llegado a plantearse en la práctica. No obstante, cabría hacer algunas observaciones.

Si partimos de las Orientaciones de la Comisión sobre la conducta excluyente abusiva de la empresa dominante, en nuestro caso *Sogecable*, la independencia de comportamiento de ésta respecto de otros agentes económicos – en este caso, principalmente, competidores potenciales y televidentes – habría que cifrarla en la posibilidad de limitar la innovación (el riesgo de subida de precios o de limitación de la producción no es tan significativo en estos mercados) durante un tiempo significativo, cifrado en las propias Orientaciones en los dos años, y obteniendo a consecuencia de ello beneficios. A la vista de lo anterior, parece que la posición dominante de *Sogecable* en estos mercados llegaría a darse, también con arreglo a estas Orientaciones, que, además, citan otros factores que, igualmente, concurrirían: la débil competencia actual y/o potencial, el nulo poder negociador del lado de la demanda, conformada por los televidentes, etc.

El resultado lesivo para la competencia habría que cifrarlo, siempre según estas Orientaciones, en el “cierre anticompetitivo del mercado”, entendiendo por tal el que es lesivo para los intereses de los abonados, que no podrán disfrutar de servicios novedosos a consecuencia de la limitación de la competencia intermarcas y de la falta de estímulo de la empresa dominante con vistas a la innovación.

Dentro del ordenamiento comunitario, la Comisión expresó con ocasión del *Memorandum sobre las concentraciones en el Mercado Común de 1 de diciembre de 1965* que hay “*explotación abusiva cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente un comportamiento culpable respecto a los objetivos fijados por el Tratado*”. Entre tales objetivos y fines podían destacarse algunos de los del actual Art. 3 - libre circulación de personas, establecimiento del mercado interior, “*desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente*”, promoción del progreso científico y técnico, cohesión económica, unión económica y monetaria, etc.-, pero también la obtención de las eficiencias referidas en el Art. 101.3, a saber, mejoras de la producción o la distribución de los productos o fomento del progreso técnico o económico y participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante de esas mejoras y progresos. En sentido parecido a la Comisión se pronunciaban también los autores.

La posibilidad de que el mercado llegue a cerrarse puede depender de la intensidad con que se manifiesten los factores que determinan la propia existencia de posición dominante. Dicho gráficamente, cuanto más dominante sea la posición, por la menor competencia residual o potencial y el menor poder negociador de proveedores y clientes, más cerca estará el mercado de cerrarse. Así, en nuestro caso, el riesgo de este cierre será tanto más importante a la vista de la posición dominante de *Sogecable* en este mercado minorista accesorio al de la TV de pago.

En cuanto a las eficiencias, desde el momento en que las Orientaciones exigen que el cierre del mercado sea “anticompetitivo”, asimilando este adjetivo al carácter lesivo para los intereses de los consumidores, resulta en gran medida una reiteración exigir que no concurren eficiencias cuando una de las notas que definen a éstas es justamente la de aprovechar a los consumidores; en definitiva, que si un comportamiento es lesivo para los consumidores, ello sólo podrá ser porque no concurren eficiencias. Sea como fuere, esas eficiencias deberán reunir los requisitos de suficiencia, intensidad, verificabilidad y carácter inherente a la práctica restrictiva que señalamos ya en otros lugares, p.e., al ocuparnos de los neutralizadores de los efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales.

Por otra parte, como la competencia es el principal estímulo para que las empresas mejoren el precio, la calidad, cantidad o variedad de sus productos y para que innoven, la Comisión se muestra muy reticente a admitir eficiencias en el caso de comportamientos restrictivos desplegados en mercados monopolísticos o cuasimonopolísticos.

Partiendo de las anteriores premisas, y retomando el ejemplo de que *Sogecable* abusara de su posición dominante en el mercado, minorista y accesorio al de la TV de pago, de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, excluyendo a sus competidores en el mismo, con el efecto de imponer a sus abonados descodificadores obsoletos, si bien podría estar justificado el mantenimiento intacto del parque de descodificadores en un momento inicial de nacimiento del mercado de la TV de pago, con vistas a permitir la generación de economías y la consolidación de un mercado emergente, lo anterior no estaría ya justificado dado el grado de madurez que tal mercado ha llegado a alcanzar.

Respecto de las formas concretas que el abuso de exclusión podría llegar a adoptar en estos mercados, podríamos identificar los siguientes:

1. **Acuerdos exclusivos.** Es imaginable que los mismos se den, más que en la modalidad de bloqueo de insumos (obligaciones o incentivos de suministro exclusivo), en la de bloqueo de clientes. Es decir, se tratará de que *Sogecable* pueda bloquear el acceso a sus abonados de TV de pago, por parte de otros competidores eficientes en servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Así:
 - a. ***Obligaciones de compra exclusiva.*** Se trata de obligaciones que recaen sobre un cliente situado en un determinado mercado relevante para que compre exclusivamente o principalmente a la empresa dominante.

Dentro de los mercados en que se centra la tesis, son varios los ámbitos en los que cabe imaginar el funcionamiento de esta forma de abuso excluyente: en los mercados de la difusión televisiva si, por ejemplo, un organismo de radiodifusión titular de varias cadenas que alcanzan diversos nichos de audiencia imponen obligaciones de compra exclusiva a los anunciantes para excluir a otros organismos

de radiodifusión del mercado de la publicidad televisada; o si el principal operador de servicios portadores de difusión de señal audiovisual (p.e., *Abertis*) concierta contratos de larga duración con los difusores televisivos (p.e., *Telecinco*) para excluir del mercado de los servicios portadores a su competidor (p.e., *Axión*), etc.

Estos abusos de posición dominante por obligaciones de compra exclusiva resultarían perfectamente imaginables en el ejemplo que citamos. Podría *Sogecable*, de modo más o menos ajustado a la normativa sobre protección de consumidores y usuarios, forzar a sus abonados a TV de pago a adquirir de ella misma los servicios accesorios técnicos, administrativos o comerciales para TV de pago. El efecto sería el de excluir a otros suministradores del mercado de referencia y aunque ello podría generar a corto plazo algún tipo de ventaja para el abonado, p.e., rebajas de precio de los descodificadores, etc., al más largo plazo los efectos anticompetitivos podrían concretarse en la vinculación de aquél a una infraestructura obsoleta por la falta de interés de la empresa dominante en su actualización.

En estos casos, puede llegar a producirse un cierre anticompetitivo del mercado de venta del producto de referencia. Ese cierre anticompetitivo es, como se viene diciendo, el que resulta lesivo para los intereses de los consumidores. Es decir, puede ocurrir que el acuerdo de compra exclusiva genere un beneficio para el cliente de la empresa dominante, el cual puede obtener algún tipo de contraprestación por el hecho de no comprar a otros proveedores, sin embargo, aún así, puede seguir existiendo un cierre anticompetitivo del mercado pues los consumidores quedarán sujetos a peores condiciones como consecuencia del daño estructural al juego de la competencia dentro del mercado relevante.

Podría exceptuarse el caso de que el cliente de la empresa dominante dejara caer aguas abajo el beneficio obtenido como contraprestación, sin embargo, lo anterior no cabría predicarlo en nuestro caso, pues el abonado a TV de pago inducido a comprar a *Sogecable* sus servicios accesorios sería el destinatario final de los servicios.

El cierre anticompetitivo se dará especialmente si la empresa dominante se encuentra cerca de ser monopolio o cuasimonopolio y si los competidores potenciales no llegan a ejercer presión competitiva por la existencia de esta clase de obligaciones, de modo que no existen alternativas eficientes a la empresa dominante; lo que perfectamente se daría en nuestro ejemplo.

Todo esto se relaciona en ciertos casos con toda la doctrina del contratante obligatorio y las situaciones de dependencia económica a las que nos referimos más arriba; v. *supra* (la Comisión se refiere en el nivel mayorista al caso de la necesidad de disponer de la marca de la empresa dominante, pero tampoco hay por qué descartar de antemano el riesgo de que lo anterior llegue a darse en el nivel minorista).

Así pues, en ciertos casos, la existencia de posición dominante puede explicarse, más que por un determinado nivel de cuota, en razón de las relaciones existentes entre las empresas de modo que la dominante resulte contratante obligatoria para otra situada en eslabones superiores o inferiores de la cadena de valor por el hecho de controlar, por ejemplo, instalaciones esenciales, por ostentar posiciones de

portero (*gatekeeper*) o darse situaciones de monopsonio (un solo comprador del lado de la demanda) o, más en general, de dependencia económica. Es lo que los autores han estudiado bajo la doctrina del contratante obligatorio [así, por ejemplo, M. Glais & P. Laurent: “*Traité d’Économie et de Droit de la Concurrente*” (1983), especialmente capítulo I de la II parte; Hoet, Peter: “*Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire*”, 325 *Revue du Marché Commun*, 135, (mars 1989) -vid más cits. Supra; ver también Fishwick, Francis: “*Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC*”, XXXIV/3 *The Antitrust Bulletin*, espec. 461 (fall 1989)]

Un factor que podrá contribuir a agravar estos efectos será el de la ausencia de poder negociador del lado de la demanda que permita a los clientes decantarse por otros proveedores. En nuestro ejemplo, si bien es cierto que los abonados a TV de pago no tendrían ningún poder negociador, tampoco parece que pudieran llegar a darse situaciones como las de dependencia económica, no sólo por no tratarse de adquirientes de insumos, sino además porque no nos encontraríamos ante servicios de primera necesidad. En todo caso, sí parece que la imposibilidad de que los mismos pudieran optar por otros servicios accesorios de proveedores alternativos a *Sogecable* agravarían el efecto cierre dentro del mercado final de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago.

En este sentido, apunta la Comisión (considerando 35) que cuando no nos encontremos ante un supuesto de contratante obligatorio difícilmente podrán estas obligaciones de compra exclusiva conformar un supuesto de abuso de exclusión, salvo que la duración de las obligaciones resulte excesiva. En el ejemplo que nos trae, aun cuando, como decimos, no pudiera aplicarse la doctrina del contratante obligatorio, resultaría indudable que esa excesiva duración podría llegar a darse.

También habrá que fijarse en el carácter selectivo o no de esta clase de obligaciones por el hecho de, por ejemplo, aplicarse a un cliente considerado vital para los competidores de la empresa dominante y no a otros e, igualmente, en su alcance en el tiempo y en el número de clientes comprometidos. De estos factores, sólo el primero dejaría de ser importante en nuestro ejemplo, toda vez que un abonado a TV de pago resultaría igual de importante que otro.

Otros factores ya comentados, como el de la débil competencia potencial, las economías de escala por el elevado número de usuarios de TV de pago, etc. llegarían también a concurrir en este caso. En este sentido, la situación sería, si no plenamente coincidente con la del contratante obligatorio que cita la Comisión, si al menos muy cercana a ella.

- b. ***Incentivos de compra exclusiva.*** Bajo esta rúbrica se centran las Orientaciones en el caso de los descuentos condicionales. Se trata de compensaciones (en la práctica comercial “*rápeles*”) que la empresa dominante concede a sus clientes en el caso de que las compras de éstos a aquella rebasen un determinado umbral. La base del porcentaje de descuento podrá estar constituida por todo el volumen de compras (“descuento retroactivo”) o, únicamente, por el exceso de compra respecto al umbral fijado (“descuento sobre compras incrementales”). El análisis de esta concreta forma de abuso excluyente coincidiría en lo sustancial con el que acaba de exponerse para las obligaciones de compra exclusiva (“bloqueo de clientes” que tiende a excluir a

los competidores de la empresa dominante). En estos casos, sucede que la empresa dominante se apoya en la parte “rígida” de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) para rebajar el precio a pagar por la parte “flexible” de la demanda (es decir, la parte respecto de la que cabe sustitución y que, por tanto, le pueden disputar los competidores).

No obstante los ámbitos relacionados con la tesis en los que podrían tener esta forma de abuso una cierta virtualidad podrían no ser tan amplios como en los casos de compra exclusiva. P.e.: **(i)** dentro de los mercados de los insumos necesarios para la prestación a los usuarios finales de los servicios de difusión televisiva, lo usual será que el organismo radiodifusión contrate el transporte de su señal audiovisual sobre ondas terrestres con un único operador y no con varios a la vez, con lo que una política de descuentos condicionales podría no tener un excesivo sentido (y, sin embargo, veremos al tratar del mercado de los servicios portadores que *Abertis*, para impedir la entrada de *Axión*, llegó a protagonizar abusos de esta clase, p.e., en la contratación conjunta de placas territoriales por los difusores); e, igualmente, que la compra de derechos sobre contenidos audiovisuales que difundir se decida más sobre la base de criterios de calidad que de cantidad, sobre todo cuanto mayor valor *Premium* tengan esos contenidos (así podrían cobrar un cierto sentido los descuentos condicionales sobre todo en la adquisición de canales temáticos); **(ii)** podría plantearse su utilidad en los casos de compras por los difusores televisivos de pago de componentes o bienes de equipo (descodificadores, tarjetas inteligentes, etc.); sin embargo, aún en este caso, lo usual es que los mismos se adquieran de una sola empresa que funcione sobre un único estándar; **(iii)** casi donde esta forma de abuso excluyente podría ser más concebible sería en los mercados de la publicidad televisada donde una cadena de TV en abierto podría aplicar esta clase de descuentos a un anunciante por la contratación de más de cierto número de segundos de publicidad; sin embargo, y a reserva de lo que dé de sí la digitalización, el mercado de la publicidad televisada es un mercado sujeto a muchas restricciones normativas y en el que la demanda supera claramente a la oferta con lo que tampoco parece muy probable que un organismo de radiodifusión pueda excluir a otro acudiendo a esta clase de descuentos.

En el ejemplo que citamos no serían fáciles de imaginar los *rápeles* o descuentos condicionales en que se centran las Orientaciones, pues no se trata de que el abonado a TV de pago obtenga descuentos por la compra de cierto número de descodificadores. Sin embargo, si cabría imaginar mecanismos con una filosofía o efectos parecidos como, por ejemplo, la subvención del descodificador por parte de la plataforma de TV de pago cuya consecuencia sería la de vincular y fidelizar al usuario y a la vez dificultar el acceso a este último de otros proveedores competidores.

2. **Vinculación y ventas por paquetes.** El análisis de esta forma de abuso excluyente puede, en gran medida, coincidir con el que se da al tratar de las concentraciones conglomerales y, asimismo, de la colusión vertical. Es decir, que la vinculación y la venta por paquetes podrán generar abusos de posición dominante excluyentes (cuando una misma empresa con presencia en varios mercados recurra unilateralmente a esta clase de prácticas), constituirán un riesgo a ponderar en los casos de concentraciones conglomerales entre empresas con presencia en varios mercados, en la medida en que pueden llegar a suponer una obstaculización significativa del juego de la competencia

creando o reforzando una posición dominante y, por último, darán lugar a una de las restricciones verticales típicas de las que se inscriben dentro del grupo de marca única.

Centrados en el abuso de exclusión, p.e., se daría un caso de vinculación si una empresa con posición dominante en contenidos *Premium* cinematográficos impone a las cadenas de TV de pago la adquisición de canales temáticos, caso en el que será en el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos donde se localicen los mayores riesgos de exclusión.

P.e., se daría un caso de empaquetamiento mixto (ver párrafo siguiente) partiendo de un operador de telecomunicaciones que ofrece en modalidad *triple play* servicios de TV, acceso a IT y telefonía y resultando claro en este caso que se trata de productos diferentes, pues, de no existir el empaquetamiento mixto, que supone su venta conjunta a un precio más barato que por separado, probablemente los usuarios no adquirirían todos los servicios o, al menos, no los adquirirían del mismo proveedor.

En el caso de la comercialización conjunta de servicios principales de TV de pago y servicios accesorios técnicos, administrativos o comerciales para TV de pago, probablemente, más que de vinculación, pues no se trata de obligar al abonado a TV de pago a adquirir esos servicios accesorios a fin de reforzar la propia posición en estos últimos mercados, o de empaquetamiento mixto, habría que hablar de empaquetamiento puro, pues los servicios principales y los accesorios sólo son comercializados de modo conjunto (el empaquetamiento puro se diferencia del mixto en que a éste sólo hay lugar cuando se comercializaran también por separado, sólo que a un precio mayor).

En este caso se daría la condición impuesta por las Orientaciones de que los servicios empaquetados den lugar a mercados diferentes, por más que unos tengan carácter accesorio de los otros.

En cuanto al riesgo de cierre anticompetitivo del mercado, el mismo se localiza en el mercado vinculado o en uno de los mercados del paquete. Lo definitorio es el efecto “palanca” en virtud del cual es la posición dominante de la empresa en el mercado vinculante (o uno de los del paquete) lo que le permite excluir a los competidores en el mercado vinculado (u otro de los mercados del paquete). En nuestro ejemplo, la posición dominante de *Sogecable* en el mercado principal de la TV de pago le valdría para protagonizar abusos de exclusión en el otro mercado del paquete, a saber, el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago.

En cuanto al riesgo de cierre de mercado y a los factores que lo determinan, puede hacerse, en primer lugar, una remisión en bloque a lo ya conocido por los efectos anticompetitivos no coordinados derivados de las concentraciones conglomerales. En segundo término, puede ser oportuno remitirse a lo dicho más arriba sobre el riesgo de cierre del mercado y sobre los factores que lo determinan.

En tercer lugar, habrá que estar a los factores específicamente mencionados por la Comisión en las orientaciones (núms. 53 a 58) y, en especial, a nuestros efectos:

- a. la durabilidad de la vinculación que tenderá a ser mayor en los casos de vinculación técnica (p.e., el sistema de acceso condicional – descodificadores,

tarjetas inteligentes, etc.- ligados a cierta oferta de TV de pago) que contractual (p.e., la vinculación de la compra de canales temáticos junto con la de contenidos *Premium*; salvo que, en este caso, el plazo fijado en el contrato resulte también excesivamente largo);

- b. el número de mercados –vinculados o del paquete- en los que la empresa disfrute de posición dominante, pues aunque, como ya se ha dicho, lo decisivo es que la posición dominante sea disfrutada en el mercado vinculante – en el caso de empaquetamiento, en uno cualquiera de los del paquete -, por lógica, una posición dominante también en el mercado vinculado o en el resto de mercados del paquete contribuirá a hacer más palpable el riesgo de exclusión (en nuestro ejemplo, la posición dominante de *Sogecable* sería en los dos mercados del paquete);
- c. el número de mercados afectados por la vinculación o por el empaquetamiento, factor que no conviene confundir con el anterior aunque la Comisión parezca hacerlo (v. núm. 54), pues cuanto mayor sea el número de productos del paquete o vinculados mayores serán las dificultades de los competidores para replicar la oferta (Vg., será más fácil de replicar una oferta de *double play* – telefonía fija y acceso a IT – que otra de *quad play* – telefonía fija y móvil, acceso a IT y TV; en nuestro ejemplo, los mercados afectados serían sólo dos);
- d. la elevación del precio del producto vinculado (o del otro producto del paquete) como consecuencia del debilitamiento de la competencia intermarcas en los mercados de esos productos (*vid infra* lo que se dice sobre este factor, más bien efecto, al tratar de las restricciones verticales inscritas dentro del grupo de marca única) que llevará a que no puedan adquirirse por separado a precios más competitivos (en especial, advierte la Comisión del riesgo de que la elevación del precio del producto vinculado o del otro producto del paquete sea una forma de eludir un sistema de precios regulados dentro del mercado vinculante o del primer mercado del paquete, lo que no se daría en nuestro caso, al tratarse de mercados liberalizados);
- e. el hecho de que alguno de los productos vinculados o del paquete participe del carácter de complemento esencial respecto de alguno de los otros, lo que podría llegar a darse en nuestro ejemplo al hallarnos ante servicios complementarios de los de TV de pago;

Dentro de esta forma de abuso excluyente (vinculación y venta por paquetes) la Comisión se ocupa del descuento multiproducto, es decir, de la posibilidad de que la empresa dominante aplique rebajas de los precios de los productos vinculados o del paquete que no puedan ser replicadas por los competidores monoproducto (precios predatorios) que, de esta forma, quedarían obligados a salir del mercado.

Esta práctica podría llegar a tener una importancia indudable, dentro de nuestro ámbito de estudio, en el caso de que el empaquetamiento de los servicios de TV de pago junto con los de acceso a IT y telefonía pudiera permitir, p.e., a *Telefónica* o a los cableoperadores (los únicos con la capacidad de desarrollar el *triple play*) excluir competidores dentro del mercado de la TV de pago.

Sin embargo, lo anterior, por lo que veremos, no es un riesgo real dada la situación actual del mercado español de la TV de pago, donde los elevados costes fijos dificultan la posible aplicación de precios predatorios, y ello sin perjuicio de que las exclusiones derivadas de ese empaquetamiento sí puedan llegar a hacerse sentir en otros mercados estrechamente relacionados como serían los de las telecomunicaciones (telefonía, Internet, etc.). En cambio, en los mercados que nos ocupan, por cuanto se viene diciendo, el factor del precio no es el más determinante.

Si bien es cierto que las técnicas de empaquetamiento pueden llegar a investirse de un carácter procompetitivo y a presentar eficiencias, cuando sean la llave de acceso a cierto mercado o cuando sean el medio de dar lugar al nacimiento del propio mercado, lo cierto es que tales eficiencias, por lo comentado, es difícil que puedan concurrir en un mercado ya maduro como es el español de la TV de pago.

Dejando atrás los abusos de exclusión, el dato de que nos encontremos ante mercados minoristas da pie para plantearse la posibilidad de que *Sogecable* pueda llegar a protagonizar **abusos explotativos** aguas abajo en sus relaciones con los abonados a TV de pago. En este sentido, las reticencias de las autoridades de la competencia a la hora de erigirse en reguladoras de las condiciones aplicadas por los agentes en el mercado, lleva a que sólo se acuda a esta figura cuando no haya otro modo de abordar la situación desde el abuso de exclusión y casi siempre, en estos casos, para terminar negando la existencia de abuso de posición dominante, en la confianza de que serán las autoridades administrativas y judiciales competentes en materia de protección de consumidores y usuarios las que remedien posibles vulneraciones de esa específica normativa o que el conflicto se dirimirá judicialmente como cualquier otro interprivados.

En cualquier caso, en una hipótesis tal, resultaría complicado que la CNC pudiera llegar a apreciar la existencia de abuso de posición dominante explotativo. La conducta no sólo tendría que afectar a un usuario en particular, sino a la generalidad de abonados a TV de pago. Además resultaría forzado entender que los servicios de TV de pago son servicios de interés general, máxime cuando existe la opción gratuita de la TV en abierto, siendo esa una premisa para que pueda apreciarse abuso explotativo en el nivel minorista (p.e., servicios funerarios).

iii) Ante prácticas colusorias (cártel)

Respecto de las prácticas restrictivas de la competencia consistentes en cárteles dentro de estos mercados en España, centrados en su vertiente mayorista, aún cuando en un plano muy teórico podrían llegar a plantearse, de nuevo su carácter desconcentrado y competitivo prácticamente excluiría tal posibilidad. Lo anterior prácticamente deja sin sentido cualquier acuerdo, decisión o práctica concertada o conscientemente paralela ya no sólo con un efecto, sino, ni tan siquiera, con un objeto anticompetitivo. Es decir, podrían, en principio, imaginarse, más que cualesquiera otras formas de cártel (fijación de precios o de otras condiciones de la transacción, reparto de mercados, etc.), la de limitación de la producción en su variante de limitación de la innovación de los productos o servicios, por ejemplo, de servicio de acceso condicional. Sin embargo, por lo que se viene diciendo, tampoco lo anterior parece probable.

Tampoco parece que lo anterior pueda llegar a darse en la faz minorista de estos mercados. Partiendo de los servicios accesorios a los de TV de pago, lo normal es que cada plataforma

preste estos servicios asociados a su oferta principal de pago, empleándolos para diferenciar su oferta de las de las demás, sin que para ella revista ningún interés coordinarse con las competidoras para prestar estos servicios accesorios a los televidentes. Ahora bien, de llegar a darse tal coordinación, la misma habría que interpretarla como preludio de una coordinación de más amplio alcance dentro del mercado principal. P.e., un acuerdo entre *Telefónica (Imagenio)* y *Sogecable (Digital Plus)* para el desarrollo de un descodificador conjunto, probablemente, denotaría su interés por coordinarse en el mercado principal de los servicios de TV de pago. En los mercados de los servicios accesorios para otras modalidades de TV, tampoco parece que el cártel pudiera llegar a presentar una excesiva virtualidad: p.e., en servicios técnicos para TV en abierto, aunque estos no se vinculen a la oferta televisiva de un determinado difusor, tampoco parece que presente lo anterior un excesivo sentido.

iv) Ante prácticas colusorias (acuerdos verticales)

El juego de la colusión vertical con incidencia sobre los mercados que ahora estudiamos tiene sentido plantearse cuando los mismos existen como mercados mayoristas; prácticamente, no cabría que los acuerdos verticales pudieran llegar a tener ninguna incidencia, por ejemplo, cuando la plataforma de TV de pago se autosuministrase los descodificadores, pero sí cuando los adquiriese de proveedores independientes. Por los mismos motivos, esa colusión vertical tendría muy poca virtualidad en el caso de los servicios accesorios para TV en abierto, pues éstos los adquieren directamente los televidentes, sin vinculación a la oferta de ningún organismo de radiodifusión.

Así, conforme a la definición que venimos respetando, que es la del Reglamento de exención por categorías, habría lugar para esa concertación vertical en los casos de acuerdos entre, por una parte, proveedores activos en los mercados mayoristas de suministro de productos (descodificadores, tarjetas inteligentes, *software* interactivo o de acceso condicional, equipos receptores, antenas parabólicas, EPGs, información de programas para EPGs, APIs, etc.) o servicios (comerciales, administrativos o técnicos) y, por otro, los operadores de plataformas de TV que se refieran a las condiciones en que las partes del acuerdo pueden adquirir, vender o revender esos productos o servicios.

Los efectos de una colusión vertical tal podrían afectar, principalmente, a la competencia intermarcas entre los proveedores de, por ejemplo, diferentes marcas de descodificadores y a la competencia intramarca entre, sin salir del mismo ejemplo, las diversas plataformas de TV que empleen y actúen como distribuidores de un descodificador de la misma marca. Ahora bien, los efectos de esa colusión vertical serían prácticamente imperceptibles a la hora de restringir la competencia intermarcas dentro de los mercados descendentes de la difusión televisiva, que son los que más nos preocupan, pues, dado el actual estado de la técnica y del ordenamiento jurídico, siempre cabría que la plataforma de TV pudiera optar entre muchos proveedores igualmente eficientes de esta clase de servicios que son insumos necesarios para prestar los de difusión.

Unos ejemplos ayudarán a aclararlo y así: **(a)** una cláusula de no competencia por virtud de la cual una plataforma de TV de pago se obligue a no adquirir descodificadores de los competidores de su actual proveedor de los mismos, sin duda, limitará la competencia intermarcas entre suministradores de descodificadores de diferentes marcas; **(b)** otra de suministro exclusivo por fuerza de la cual un proveedor de descodificadores de la marca “X” se obligue a suministrarlos sólo a cierta plataforma de TV de pago limitará la competencia intramarca entre los distribuidores de los descodificadores de la marca “X”; **(c)** en el caso

anterior, la incidencia de esa cláusula de suministro exclusivo sobre la competencia intermarcas entre prestadores de diferentes marcas de TV de pago sería nula, pues los que de éstos hubieran sido excluidos tendrían muy fácil adquirir otros igualmente idóneos para la prestación de sus servicios de TV.

El dato de que la colusión vertical proyecte sus efectos casi exclusivamente sobre esos mercados mayoristas sin llegar a alcanzar a los descendentes de la difusión televisiva, que son el principal objeto de la tesis, nos facultará para limitar a lo indispensable el examen de la colusión vertical (también viene a ser éste el planteamiento de las autoridades de la competencia; Vg., el TDC en el caso *Televes*). A lo anterior podría añadirse que, como sabemos ya, los efectos negativos netos sobre el juego de la competencia de la colusión vertical son mucho menos perceptibles cuando se proyectan sobre mercados de productos o servicios intermedios, como son, precisamente, los mayoristas de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, que cuando lo hacen sobre mercados de servicios finales (en este caso, los de difusión televisiva).

Sin abandonar la sistemática que hemos venido respetando a lo largo de toda la tesis, empezaremos por destacar que un primer presupuesto para que por las autoridades de la competencia entre a conocerse de una determinada restricción vertical es el de que no resulte de aplicación la exención por categorías. La exención se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales (Art. 3.1 del Reglamento).

Así, partiendo de un acuerdo vertical entre un proveedor de servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV de pago, p.e., *Thomson*, y una plataforma de TV de pago, p.e., *Sogecable*, será probable que la cuota de mercado en el mercado de venta se sitúe por debajo del umbral del 30 %, pero no lo será tanto que la del cliente, en el mercado de compra, quede por debajo de ese mismo umbral. Lo anterior permitiría, sin necesidad de mayores indagaciones, barajar la opción de que no llegara a ser de aplicación la exención por categorías; siempre en la ficción de que *Sogecable* adquiriera tales insumos de un proveedor independiente, pues, si los adquiriera de empresas de su grupo, ningún sentido tendría plantearse la existencia de ningún acuerdo vertical. En esta materia puede tenerse en cuenta la advertencia del Art. 1.2 del Reglamento de Exención por categorías:

“A efectos del presente Reglamento, los términos «empresa», «proveedor» y «comprador» incluirán sus respectivas empresas vinculadas. Se entenderá por «empresas vinculadas»:

a) las empresas en que una de las partes del acuerdo disponga directa o indirectamente:

i) del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o

ii) del poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia, del consejo de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o

iii) del derecho a dirigir las actividades de la empresa;

b) las empresas que directa o indirectamente posean, en una de las empresas parte del acuerdo, los derechos o facultades enumerados en la letra a);

c) las empresas en las que una empresa contemplada en la letra b) posea, directa o indirectamente, los derechos o facultades enumerados en la letra a);

d) las empresas en las que una parte en el acuerdo, junto con una o varias de las empresas contempladas en las letras a), b) o c), o en las que dos o varias de estas últimas empresas posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en la letra a);

e) las empresas en las que los derechos o facultades enumerados en la letra a) sean de propiedad compartida entre:

i) las partes en el acuerdo o sus respectivas empresas vinculadas mencionadas en las letras a) a d), o

ii) una o varias de las partes en el acuerdo o una o varias de sus empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d) y una o varias terceras partes.”

Además, sabemos que otro presupuesto para que resulte de aplicación la exención por categorías es el de que no nos encontremos ante ninguna de las prácticas o acuerdos excluidos por el propio Reglamento de Exención.

Podría llegar a imaginarse, al menos teóricamente, el juego en los niveles aguas arriba de los mercados referidos a la fabricación de bienes de equipo o equipos terminales de telecomunicaciones como, por ejemplo, descodificadores o parabólicas, del supuesto también excluido previsto en el art. 4 letra e) del Reglamento de Exención por categorías, a saber: *“la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a talleres de reparación o proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos”* [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): *“Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”*; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs 321 y ss.); “§ 3. 3. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención al acuerdo” (Págs. 334 y ss.); “§3.3.5. Restricciones relativas a componentes” (Págs. 340 y ss.); ver también I. Gutiérrez *“Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”*, working paper, Madrid 2003, para el análisis de los acuerdos que se autorizan y los que no].

En este sentido, en los casos que ahora nos ocupan, que son los de colusión vertical entre difusores y mayoristas proveedores de productos o servicios inscritos dentro del mercado genérico de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV, será probable que, de esas prácticas indeseadas que enervan la exención, puedan llegar a darse las siguientes:

- a) **Acuerdos verticales entre empresas competidoras.** P.e., en el escenario prefusión, vimos que *Vía Digital* se autoprestaba los servicios administrativos y comerciales para TV de pago; pues bien, un acuerdo vertical por el que la misma *Vía Digital* se comprometiera a suministrar en exclusiva esos servicios también a su competidora en el mercado descendente de la TV de pago *Sogecable* no podría llegar a beneficiarse de la exención.
- b) **Acuerdos entre una asociación de empresas y sus miembros cuando alguno de éstos no sea minorista.** La exención por categorías no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, cuando concurra una cualquiera de las siguientes condiciones: **1. ^{a)}** que alguno de sus miembros no sea minorista; **2. ^{a)}** que algún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global

superior a 50 millones de euros al año. P.e., un acuerdo entre una asociación de fabricantes de descodificadores y alguno de sus miembros que los suministre a plataformas de TV de pago podría quedar excluido de la exención por categorías por esta vía.

- c) **Acuerdos verticales cuyo objeto principal sea la cesión de derechos de propiedad intelectual.** P.e., un acuerdo de cesión de los derechos de uso sobre un *software* de acceso condicional por parte de un fabricante del mismo a una plataforma de difusión televisiva.
- d) **Las cláusulas de no competencia de especial gravedad.** De acuerdo con el Art. 5.1 del Reglamento de Exención por Categorías: “1. La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales: a) cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años ; b) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios; c) cualquier obligación directa o indirecta que prohíba a los miembros de un sistema de distribución selectiva vender las marcas de determinados proveedores competidores {Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.): “Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs. 321 y ss.); “§ 3. 4. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención a la cláusula del acuerdo que contiene la restricción” (Págs. 341 y ss.); “3.4.3. Prohibición de las ventas de determinadas marcas de proveedores competidores en un sistema de distribución selectiva” (Págs. 345 y ss.)}. A efectos del apartado 1, letra a), una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida.” (siendo la definición de cláusula de no competencia la que se recoge en el Art. 1.1.d del Reglamento de Exención por categorías).

P.e., un acuerdo entre un proveedor de descodificadores y un operador de plataforma de TV de pago en virtud del cual este último se comprometa a no fabricarlos por sí mismo o adquirirlos de un proveedor diferente durante un plazo de más de cinco años.

En cambio será más difícil que puedan llegar a darse las siguientes prácticas restrictivas incompatibles con la exención por categorías:

- a) **Los acuerdos verticales de mantenimiento del precio de reventa.** Para que los mismos puedan llegar a darse el proveedor tendría que disfrutar de un poder de mercado tal que le pudiera permitir imponer a la plataforma de TV los precios de comercialización de los productos o servicios en el segmento minorista y lo anterior resulta improbable dada la existencia de un amplio abanico de oferentes al por mayor por cualquiera de los cuales podrá decantarse el operador de TV.
- b) **Los de compartimentación del mercado por territorios o grupos de clientes.** Se trata de una restricción vertical especialmente grave que tampoco permitirá la aplicación de la exención por categoría y que consistirá en restringir la libertad del comprador a la hora de elegir el territorio o el colectivo de clientes a los que vender sus productos [Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Maillo, O.J. (Coord.):

“Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs. 321 y ss.); “§ 3. 3. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención al acuerdo” (Págs. 334 y ss.); “§3.3.2. Asignación de territorios o clientes” (Págs. 336 y ss.)].

No resulta imaginable que el proveedor mayorista de bienes o servicios incluidos dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales pueda imponer a la plataforma de TV que los adquiera su comercialización al por menor sólo en determinado territorio o sólo para ciertos colectivos de clientes, en primer lugar, por su falta de poder de mercado, en segundo lugar, por la prestación a escala nacional de los servicios de difusión televisiva y, por último, porque resulta difícil la fijación de categorías dentro del colectivo de los televidentes.

- c) **La restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen al nivel de comercio minorista, al por menor, o la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva** {Ver Op. Cit. Araujo, M.; y Escudero, A., en Beneyto, J.M. (Dir.) y Mailló, O.J. (Coord.): “Tratado de [...]” “Capítulo 6 Prohibición de prácticas colusorias (III): Restricciones verticales”; “§ 3. El Reglamento (CE) 2790/99, de 2 de diciembre” (Págs. 321 y ss.); “§ 3. 3. Restricciones de la competencia que retiran el beneficio de la exención al acuerdo” (Págs. 334 y ss.); “§3.3.3. Restricción de las ventas activas o pasivas en un sistema de distribución selectiva” (Págs. 339 y ss.) “§3.3.4. Restricción de suministros cruzados entre distribuidores en un sistema de distribución selectiva” (Págs. 339 y ss.)}. Para la definición de ventas activas y pasivas ha de estarse al n.º 51 de las Directrices sobre restricciones verticales:

“- por ventas «activas» se entiende la aproximación activa a clientes individuales por ejemplo mediante correo directo, incluidos correos electrónicos no solicitados, o visitas, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación, en internet u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio. La publicidad o promoción que sólo es atractiva para el comprador, si (además) llega a un grupo específico de clientes o a clientes en un territorio específico, se considera venta activa a dicho grupo de clientes o clientes en ese territorio.

- por ventas «pasivas» se entiende la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. Son consideradas ventas pasivas, las actividades de carácter general de publicidad o promoción que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio. La promoción o la publicidad general se considera una manera razonable de llegar a tales clientes si resultara atractivo para el comprador realizar estas inversiones también en el caso de que no llegaran a clientes de los territorios (exclusivos) de otros distribuidores o a grupos de clientes”.

Estas restricciones parten de una situación de poder de mercado del proveedor que impone ciertas condiciones que deben cumplir los distribuidores de sus productos y servicios, situación de poder de mercado que, como venimos viendo, difícilmente llegará a darse en el mercado que estudiamos.

Dejando atrás lo concerniente al Reglamento de Exención por categorías, otro de los presupuestos para que las autoridades de la Competencia pasen a evaluar los efectos anticompetitivos de un acuerdo vertical determinado será el de que el proveedor disfrute de una situación de poder de mercado. Como adelantamos, lo anterior resulta muy improbable que se dé. De hecho, no es usual que en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia lleguen ni tan siquiera a dejarse reflejados los datos sobre las cuotas de mercado disfrutadas por los proveedores de servicios técnicos, administrativos y comerciales en el tramo mayorista. Excepcionalmente, por ejemplo, en el caso *Vía Digital* el TDC reveló que la empresa que prestaba los servicios administrativos para *Sogecable (CATSA)* disfrutaba de una cuota del 5 % en ese mercado.

De lo anterior cabría tal vez exceptuar el mercado de la oferta de capacidad satelital. Sin embargo, ya hemos visto que este mercado de producto, salvo alguna excepción, queda excluido del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales. A la vista de lo anterior, habría que concluir que sería lo más normal que los proveedores al por mayor de los productos y servicios que ahora nos ocupan careciesen de poder de mercado, siendo ésta la razón de que las autoridades de la competencia ni tan siquiera hubieran de entrar a conocer de las restricciones verticales en las que los mismos pudieran llegar a verse involucrados.

Sólo cabría exceptuar las prácticas restrictivas especialmente graves tasadas en la Comunicación *de minimis*. A grandes rasgos y sin carácter exhaustivo, los supuestos de prácticas especialmente graves previstos en la Comunicación *de minimis* cabría dividirlos en tres grupos, a saber:

- 1) **Acuerdos entre empresas no competidoras**. Dentro de este grupo, se entienden como restricciones verticales especialmente graves las siguientes (en el Derecho español, el Reglamento de Defensa de la competencia (Art. 2.2.e) hace un añadido a las que a continuación se enumeran conforme a la Comunicación *de minimis* y así: “*no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: ... e) el establecimiento de cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años*”):
 - a) ***La restricción de la facultad del comprador para fijar el precio de venta*** (precio fijo o precio mínimo): *Vid Supra*, lo dicho sobre “*Mantenimiento del precio de reventa*” al tratar del Reglamento de Exención por Categorías. Del mismo modo, el Art. 2. 2. a) del Reglamento español de Defensa de la competencia dispone que “*no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) El establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador*”.
 - b) ***La restricción del territorio donde el comprador pueda vender los bienes y servicios contractuales o de los clientes a los que pueda vendérselos***: *Vid Supra*: “*Compartimentación del mercado por territorios o grupos de clientes*” (*ídem*). Igualmente, el Art. 2. 2. f) del Reglamento español de Defensa de la competencia establece que “*no se entenderán de menor importancia las conductas entre no*

competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:...f) la restricción del territorio en el que el comprador pueda vender los bienes o servicios contractuales, o de los clientes a los que pueda vendérselos, excepto: 1º La restricción de las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador; 2º la restricción de las ventas a usuarios finales por un comprador que opere en el comercio al por mayor; 3º la restricción de las ventas a distribuidores no autorizados por los miembros de un sistema de distribución selectiva; y 4º la restricción de la capacidad del comprador de vender componentes a clientes que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los que produce el proveedor”.

- c) ***La restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen en el ámbito del comercio al por menor:*** *Vid Supra; “Restricciones impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva” (idem). También conforme al Art. 2. 2. b) del Reglamento español de Defensa de la competencia hay que entender “no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:...b) la restricción de las ventas activas o pasivas a usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva, sin perjuicio de la posibilidad de que el proveedor restrinja la capacidad de dichos miembros para operar fuera del establecimiento autorizado”.*
 - d) ***La restricción de los suministros cruzados entre distribuidores pertenecientes a un sistema de distribución selectiva que operen a distinto nivel del comercio:*** *Vid Supra; “Restricciones impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva” (idem). En idéntico sentido, el Art. 2. 2. c) del Reglamento español de Defensa de la competencia hay que entender “no se entenderán de menor importancia las conductas entre no competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:...c) la restricción de los suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva, incluso entre distribuidores que operen en distintos niveles comerciales”.*
- 2) **Acuerdos entre empresas competidoras que actúen en distintos niveles de la cadena de producción o distribución.** *En lo que se refiere a los acuerdos entre competidores activos en diferentes niveles de la cadena de producción y distribución, tendrán la consideración de restricciones verticales especialmente graves las que siguen (el alcance es idéntico al dispuesto por el Art. 2.3 del Reglamento español de Defensa de la competencia: “Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre competidores que, a efectos del acuerdo, operen en niveles distintos de la cadena de producción o distribución, cuando dichos acuerdos contengan cualquiera de las restricciones contempladas en los apartados 1 y 2 de este artículo”):*
- a) ***Todas las enumeradas en el número 1 anterior.*** *La idea es la de que el hecho de que las empresas concertadas en vertical sean además competidoras no priva de gravedad al acuerdo, sino todo lo contrario.*
 - b) ***Las que, de manera directa o indirecta, aisladamente o en combinación con otros factores combinados por las partes, tengan por objeto la fijación de los precios de***

venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas o el reparto de mercados o clientes. El ámbito de las restricciones verticales especialmente graves enumeradas bajo esta letra b puede, en parte, llegar a coincidir con el de las enumeradas en la anterior letra a: p.e., las de “*Compartimentación del mercado por territorios o grupos de clientes*” y “*Mantenimiento del precio de reventa*”.

- 3) **Acuerdos entre empresas competidoras que actúen en el mismo nivel de la cadena de producción o distribución.** Se trataría de acuerdos horizontales sobre los que no procedería abundar a los efectos que ahora nos proponemos. También dispone el Art. 2.1 del Reglamento español de Defensa de la competencia que “*no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes: a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas; c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones*”. Además, ha de considerarse que, a tenor del Art. 2.4 de esa misma norma, con independencia del carácter competidor o no de las empresas y de cuál sea el nivel de la cadena de producción o distribución, “*no se entenderán de menor importancia: a) Las conductas desarrolladas por empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos; b) las conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50 % esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias sean similares*”.

Es decir, que incluso estas prácticas restrictivas especialmente graves previstas en la Comunicación *de minimis*, vendrían, en lo esencial, a coincidir con las que hemos visto más arriba al tratar de la exención por categorías difícilmente llegarán a darse (mantenimiento del precio de reventa, compartimentación del mercado por territorios o grupos de clientes, restricciones impuestas a los miembros de un sistema de distribución selectiva).

Al margen de lo anterior, el dato de que el poder de mercado se sitúe del lado de la demanda (poder de compra de las plataformas de TV de pago) tampoco tendrá una especial incidencia, pues la plataforma compradora de esta clase de servicios difícilmente obtendría algún rendimiento de un acuerdo vertical con un proveedor de los mismos. Y lo anterior porque, a pesar de esos acuerdos, sus competidoras dentro del segmento de la difusión televisiva tendrían asegurado el acceso a otros proveedores igualmente eficientes al ser el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales un mercado desconcentrado, sin barreras significativas a la entrada y con una fuerte competencia potencial.

En resumidas cuentas, en los casos de colusión o acuerdos verticales entre proveedores de servicios técnicos, administrativos y comerciales y operadores de plataformas de TV, la ausencia de poder de mercado de los primeros determinaría que no llegarán a sentirse los efectos restrictivos dentro de los mercados descendentes de los servicios de difusión prestados a los usuarios finales. Por otra parte, la existencia de poder de compra en manos de los segundos, inicialmente, podría llegar a determinar que los efectos anticompetitivos pudieran llegar a sentirse en el mercado ascendente de la oferta de servicios técnicos, administrativos y comerciales, sin embargo habría otros factores (IHH bajo, ausencia de barreras de entrada y fuerte competencia real y potencial) que servirían para neutralizarlos. Por estas razones, tampoco parece que revista un excesivo interés el estudio de las diversas restricciones verticales tipificadas en las Directrices de la Comisión: aun cuando, desde un

punto de vista puramente abstracto o teórico, pudieran llegar a plantearse sus efectos serían inocuos.

(v) Ante acuerdos de cooperación horizontal

(1) Generalidades

Bajo este epígrafe tendríamos que referirnos a los supuestos de acuerdos entre operadores que compiten entre sí dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV y que no llegan al extremo de su integración en una única persona jurídica.

A diferencia de lo sucedido con la colusión vertical, que para existir exige que la condición de proveedor de servicios técnicos, administrativos y comerciales y la de operador de la plataforma de TV recaiga en diferentes personalidades, la cooperación horizontal podrá también llegar a darse aun sin concurrir dicha circunstancia. Así, p.e., cuando dos plataformas de TV de pago se pongan de acuerdo para promover determinado descodificador en el contexto de un acuerdo de estandarización. Ocurrirá, sin embargo, que, en estos casos, los efectos de la cooperación horizontal tenderán a ser absorbidos por los más amplios verificados en el mercado principal de la TV de pago. Además, es bastante infrecuente que esa cooperación horizontal llegue a darse si no es en el marco de una operación de concentración de las plataformas pues, no mediando esa concentración, lo normal será que cada una de ellas carezca de interés por cooperar con la otra y que, más bien, ese interés sea para ganarle cuota de mercado. Estas razones nos permiten centrarnos en el supuesto de los acuerdos horizontales entre proveedores de servicios técnicos, administrativos y comerciales que no lo sean a la vez de servicios de difusión televisiva.

Ciertamente, en los mercados que ahora nos ocupan son perfectamente imaginables algunos de los acuerdos horizontales para los que los Reglamentos comunitarios que estudiamos prevén la exención por categorías (Vg.: acuerdos de I + D para el desarrollo de un nuevo descodificador, acuerdos de transferencia de tecnología entre dos proveedores de *software* de interactividad, acuerdos de producción en común de un sistema de acceso condicional, acuerdos de especialización por virtud de los cuales uno de los competidores se centre en los intangibles – *software* – y otro en los tangibles – descodificadores -, etc.).

Sin embargo, la aplicación de esa exención parte de que la cuota combinada de las partes coordinadas no exceda de cierto umbral que depende de cuál sea la clase de acuerdo horizontal ante el que nos encontremos. La ausencia en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia de datos sobre cuotas de mercado y de pautas sobre el funcionamiento de estos mercados imposibilita pronunciarse en términos absolutos sobre la aplicabilidad o no de la exención por categorías. No obstante, razones como las arriba expuestas y que se resumen en que, casi sin excepción, se tratara de mercados competitivos llevan a pensar que la exención por categorías será perfectamente posible.

Sentado que cierto acuerdo de cooperación horizontal no cae dentro del campo de aplicación de los reglamentos de exención por categorías, para que pueda afirmarse que el mismo restringe el juego de la competencia será necesario que tal restricción determine la adquisición de poder de mercado por alguna, algunas o todas las partes cooperantes o el refuerzo del que ya disfrutaban. Este presupuesto del poder de mercado es entonces necesario

para que las autoridades de la competencia deban pasar a conocer de los efectos perniciosos de la cooperación horizontal.

No resultará probable que, dadas las características de estos mercados, la cuota combinada de las partes puestas de acuerdo – insistimos en que, por lo que se acaba de decir, prescindimos de la posibilidad de que estas últimas sean también operadoras de plataforma de TV – llegue a situarse por encima del umbral del 10 %. Y aún en el caso improbable de que lo anterior llegara a darse, habría otros factores (p.e., fuerte desconcentración del mercado, fuerte poder de compra de las plataformas de TV compradoras, ausencia de barreras de entrada tecnológicas, normativas o económicas, cuotas de mercado inestables, carácter de productos o servicios intermedios, homogeneidad de los productos o servicios, etc.) que, casi con toda seguridad, dejarían en nada los efectos anticompetitivos de la concertación.

Tampoco serían especialmente factibles los acuerdos horizontales especialmente graves, para la valoración de cuyos efectos no juega el umbral de cuota de mercado, tales como el reparto del mercado o de los clientes, la fijación de los precios o la limitación de la producción o de las ventas, desde el momento en que lo más habitual será que los proveedores en el tramo mayorista de servicios técnicos, administrativos o comerciales, por cuanto se viene diciendo, carezcan de la capacidad y de los estímulos necesarios para recurrir a ellos. Todo lo anterior dejaría sin sentido el examen de los diversos tipos de restricciones horizontales y de los efectos asociados a las mismas por más que, como acabamos de observar para la exención por categorías, las mismas resulten imaginables en un plano puramente teórico.

No obstante todo lo anterior, puede observarse que los acuerdos de cooperación horizontal que podrían cobrar un mayor sentido dentro de estos mercados serían los de estandarización y los de transferencia de tecnología. También podrían hacerlo los de I + D, sin embargo, estos ya los tratamos a propósito del mercado de los servicios de TV digital interactiva. Además, si bien estos últimos son, en efecto, servicios aún por desarrollar en los que el I + D puede cobrar pleno sentido, en el caso de los servicios técnicos, administrativos o comerciales para TV se trata de servicios en los que la tecnología se encuentra ya desarrollada, patentada y estandarizada en lo esencial, y donde, más que de desarrollar nuevas tecnologías, de lo que se trata es de transferir (transferencia de tecnología) y uniformizar las tecnologías ya desarrolladas (estandarización).

(2) Acuerdos de estandarización

Aún no refiriéndose a las prácticas colusorias, el abuso de derecho asociado al cambio o al mantenimiento de estándares consolidados ha sido objeto de estudio entre nosotros, entre otros, por Santana Pérez (*“La venta a pérdida...”*; Op. Cit. Nota al pie n.º 248, Pág. 110 y Ss.). Destaca dicho autor cómo *“la innovación constante en cualquier sector o actividad productiva implica, entre otras cosas, una mejora de la calidad del producto o servicio, de su precio, de la rentabilidad de la inversión y de la gama de productos o servicios ofrecidos entre otros efectos positivos”* y *“de ahí el tratamiento extraordinariamente benigno que ha venido recibiendo por parte del Derecho de la competencia”*. A continuación, pasa a relativizar esa benignidad al entender que *“La innovación por sí misma no es positiva, habrá de ser valorada en relación con el contexto en el que se produce, y por ende, sus efectos sobre la competencia y el bienestar social”*.

Se refiere, asimismo, el citado autor al abuso de derechos de propiedad intelectual o industrial que permiten al titular de los mismos graduar el ritmo de la innovación dentro del mercado de referencia: *“La conducta abusiva podría ser realizada por aquellos que por sus características —poder de mercado, estructura productiva o cuota de mercado— dispongan de los medios necesarios para innovar, e incluso de la innovación en cuestión, pero se limiten a introducir la tecnología en el mercado poco a poco. Esta conducta puede obedecer al hecho de que traten de amortizar los gastos ocasionados por la innovación anterior, lo cual obedece a la lógica empresarial en un sistema sin competencia real, o bien, porque no tienen competencia que les obligue a introducir la innovación en el mercado y reducir así el periodo de amortización de la inversión. Ambos son comportamientos perfectamente válidos siempre que no se haya llegado a ellos o se mantengan en esa situación gracias al ejercicio abusivo de tales derechos. Una situación que se da, por ejemplo, en aquellas empresas que van registrando poco a poco innovaciones sin aportar realmente nada nuevo pero que les confieren una posición de protección ventajosa, al tiempo que consiguen ampliar en el tiempo el uso de la patente principal o de las sucesivas adiciones. Con esta estrategia consiguen realmente evitar la competencia limitando el acceso al mercado de otros competidores”*.

Y en otros casos destaca como el planteamiento de litigios de propiedad intelectual e industrial por parte de la empresa dominante puede ir en detrimento del libre desenvolvimiento de la competencia dentro de ese mismo mercado de referencia: *“El inicio de un proceso por infracción de derechos de exclusiva, retrasa sobremanera la explotación económica de la innovación. Ello puede además obligar al innovador a pactar con la empresa dominante en unas condiciones nada ventajosas, simplemente por la imperiosa necesidad de recuperar la inversión realizada. En estos casos el abuso de los Derecho de propiedad industrial e intelectual en sus diferentes vertientes limita la libre competencia y el bienestar social, no sólo por el mayor coste que ha de pagar por el acceso a esa innovación, sino también por el retraso en el acceso a la misma”*.

Si bien la imposición de estándares puede responder un abuso de su posición por parte de la empresa dominante, caso al cual se refiere dicho autor, también cabe que la misma tenga lugar en el contexto de la cooperación horizontal entre empresas.

Así, ha de comenzar por hacerse la precisión de que las Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal no se aplicarán a materias donde exista una legislación sectorial específica, además de no ser tampoco aplicables a las operaciones cubiertas por el Reglamento de Concentraciones europeo que ya se dejó estudiado. La primera de las salvedades podría hacer pensar en que las mismas pudieran no ser de aplicación a estos mercados que nos ocupan y que, hemos visto, se inscriben dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, la ausencia de unas normas específicamente aplicables a estos productos y servicios hace perfectamente aplicable el recurso a las Directrices sobre cooperación horizontal.

Los acuerdos de estandarización (v. núms. 257 y siguientes de las Directrices sobre Cooperación horizontal) son acuerdos adoptados en el seno de organismos nacionales o europeos de normalización, de grupos de empresas o de foros o consorcios creados *ad hoc* que buscan el establecimiento de requisitos técnicos o cualitativos que deban satisfacer los productos o procesos y métodos de producción actuales y futuros. La preparación y elaboración de estándares técnicos que forman parte del ejercicio del poder público no están

cubiertas por las Directrices (Véase núm. 258 de las Directrices y el asunto C-113/07, *Selex*, Rec. 2009, p. I-2207, considerando 92.).

Los organismos de normalización reconocidos conforme a la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, están sujetos al Derecho de Competencia en tanto en cuanto se pueda considerar que son una empresa o una asociación de empresas a tenor de los artículos 101 y 102 (Véase la sentencia de 12 de mayo de 2010 en el asunto T-432/05, *EMC Development AB/Comisión*). El listado de los organismos de normalización europeos y nacionales se encuentra, respectivamente, en los anexos I y II de la citada Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DO L 204 de 21.7.1998, p. 37).

En toda esta materia pueden también consultarse las Directrices Generales para la Cooperación entre CEN (Comité Europeo de Normalización), Cenelec (Comité Europeo de Normalización Electrotécnica) y ETSI con la Comisión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio — 28 de marzo de 2003 (Diario Oficial n° C 091 de 16/04/2003 p. 0007 – 0011).

Dentro de estos acuerdos de estandarización quedarían incluidas las especificaciones técnicas relacionadas con mercados en los que reviste importancia la compatibilidad o interoperabilidad con otros productos o sistemas [así, por ejemplo, en los sistemas de acceso condicional a TV de pago conformados por Interfaces del Programa de Aplicación (APIs) y Guías Electrónicas de Programación (EPGs)].

Los mercados en los que estos acuerdos dejan sentir sus efectos o *mercados afectados o de referencia* son:

1. **El mercado de los productos o servicios a que van referidos los estándares.** Vg., el mercado de los servicios técnicos para TV de pago si se aprueba en perjuicio de los competidores un estándar dejando obsoletos los descodificadores puestos en el mercado o, al revés, si se retarda en detrimento de los consumidores la aprobación de nuevos estándares a fin de mantener en el mercado unos descodificadores obsoletos [sobre un acuerdo de estandarización cuyo efecto era el de impedir las importaciones paralelas de lavadoras en Bélgica, ver 82/371/CEE: Decisión de la Comisión, de 17 de diciembre de 1981, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29.995 - *Navewa - Anseau*) en DO L 167 de 15.6.1982, p. 39/52].
2. **El mercado tecnológico de referencia.** Cuando la determinación de estándares implica la selección de una tecnología y cuando los derechos de propiedad intelectual se comercializan por separado de los productos a los que corresponden, el estándar puede producir efectos en el mercado tecnológico de referencia. P.e., partiendo de la existencia de dos tecnologías de acceso condicional competidoras, *Simulcrypt* y *Multicrypt*, y que las mismas fueran objeto de comercialización, a través de la venta de patentes, al margen de los servicios técnicos para TV de pago, el acuerdo horizontal para la implantación de la primera de ellas afectaría al mercado de las tecnologías de acceso condicional (mercado tecnológico de referencia).

3. **El mercado de los servicios de establecimiento estándares.** Para que este mercado pueda llegar a verse afectado es presupuesto la existencia de varios organismos de estandarización. Vg., el mercado de la fijación o establecimiento de estándares para los servicios técnicos de TV de pago si dos organismos de normalización se ponen de acuerdo para dejar fuera de ese mercado a un tercer organismo.
4. **El mercado separado de ensayo y certificación.** Vg., el mercado de las actividades de ensayo y certificación sobre servicios técnicos para TV de pago si varios organismos se arrojan con carácter exclusivo el derecho a practicar pruebas de conformidad con el estándar adoptado o la expedición de marcas indicativas de conformidad con ese estándar (el TJCE en “*British Leyland Public Limited Company c. Comisión*”, de 11 de noviembre de 1986, asunto C-226/84, *Rec.*, 1986, p. 3263, declaró como posición dominante el monopolio legal de la empresa en la expedición de certificados de conformidad).

En lo que se refiere al ***poder de mercado***, en el ámbito de los acuerdos de estandarización, opera, más que en calidad de presupuesto, como factor de ponderación de la intensidad de posibles efectos anticompetitivos sin que, en este caso, resulte posible la fijación de umbrales, ni tan siquiera a título indiciario. Es decir, que existiendo un importante poder de mercado por parte de los suscriptores del acuerdo de estandarización, cabrá, no obstante, que el acuerdo no llegue a producir efectos anticompetitivos si se deja libertad a los competidores para apartarse de los estándares establecidos o si los acuerdos de estandarización cubren una parte muy pequeña del mercado de los productos o servicios a que van referidos los estándares (de hecho, es de esencia de la estandarización que la misma se extienda, a cuantos más agentes activos en el mercado, mejor). Sin embargo, en caso de no concederse esa libertad, el hecho de que las partes ostenten ese poder de mercado podrá servir para agravar los efectos anticompetitivos de la restricción.

Pasando a los ***efectos anticompetitivos*** de los acuerdos de estandarización y a los ***factores para su ponderación***, ha de empezar por advertirse con la Comisión (núm. 263 de las Directrices): “*Los acuerdos de estandarización suelen producir efectos económicos positivos importantes, por ejemplo, fomentando la interpenetración económica en el mercado interior y el desarrollo de mercados/productos nuevos y mejorados, así como de mejores condiciones de suministro. De este modo, los estándares aumentan por lo general la competencia y reducen los costes de producción y de venta, beneficiando a la economía en su conjunto. Los estándares pueden mantener y aumentar la calidad, proporcionar información y asegurar la interoperabilidad y compatibilidad (incrementando así el valor para los consumidores).*”

Con ser cierto lo anterior, también en los mercados que nos ocupan, cabrá no obstante que los acuerdos de estandarización lleguen también a producir importantes efectos anticompetitivos:

1. **Limitación de la competencia entre las partes del acuerdo de estandarización.** Este efecto tenderá a darse cuando el acuerdo de estandarización confiera a las partes un control conjunto sobre los ámbitos de la producción y de la innovación en perjuicio de sus competidores y de sus compradores que les conduzca a dejar de competir por la vía de los precios, de la producción o del desarrollo técnico. Factores de valoración de este efecto podrían ser:

a) Poder de mercado. A mayor poder de mercado combinado de las partes, mayor riesgo de coordinación o de colusión entre ellas. Por lo visto, este factor de ponderación no tendería a darse en los mercados que nos ocupan, salvo cuando las propias plataformas de difusión se encuentren presentes en estos mercados ascendentes. En este sentido, resulta también pertinente lo dicho en el núm. 296 de las Directrices: *“Para evaluar los efectos de un acuerdo de determinación de estándares hay que tener en cuenta las cuotas de mercado de los bienes o servicios basados en el estándar”*.

b) Vinculación al estándar. Cuanta mayor sea la posibilidad de que las partes se aparten del estándar adoptado desarrollando, por su cuenta, otros estándares diferentes o no ajustando sus actividades de producción a ese estándar acordado, menor será la limitación de la competencia entre ellas (Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/29/151, *Philips/VCR*, DO L 47 de 18.2.1978, p. 42, considerando 23: *“Dado que estos estándares se aplicaban a la fabricación de equipos VCR, las partes estaban obligadas a fabricar y distribuir únicamente casetes y grabadoras ajustadas al sistema VCR patentado por Philips. Se les prohibía cambiar a la producción y distribución de otros sistemas de casetes de vídeo (...). Esto constituía una restricción de la competencia con arreglo al artículo 85, apartado 1, letra b)”*).

c) Naturaleza del acuerdo. Atendiendo a este factor, que ya conocemos, apenas si será necesaria la evaluación del efecto anticompetitivo que ahora nos ocupa: (i) cuando se trate de acuerdos, presumidos ilegales por sus graves efectos anticompetitivos y normalmente insertos dentro del marco de un acuerdo restrictivo más amplio, que persigan directamente la eliminación de competidores reales o potenciales [Vg., dos poderosas plataformas de TV de pago establecen de modo conjunto unos estándares sobre acceso condicional a fin de excluir a otras plataformas competidoras del mercado principal de la TV de pago; véase también, por ejemplo, fuera de estos mercados la Decisión de la Comisión en el asunto IV/35.691, *Tubos de calefacción urbana*, DO L 24 de 30.1.1999, p. 1, en el que una parte de la infracción del artículo 101 consistía en *“hacer uso de las normas y reglamentaciones técnicas a fin de evitar o retrasar la introducción de nuevas tecnologías que podrían llevar aparejada una reducción de los precios”* (considerando 147)]; y (ii) cuando se trate de acuerdos de los que nunca producen efectos anticompetitivos, por lo general inscritos dentro de acuerdos de mayor alcance adoptados en el seno de organismos nacionales o europeos de normalización para garantizar la compatibilidad de los productos o servicios, que permiten el acceso de todos los agentes al establecimiento de los estándares y que no imponen ninguna obligación de cumplimiento del estándar acordado (Vg., el desarrollo de una API abierta sobre la que basar una *Multimedia Home Platform* en el marco del *Digital Video Broadcasting Project* impulsado por el Instituto Europeo de normas de Telecomunicación).

d) Factor de innovación. Este factor guardaría relación con la necesidad de imponer ciertos estándares por razones de eficiencia ligadas, Vg., al despegue de cierta tecnología (p.e., recientes comunicaciones de la Comisión apuntan a la tecnología DVB-H como la normalizada para la prestación de servicios audiovisuales sobre terminales móviles).

2. **Exclusión de los competidores o de tecnologías innovadoras.** Esta exclusión de los competidores puede tener lugar en momentos diferentes, a saber: (i) en los debates previos al establecimiento de estándares por el hecho de no ser estos lo bastante transparentes [así, por ejemplo, en Nota al pie 120 de las Directrices: “*En la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, X/Open Group, DO L 35, 6.2.1987, p. 36, la Comisión consideró que incluso si los estándares adoptados se hicieran públicos, la política que restringía la adquisición de la condición de miembro tenía el efecto de impedir que los no miembros influyeran en los resultados del trabajo del Grupo y obtuvieran los conocimientos técnicos y la comprensión relativa a los resultados que los miembros adquirirían probablemente. Además, los no miembros no podían aplicar la norma antes de su adopción, mientras que los miembros sí podían (véase el considerando 32). Por consiguiente, en estas circunstancias, se consideraba que el acuerdo constituía una restricción de conformidad con el artículo 101, apartado 1*”]; (ii) cuando, una vez establecidos, los estándares que fijan especificaciones técnicas detalladas para un producto o un servicio limitan el desarrollo técnico y la innovación al dejar fuera de esas especificaciones a determinadas tecnologías (mientras se está desarrollando un estándar, las tecnologías alternativas pueden competir por su inclusión en él, pero después ya no); (iii) una vez establecidos esos estándares, si los mismos no se hacen accesibles para los terceros; (iv) en la comercialización de productos o servicios ajustados a los estándares (como en el ejemplo puesto más arriba de la aprobación de estándares novedosos que dejen fuera del mercado los descodificadores comercializados por los competidores); (v) en las tareas de certificación de que los productos y servicios se ajustan a los estándares establecidos (como, también, en el ejemplo puesto más arriba en el que las partes del acuerdo se investían a título exclusivo de esas facultades de certificación con relación a los descodificadores).

La situación habitual en la que se dará esta exclusión de los competidores o de las tecnologías competidoras será la del establecimiento de un estándar de hecho en un segmento industrial por parte de un grupo privado de empresas que conjuntamente ocupan una posición dominante en el mismo y que no lo hagan accesible a terceros en condiciones equitativas, razonables, no discriminatorias y tecnológicamente neutras. En lo demás, valdrá con que nos remitamos al resto de factores de evaluación enumerados en el número anterior.

Dada la creciente armonización en el campo de los servicios técnicos y tecnologías de cifrado a escala europea en el marco de acuerdos europeos de estandarización, probablemente, los acuerdos de estandarización tenderían a producir más los efectos procompetitivos antes enumerados que los anticompetitivos. Sin embargo, estos últimos tampoco resultarían del todo descartables cuando las plataformas de TV de pago dominantes los impongan con el efecto de excluir a las plataformas competidoras. Así, partiendo de un acuerdo de cooperación horizontal o estandarización entre, p.e., *Sogecable* y *Telefónica*, para imponer de facto en el mercado español de la TV de pago determinadas tecnologías de cifrado, lo que podía darse más al nacer este mercado (v. *Cablevisión*), podrían destacarse como posibles efectos anticompetitivos la atenuación de la presión competitiva vía precios e innovación entre ambos operadores, más en el mercado principal de la TV de pago que en el accesorio de los servicios técnicos, así como la exclusión de tecnologías de cifrado competidoras y, por extensión, la exclusión del mercado principal de la TV de pago de los operadores que las utilicen.

En cuanto a la posibilidad de apreciar la existencia de ***exención individual***, la misma se someterá a las condiciones generales del Art. 101.3 TFUE (v. núms. 308 a 324 de las Directrices), es decir [v. también y por ejemplo, en Derecho Nacional la Resolución del TDC en el Expte. A-304/01 (Pagos por móvil) en el que se concedió una exención singular a un acuerdo de creación de un estándar técnico común para la activación de los medios de pago a través de la telefonía móvil]:

1. **Ventajas económicas.** Estas ventajas económicas, la carga de la prueba de cuya concurrencia corresponderá a las partes del acuerdo, se asimilan, en el caso de los acuerdos de estandarización, a lo señalado más arriba en cuanto a la uniformización e interpenetración de mercados que redunde en la creación y consolidación de un único mercado común, al desarrollo de nuevos mercados o a la mejora de las condiciones de la oferta de los productos o servicios de referencia que puedan redundar en beneficio de los consumidores o clientes [V., p.e. 87/69/CEE: Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.458 - *X/Open Group*) en Diario Oficial n° L 035 de 06/02/1987 p. 0036 – 0043; se trataba de que la Comisión concedía una exención individual a un acuerdo concluido entre fabricantes de ordenadores para crear un estándar industrial abierto para, entre otras cosas, permitir a los usuarios intercambiar *hardware* y *software* de diferentes fuentes].

Además, los estándares pueden reducir los costes de transacción para los vendedores y los compradores. Los estándares también desempeñan un cometido importante de cara a la innovación reduciendo el tiempo necesario para introducir una nueva tecnología en el mercado y facilitando la innovación al hacer posible que las empresas se basen en soluciones acordadas. En el caso de los mercados accesorios a la difusión que ahora nos ocupan, *“los estándares que establecen la interoperabilidad técnica y la compatibilidad fomentan a menudo la competencia basada en los méritos entre tecnologías de diferentes empresas y contribuyen a impedir la cautividad de un determinado proveedor”* (v. núm. 308 de las Directrices). También se lee en el núm. 311 de las Directrices: *“Mientras los efectos sobre la innovación deben analizarse de forma individual, se considera que es probable que los estándares que crean compatibilidad en un nivel horizontal entre diferentes plataformas tecnológicas den lugar a mejoras de eficiencia”*.

Estas ventajas pasarán, necesariamente: (i) por que todos los competidores actuales o potenciales tengan acceso a los recursos necesarios para la aplicación de los estándares – lo que podríamos llamar “transparencia de los estándares” (véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, *X/Open Group*, considerando 42: *“la Comisión considera que la intención del Grupo de hacer públicos los resultados cuanto antes es un elemento esencial en su decisión de otorgar una exención”*); (ii) por que éstos hayan sido consensuados dentro de cada uno de los colectivos de agentes económicos (competidores, clientes, etc.) activos dentro del mercado de referencia – lo que podríamos denominar “representatividad de los estándares”; y (iii) porque el acuerdo no entrañe una limitación de la innovación si, por ejemplo, supone una regresión tecnológica que coloque fuera del mercado productos de unas características particularmente novedosas.

2. **Carácter indispensable.** La idea de la que partir es la de que los estándares habrán de ser abiertos y tecnológicamente neutros, sin embargo, lo anterior no siempre será

posible al no comprender el estándar todas las opciones técnicas (o incluso comprender sólo una de ellas), debiendo, en tal caso, las partes demostrar que la participación de los terceros acarrearía desventajas importantes en términos de eficiencia [Véase la Decisión de la Comisión en el asunto IV/31.458, *X/Open Group*, considerando 45: “*Los objetivos del Grupo no podrían alcanzarse si cualquier empresa dispuesta a comprometerse a cumplir los objetivos del Grupo tuviese el derecho de hacerse miembro. Esto crearía dificultades prácticas y logísticas en la gestión del trabajo y posiblemente impediría la adopción de propuestas apropiadas*”; véase también la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 2009 en el asunto 39.416, Clasificación de buques, considerando 36: “*(...) los compromisos mantienen un equilibrio adecuado entre el mantenimiento de unos criterios exigentes de afiliación a la IACS y la eliminación de obstáculos innecesarios a esa afiliación. Los nuevos criterios garantizarán que únicamente las sociedades de clasificación técnicamente competentes puedan afiliarse a la IACS y evitarán que la calidad y eficacia de su trabajo se vean perjudicadas injustificadamente por unos requisitos de afiliación muy poco rigurosos. Al mismo tiempo, los nuevos criterios no serán un obstáculo para que aquellas sociedades de clasificación técnicamente competentes que lo deseen puedan convertirse en miembros de la IACS*”].

En este último caso, resultará además indispensable que con ello se obtenga el mayor interés para los consumidores y la economía y que la opción u opciones tecnológicas que representa el estándar no hayan sido adoptadas sobre la base de criterios discriminatorios o que se contemplen procedimientos reconocidos para la representación colectiva de los intereses [V., p.e., 78/156/CEE: Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 1977, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (IV/29.151 - *Video Cassette recorders*) en Diario Oficial n° L 047 de 18/02/1978 p. 0042 – 0047; la Comisión entendió que un acuerdo entre los principales fabricantes de reproductores y cintas de vídeo para basar sus productos en los sistemas de *Philips*, en posición dominante, no podía llegar a beneficiarse de la exención individual por no permitir el desarrollo de otros sistemas competidores, reducir la posibilidad de competencia entre las partes y limitar la innovación].

Este carácter indispensable justificará también que para que un acuerdo de estandarización pueda beneficiarse de la exención el mismo no deba imponer más restricciones que las estrictamente necesarias para la consecución de sus objetivos, p.e., la obtención de determinados niveles de calidad o de compatibilidad técnica, y, por ende, que el mismo no deba tampoco exceder del ámbito estrictamente necesario para el logro de los mismos (p.e., el establecimiento de los estándares – precedido o no de I + D – o la explotación comercial de los estándares). En principio, “*las restricciones en los acuerdos de estandarización en virtud de los cuales un estándar es vinculante y obligatorio para el sector no son imprescindibles*” (núm. 318 de las Directrices).

3. **No eliminación de la competencia.** No será admisible la exención si se faculta a las partes para eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado de los productos en cuestión mediante la creación o refuerzo de una posición dominante conjunta. Por ello, cuando el estándar privado sea establecido por un conjunto de empresas que ocupen una posición dominante colectiva imponiendo, de hecho, un estándar en la industria será indispensable, con el fin de evitar toda eliminación de la

competencia en los mercados de referencia, que el estándar sea accesible a terceros, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias.

(3) Acuerdos de transferencia de tecnología

Estos acuerdos, como ocurre también con los de I + D, ya se vio que pueden darse tanto entre empresas competidoras como no competidoras, es decir, que se pueden presentar como restricciones horizontales o verticales. Sin embargo, mantendremos la sistemática de enfocarlos principalmente como restricciones horizontales haciendo referencia a las especialidades que pudieran presentar en su modalidad de restricción vertical.

El Reglamento (CE) n° 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (Reglamento de Exención en transferencia de tecnología) declara exentos los acuerdos de transferencia de tecnología concluidos entre dos empresas – licenciante y licenciataria – por los que se permite a la segunda la producción de ciertos productos o servicios aplicando una tecnología – patentes, conocimientos técnicos o *know-how* o derechos de autor sobre programas informáticos (*software*) – que sea de la titularidad de la primera (Art. 2). Las pautas de aplicación del Reglamento de Exención por categorías las sienta la Comisión en los apartados 34 y Ss. de las Directrices sobre transferencia de tecnología que se referirán más abajo.

La diferencia esencial, pues, con respecto a la exención en I + D es la de que, en este caso, se trata de una tecnología ya desarrollada, y no por desarrollar; si bien el fundamento de ambas categorías de exenciones vienen a coincidir en lo esencial. Y, en efecto, se lee en el considerando 5 del Reglamento de Exención en transferencia de tecnología: *“Los acuerdos de transferencia de tecnología consisten en la concesión de licencias de tecnología. Este tipo de acuerdos mejora por lo general la eficiencia económica y favorece la competencia ya que pueden reducir la duplicación de la investigación y desarrollo, reforzar el incentivo para la investigación y desarrollo iniciales, fomentar más la innovación, facilitar la difusión y generar competencia en el mercado de productos”*.

Como venimos destacando, los mercados en los que nos movemos son mercados en los que la tecnología es conocida, si bien puede encontrarse protegida por derechos de propiedad intelectual, siendo ésta la razón de que cobren un mayor interés esta clase de acuerdos de cooperación horizontal que los de I + D.

Cuando nos encontremos ante un supuesto de cooperación horizontal, por ser ambas partes del acuerdo empresas competidoras, la exención se aplicará a condición de que la cuota de mercado combinada de las partes no exceda del 20 % en el mercado tecnológico (o de tecnologías de referencia) y en el mercado de productos de referencia afectado (Art. 3).

Las definiciones de uno y otro mercado resultan del Art. 1 del Reglamento de Exención en transferencia de tecnología. La del mercado de productos de referencia se corresponde con la que se ha venido barajando, o lo que es igual: *“el mercado de productos de referencia incluye aquellos productos que el comprador considera intercambiables o sustituibles por los productos contractuales – estos son los producidos con la tecnología licenciada - debido a las características, al precio o al uso previsto de los productos”*. En la del mercado tecnológico de referencia prima también el factor de la sustituibilidad de la demanda y así: *“el mercado tecnológico de referencia incluye aquellas tecnologías que el licenciataria*

considera intercambiables o sustituibles por la tecnología objeto de la licencia, debido a las características de las tecnologías, a sus cánones y al uso previsto de las mismas”.

Ambas cuotas de mercado se definirán sobre la base del valor de las ventas (Art. 8); correspondiéndose la de un licenciante en el mercado tecnológico de referencia con la cuota de mercado combinada de los productos contractuales producidos por el licenciante y sus licenciarios en el mercado de productos de referencia.

Esta exención será también aplicable a la colusión vertical entre empresas no competidoras, siendo, en este caso, el umbral de cuota en el mercado tecnológico y de productos de referencia afectado el del 30 %. El ejemplo podría ser el mismo que en el caso de la concertación horizontal con la sola variación de que la cesión del *software* se realizara por una empresa especializada en servicios de acceso condicional a un operador de TV de pago.

De nuevo, aquí habrá que tener en cuenta la existencia de unos acuerdos especialmente graves (tanto entre empresas competidoras como no competidoras) respecto de los que no podrá jugar en ningún caso la exención por categorías al margen de cuáles sean las cuotas de mercado disfrutadas por las partes. Así se regula en el Art. 4 del Reglamento el supuesto de las “Restricciones especialmente graves” que responden a supuestos de cártel en la modalidad de reparto de clientes o fuentes de abastecimiento, fijaciones de precios, limitaciones de la producción o de la innovación, etc.

Y tampoco resultará de aplicación la exención por categorías respecto de ciertas obligaciones o restricciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología conforme a lo especificado en el Art. 5 que se ocupa de las “restricciones excluidas” y que responden a la necesidad de evitar situaciones de abuso por parte del licenciante (p.e., cesión obligada de los desarrollos y perfeccionamientos de los que pueda ser autor el licenciario) o limitaciones de la innovación (p.e., imposibilidad de que el licenciario desarrolle actividades de I + D).

Por concretar con uno de los muchos ejemplos posibles, habría lugar a la exención por categorías cuando una empresa de servicios técnicos para TV de pago cediera a otra dedicada a la misma actividad un *software* de acceso condicional para que lo aplicase a sus propios servicios siempre que se dieran dos condiciones, a saber, la de que la cuota combinada de ambas en el mercado de los servicios técnicos para TV pago no superase el 20 % y la de que esa misma cuota combinada dentro del mercado de las tecnologías de acceso condicional no rebasara ese mismo límite. Si pensamos en la realidad del mercado español, el hecho de que la exención por categorías resultara o no de aplicación, seguramente, dependería de las circunstancias del caso concreto, sin que *a priori* pudiera descartarse ninguna de las dos opciones.

Estudiamos, pues, esta clase de acuerdos desde el enfoque de las restricciones horizontales que son las que ahora nos ocupan; y sin perjuicio de que los mismos puedan también traducirse en restricciones verticales o, lo que es igual, entre empresas no competidoras. Las restricciones al juego de la competencia entre competidores derivadas de un acuerdo de transferencia de tecnología entrañarán un mayor riesgo que las que se den entre no competidores, lo que se encuentra en línea con lo ya señalado en otros apartados de la tesis. En lo demás, valdrá para los acuerdos de transferencia de tecnología entre no competidores lo dicho en el presente epígrafe para los verificados entre competidores con relación a los

ámbitos afectados, al presupuesto del poder de mercado, a sus efectos y a los factores de ponderación de los mismos.

Por otra parte, a diferencia de las demás restricciones hasta aquí examinadas que son objeto de tratamiento por las Directrices sobre cooperación horizontal, los acuerdos de transferencia de tecnología cuentan con su propio instrumento regulador constituido por las Directrices sobre transferencia de tecnología (Diario Oficial n° C 101 de 27/04/2004 p. 0002 – 0042).

Los acuerdos de transferencia de tecnología tienen, entonces, por objeto la concesión de licencias de tecnología por las que el licenciante autoriza al licenciatario a explotar determinada tecnología para la producción de bienes o servicios (su importancia con relación a los mercados de las comunicaciones electrónicas resulta indudable – piénsese, si no, en las licencias para la explotación de las tecnologías xDSL o para la explotación de la fibra óptica, por sólo poner un par de ejemplos – pero también con respecto a los mercados genéricos, con una notable presencia del componente tecnológico: Vg., una licencia de uso de una tecnología de encriptado, de un *software* de acceso condicional, de una tecnología de emisión en alta definición o de difusión televisiva sobre terminales móviles; o para la prestación de servicios interactivos o para la medición de audiencias).

Por lo que hace a los ***ámbitos que pueden resultar afectados*** por un acuerdo de transferencia de tecnología serían estos:

1. **El mercado tecnológico de referencia.** Este mercado vendría a estar conformado por la tecnología licenciada y por las que sean sus sustitutivas; *“es decir: otras tecnologías consideradas por los licenciatarios intercambiables o sustituibles por la tecnología licenciada, por razón de sus características, sus cánones o el uso que se prevea hacer de ellos”* (V. núm. 22 de las Directrices). La evaluación de los efectos anticompetitivos del acuerdo de transferencia de tecnología será siempre necesaria en este ámbito. Si partimos de un acuerdo horizontal de transferencia de tecnología de acceso condicional entre dos proveedores mayoristas de servicios técnicos para TV de pago, y suponiendo que, dadas las características del mercado, pudiera llegar a definirse un mercado de las tecnologías de acceso condicional, siempre sería necesaria la evaluación en este mercado.
2. **El mercado de producto de referencia.** Este mercado sería el correspondiente al producto o servicio a que dicha tecnología se incorpora, es decir, el mercado de producto integrado por *“los productos considerados por los compradores intercambiables o sustituibles por los productos contractuales que incorporan la tecnología licenciada, por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”* (V. núm. 21 de las Directrices). Al igual que en el mercado anterior, la evaluación de los efectos anticompetitivos del acuerdo de transferencia de tecnología será también siempre necesaria en este ámbito, que, en el mismo ejemplo, podría ser el de los equipos que incorporen la tecnología de acceso condicional.
3. **El mercado de la innovación.** Éste sería el mercado referido a los productos completamente nuevos o que a largo o medio plazo reemplazarán al producto que incorpora la tecnología licenciada. Mientras que la evaluación de los efectos anticompetitivos del acuerdo de transferencia de tecnología con relación a los dos primeros ámbitos que acabamos de ver será siempre necesaria, con relación al mercado de la innovación sólo lo será cuando dicho acuerdo produzca el efecto de retrasar la

introducción en el mercado de esos otros productos que puedan llegar a desplazar a los que incorporan la tecnología transferida. Para ello será necesario que resulte posible definir al inicio los polos del I + D (*Vid Supra* Acuerdos de I + D en el mercado de los servicios de TV digital interactiva), a fin de dirimir si, tras el acuerdo de transferencia de tecnología, existirán o no en el mercado de la innovación un número bastante de polos competidores como para que el mismo siga siendo competitivo. Dado que, en el ejemplo que venimos tomando, no sería imaginable ninguna innovación que hiciera innecesarios los equipos de acceso condicional para TV de pago, no parece que el mercado de la innovación pudiera salir afectado.

En lo tocante al ***poder de mercado***, será necesario que una de las partes del acuerdo lo ostente en el mercado tecnológico de referencia. Por lo general, la Comisión (v. núm. 131 de las Directrices) entenderá que no se plantean problemas de competencia si existen al menos cuatro tecnologías controladas por terceros ajenos al acuerdo que sean sustitutivas de las controladas por las partes del mismo. Para la fijación de la cuota atribuible a cada una de las partes del acuerdo dentro del mercado tecnológico de referencia, un primer criterio será el de partir del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas para luego fijar la porción de mercado que corresponde a cada una de ellas (en el ejemplo: si todos los cánones satisfechos por la transferencia de tecnologías para la prestación de servicios de acceso condicional para plataformas de TV de pago suman 10, de los que 2 corresponden a cánones abonados por licencias de uso de la concreta tecnología de operador licenciante, la conclusión será la de que éste tendrá una cuota del 20 % del mercado tecnológico de referencia).

Sin embargo, dada la ausencia, en la práctica, de información sobre ingresos por cánones, podrá ser necesario acudir a un método alternativo cual sería el de calcular las cuotas en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes (dentro del mismo ejemplo, si los productos o servicios que incorporan la tecnología de acceso condicional del licenciante representan un 30 % del mercado de producto de referencia, esa será también la cuota correspondiente al licenciante dentro del mercado tecnológico de referencia).

Inciendo sobre los ***factores para la ponderación de los efectos anticompetitivos*** asociados a los acuerdos de transferencia de tecnología serían de aplicación *mutatis mutandi* los generales de las diversas formas de cooperación horizontal. En particular, de entre estos factores enunciados más arriba de modo genérico, las Directrices sobre transferencia de tecnología hacen expresa mención, entre otros, de los siguientes: **a)** la existencia de barreras de entrada; **b)** la concurrencia de mecanismos disuasorios efectivos para el caso de que alguna de las empresas se aparte de la estrategia concertada; **c)** el poder de mercado de los competidores; **d)** el poder de la demanda; **e)** el grado de madurez del mercado; **f)** la intensidad de la competencia potencial; **g)** el efecto acumulativo, derivado de la cobertura del mercado por acuerdos similares; **h)** la duración de los acuerdos; **i)** el marco reglamentario; **j)** el liderazgo en materia de precios; **k)** la existencia de anteriores conductas colusorias; **l)** la naturaleza del producto.

Así, el detalle de los efectos anticompetitivos puesto en relación con los factores de ponderación, sería el siguiente:

1. **Reducción de la competencia intertecnologías.** Este riesgo se daría entre las empresas que operan en un mercado tecnológico o en un mercado de productos que incorporan

las tecnologías en cuestión, incluida la posibilidad de favorecer las colusiones, tanto explícitas como implícitas.

La diferenciación entre competencia intratecnología y competencia intertecnologías guarda un indudable paralelismo con la distinción entre competencia intramarca e intermarcas, conceptos estos manejados en otros apartados, al tratar de los efectos derivados de las restricciones verticales. La competencia intratecnología alude a la que se da entre empresas que emplean la misma tecnología y la competencia intertecnologías a la que tiene lugar entre empresas que recurren a tecnologías competidoras entre sí (Véanse, por ejemplo, los asuntos acumulados 56/64 y 58/64, *Consten y Grundig*, Rec. 1966, 429).

Para dilucidar si la competencia intertecnologías resulta afectada por el acuerdo de transferencia de tecnología la pregunta clave será (apartado 12 de las Directrices sobre transferencia de tecnología): “¿*restringe el acuerdo de licencia la competencia efectiva o potencial que existiría de no haberse celebrado (el acuerdo en sí)*?”; mientras que para determinar si esa misma afectación se da en la competencia intratecnología esa misma pregunta deberá ser formulada en los siguientes términos: “¿*restringe el acuerdo la competencia efectiva o potencial que habría existido a falta de las restricciones contractuales (incorporadas a las concretas cláusulas del acuerdo)*?” (ejemplo de lo primero podría ser el de un acuerdo entre dos empresas establecidas en estados vecinos que se concedieran licencias recíprocas para la explotación de sendas tecnologías de cifrado de señal de TV con el compromiso añadido de no entrar ninguno de los dos en el mercado nacional de la TV de pago donde opere el otro, de donde resultaría que, de no haber mediado el acuerdo, ambas tecnologías de cifrado podrían haber llegado a competir en ambos mercados nacionales; ejemplo de lo segundo sería el de un operador de TV de pago titular de los derechos de propiedad intelectual sobre también cierta tecnología de cifrado que los transfiera a un competidor dentro del mismo mercado nacional con la condición de que este último no los ceda, a su vez, a terceros competidores, de lo que cabría inferir que la competencia entre operadores autorizados para el empleo de esa concreta tecnología no habría salido perjudicada en el caso de que el acuerdo de transferencia de tecnología no hubiera incorporado esa prohibición de subcesión).

Como factores de ponderación de este efecto anticompetitivo podríamos destacar:

a) Poder de mercado y grado de concentración del mismo. Este factor vendrá a estar constituido por el grado del poder de mercado y por el asociado a él del coeficiente de concentración – venimos viendo que el poder de mercado, en sí, actúa como presupuesto y su intensidad como parámetro de evaluación de los efectos anticompetitivos -: el hecho de que las partes del acuerdo disfruten de una elevada cuota dentro del mercado tecnológico de referencia o del referido al producto que incorpora esa tecnología y el de que sean éstos mercados concentrados acentuarán los efectos anticompetitivos de cualquier acuerdo de transferencia a favor de su tecnología y de los productos que la incorporan en detrimento de los de sus competidores.

b) Naturaleza del acuerdo. Atendiendo a este factor, la evaluación de los efectos no se hará imprescindible en los siguientes dos casos, a saber: **(i)** los acuerdos de transferencia de tecnología especialmente graves al ser anticompetitivos por su

objeto (fijación de precios, limitación de la producción o reparto del mercado; Véase, por ejemplo, la sentencia en el asunto C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. 1999, I-4125, apartado 99.) y; (ii) los acuerdos de transferencia de tecnología cuyos efectos sean sólo procompetitivos (la mayoría de ellos) como cuando, únicamente, favorecen la difusión de tecnologías, estimulan la innovación permitiendo a los innovadores resarcirse de sus desembolsos y esfuerzos desplegados en actividades de I + D o permiten al licenciatario rebajar sus costes y los precios de venta merced a la incorporación de la tecnología licenciada a sus propios activos de producción.

Sí será, en cambio, necesaria esa evaluación en los acuerdos no ya con un objeto, sino tan solo con un efecto anticompetitivo. Igualmente será también necesaria dicha evaluación en aquellos de estos últimos acuerdos en los que junto a los efectos anticompetitivos coexistan los efectos procompetitivos y en los que la autoridad de la competencia podrá primar a estos últimos con respecto a los primeros para terminar concluyendo que el acuerdo debe ser objeto de exención individual con sujeción al Art. 101 ap. 3 TCEE.

c) Tipo del acuerdo de transferencia de tecnología. Un tercer factor de ponderación podrá venir determinado no ya por la naturaleza del acuerdo de transferencia de tecnología sino por cual sea su tipo concreto o el de las restricciones que incorpora¹¹.

¹¹ No es del caso profundizar aquí en la tipología de los acuerdos de transferencia de tecnología. En sus directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología (véanse los apartados 153 y siguientes) se ocupa la Comisión, en particular, del estudio de los efectos anticompetitivos asociados a:

- a) **Obligación de pago de cánones**: la imposición entre competidores de cánones asociados a la concesión de la licencia pueden restringir el juego de la competencia si son claramente desproporcionados con relación al valor de mercado de la licencia y tienen un impacto significativo sobre los precios de mercado (p.e., una empresa medidora de audiencias cede a una competidora una tecnología novedosa de audimetría por un precio desorbitado de modo que esta última se ve obligada a repercutir el coste vía precios a las cadenas de TV que precisan conocer sus niveles de audiencia para operar en el mercado de la publicidad televisada; otro ejemplo de la vida real podría ser el reciente -julio de 2008- del acuerdo entre *Nokia* y *Qualcomm* para dejar sin efecto el conflicto empeñado entre ambas compañías: Nokia había presentado una denuncia contra *Qualcomm* ante la Comisión Europea por un supuesto abuso de algunas de sus patentes imprescindibles para la prestación de servicios de telefonía móvil de tercera generación al imponer precios abusivos por la cesión de las mismas).
- b) **Restricciones de la producción en determinado territorio**: el licenciante puede comprometerse a no producir dentro de territorio determinado recurriendo a la tecnología licenciada y a no licenciar a terceros para producir en ese mismo territorio (licencia exclusiva) o puede sólo comprometerse a lo segundo (licencia única) (p.e., un operador de TV de pago cede a un competidor una tecnología para la prestación de servicios interactivos a través de una plataforma de TV comprometiéndose a no utilizarla él y a no cederla a otros terceros competidores dentro de determinado mercado nacional).
- c) **Restricciones de las ventas**: se limita la comercialización de productos que incorporan la tecnología licenciada en determinado territorio o con relación a determinado grupo de clientes (Vg., si en el mismo ejemplo del párrafo anterior, el operador de TV de pago licenciante impone al licenciatario el empleo de la tecnología para la prestación de servicios interactivos solo con relación a los clientes que se abonen en el futuro y no con relación a los ya abonados).
- d) **Restricciones de la producción**: el licenciante impone limitaciones relativas a la fabricación de los productos o el suministro de los servicios que incorporan la tecnología licenciada como cuando, por ejemplo, se permite el uso de dicha tecnología sólo en determinado centro de producción del licenciatario (p.e., un fabricante de antenas parabólicas cede cierta tecnología de fabricación de las mismas a un competidor con la condición de emplearla sólo en determinado centro fabril).

d) Grado de reparto de costes. Podrá tomarse en cuenta el factor relativo a si el acuerdo de transferencia de tecnología supone o no el reparto de costes por parte de

- e) **Restricciones de sector de aplicación:** se limita la licencia a uno o más sectores técnicos de aplicación o a uno o más mercados de productos en casos en los que la misma tecnología puede utilizarse para producir distintos productos o puede incorporarse a productos pertenecientes a mercados de productos diferentes (p.e., sería el caso de que un operador de telecomunicaciones determinado licenciase a otro para el empleo de tecnologías xDSL imponiendo al licenciatarario su uso sólo con relación a los servicios de voz pero no con relación al suministro de contenidos audiovisuales de banda ancha).
- f) **Restricciones de uso cautivo:** es una obligación por la que el licenciatarario tiene que limitar su producción del producto licenciado a las cantidades necesarias para la fabricación y para el mantenimiento y reparación de sus propios productos; o, dicho en otras palabras, se trata de la obligación del licenciatarario de utilizar los productos que incorporan la tecnología licenciada únicamente como insumos para su propia producción sin posibilidad de venta a terceros (p.e., un cableoperador cede a otro cierta tecnología que facilita el transporte de la señal con la condición de emplearla para autoprestación en sus red propia de distribución, mas no en la distribución a usuarios finales).
- g) **Vinculación:** el licenciante impone al licenciatarario como condición para la transferencia de cierta tecnología (producto vinculante) la obtención de otra licencia relativa a otra tecnología o la compra de un producto suyo o de un tercero por él designado (producto vinculado) (p.e., un operador de TV de pago cede a otro cierta tecnología relativa al Interfaz del Programa de aplicación con la condición de que el mismo adquiera también el descodificador).
- h) **Agrupación:** dos tecnologías o una tecnología y un producto sólo se venden juntos en un mismo paquete [sería el mismo ejemplo anterior; la diferencia radicaría en que, en la vinculación, es posible la compra del producto vinculado (el descodificador) sin el vinculante (la tecnología de API), aunque no al revés, mientras que, en la agrupación, ni tan siquiera esta opción existe].
- i) **Obligaciones de inhibición de la competencia:** el licenciatarario tiene obligación de no utilizar tecnologías de terceros que compitan con la tecnología licenciada (p.e., si un operador de TV de pago cede a otro cierta tecnología de emisión en alta definición con la condición de que este último no recurra a la tecnología ofrecida por un tercero).
- j) **Acuerdos de resolución de conflictos:** las licencias se emplean para resolver diferencias (p.e. dos operadores de capacidad satelital empeñados en una disputa por ver quién consigue hacerse con un cliente – plataforma de TV por satélite – importante resuelven sus diferencias asumiendo uno salirse de la puja y cediéndole el otro cierta tecnología de especial relevancia, por ejemplo, para asegurar el lanzamiento con éxito de satélites). Un ejemplo reciente de empleo de licencias con este fin de resolución de conflictos lo encontramos en EE.UU. Allí, un jurado neoyorquino consideró que la mayor de las empresas estadounidenses de servicios telefónicos por IT, *Vonage*, llegó a quebrantar seis patentes del grupo de telefonía móvil *Sprint* relacionadas con la tecnología que esta última utilizaba para facilitar la conexión de llamadas telefónicas a través de internet. Ambos operadores alcanzaron un acuerdo en virtud del cual *Vonage* abonaría a *Sprint* unos 80 millones de dólares como contraprestación por el uso pasado y futuro bajo licencia de las tecnologías de la segunda por parte de la primera (EFE: 09.10.2007).
- k) **Acuerdos de renuncia:** las licencias se emplean para evitar que una de las partes del acuerdo se valga de sus derechos de propiedad intelectual para impedir que la otra explote su propia tecnología (p.e., si, existiendo un pleito entre dos operadores de TV móvil con relación a la titularidad de ciertos derechos de propiedad intelectual o industrial cuyo objeto sea cierta tecnología de difusión por esa vía, transigen para dejarlo sin efecto renunciando uno de ellos a hacer valer esos derechos y licenciando al otro).
- l) **Consortios tecnológicos:** son acuerdos por los que dos o más partes crean un paquete de tecnologías que se licencia no sólo a quienes contribuyen al consorcio, sino también a terceros (sería el caso de, Vg., de varias empresas que acuerdan un estándar – *Vid Supra* – para la difusión de TV móvil concediendo licencias relativas a la tecnología normalizada también a los terceros operadores no integrados en el consorcio).

licenciante y licenciataria, de modo que, cuando lo anterior se dé, será mayor el riesgo de colusión implícita o explícita (ver, a este respecto, lo que se dijo al tratar, p.e., de los acuerdos de producción).

e) *Carácter unilateral o bilateral del acuerdo.* Los efectos restrictivos sobre el juego de la competencia tenderán a ser más intensos cuando el mismo imponga obligaciones recíprocas.

Ilustrando todo lo anterior con el ejemplo traído a colación de intercambio de tecnologías de cifrado entre operadores de TV de pago asentados en diferentes mercados nacionales, los efectos restrictivos sobre el juego de la competencia intertecnologías serían especialmente acentuados cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: **(i)** que se trate de mercados concentrados en los que las partes del acuerdo se encuentren en una situación de poder de mercado; **(ii)** que junto a los efectos anticompetitivos no se aprecie factor procompetitivo alguno; **(iii)** que se trate de un tipo de restricción de especial gravedad como, Vg., las que se refieren a la producción en determinado territorio (*Vid* nota al pié) que pueden llevar aparejadas compartimentaciones del mercado, lo que se daría, en el ejemplo, si cada una de las partes se compromete, no sólo a no penetrar en el mercado de la otra, sino además a no utilizar la tecnología licenciada a la otra para prestar servicios televisivos en su propio mercado; **(iv)** que ambos operadores compartan importantes partidas de gastos para el desarrollo de las tecnologías licenciadas; y **(v)** si ambos operadores, y no sólo uno, se comprometen a no penetrar en el mercado geográfico del otro o a no emplear la tecnología licenciada al otro.

2. **Exclusión de competidores.** Esta exclusión podrá darse en el ***mercado del producto que incorpora la tecnología***, entre otros casos, cuando el licenciante imponga restricciones por las que se impida o dificulte al licenciatario el conceder sublicencias a terceros de modo que dicha tecnología no pueda ser aplicada a otros productos. Si, por ejemplo, el licenciante del software de acceso condicional impone al licenciatario el no cederla a terceros operadores, ello, aún sin ser determinante, sí contribuirá a excluir a estos últimos del mercado de referencia de los servicios técnicos para TV de pago.

Y, del mismo modo, podrá dicha exclusión darse en el ***mercado tecnológico de referencia*** merced a la marginación de tecnologías competidoras; punto para el que valdría con remitirse a lo dicho en el número 1 anterior en cuanto a la reducción de la competencia intertecnologías. La reducción de la competencia entre las partes del acuerdo de transferencia dentro del mercado tecnológico de referencia y del mercado del producto que incorpora la tecnología propiciará la colusión entre ellas con vistas a la exclusión de los competidores.

También valdrá con que nos remitamos al número 1 anterior en lo concerniente a los factores para la evaluación del efecto a que se alude en este número 2, que es el de la exclusión de competidores.

3. **Reducción de la competencia intratecnología entre las empresas que producen productos con la misma tecnología.** La competencia entre empresas que utilizan la misma tecnología (competencia intratecnología entre licenciatarios) constituye un complemento importante de la competencia entre empresas que utilizan tecnologías competidoras (competencia intertecnologías). Así, por ejemplo, la competencia

intratecnología puede desembocar en unos precios más bajos para los productos que incorporan la tecnología en cuestión, que no sólo pueden generar beneficios directos e inmediatos para los consumidores de estos productos, sino que además estimulan aún más la competencia entre las empresas que utilizan tecnologías competidoras.

Siguiendo este hilo de razonamiento, si, Vg., un operador de TV de pago cede a otro asentado en el mismo mercado nacional determinada tecnología de encriptado bajo la condición de no subcederla a terceros competidores, ello determinará, en primer lugar, una restricción de la competencia intratecnología o entre operadores autorizados para utilizar la tecnología licenciada y, yendo más allá, una limitación de la competencia intertecnologías o, lo que es igual, entre ésta y sus tecnologías sustitutivas. Al estar limitada la competencia intratecnología por lo que se acaba de decir, los operadores autorizados para el empleo de la tecnología licenciada no se verán obligados a rebajar sus precios para competir entre sí lo que llevaría a que la tecnología licenciada no compitiera vía precios con otras inscritas dentro del mismo mercado tecnológico de referencia.

En lo demás, sólo remitirnos a los factores de ponderación que se dejaron enunciados en el número 1 anterior.

En cuanto a la posibilidad de constatar la existencia de ***exención individual***, la misma se someterá a las condiciones generales del Art. 101.3 TFUE (v. núms. 146 a 152 de las Directrices sobre Transferencia de tecnología), se destaca en las Directrices (núm. 146) que *“Hasta los acuerdos de licencia restrictivos producen, en su mayoría, efectos procompetitivos consistentes en eficiencias que pueden superar sus efectos anticompetitivos”*:

1. ***Ventajas económicas.*** El acuerdo de licencia debe producir beneficios económicos objetivos y se ha de reservar a los consumidores una participación equitativa en las eficiencias obtenidas. El riesgo que asumen las partes y la inversión irrecuperable necesaria para aplicar el acuerdo pueden justificar la exclusión del acuerdo del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 o el cumplimiento de las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, según el caso, durante el tiempo necesario para recuperar la inversión. Los acuerdos de licencia permiten principalmente integrar tecnologías complementarias y otros activos para sacar al mercado productos nuevos o mejorados o para producir los productos a un precio más bajo. El acuerdo permite al licenciatarario acceder a una tecnología que puede combinarse con otros activos de producción necesarios o tecnologías disponibles, lo que le permite explotar tecnologías nuevas o mejoradas y la generación de sinergias.

Además, cuando el acuerdo de transferencia de tecnología se inviste de carácter vertical puede implicar mejoras en la distribución: p.e., un acuerdo vertical de transferencia de tecnología de cifrado entre *Thomson* y *Sogecable (Digital Plus)* puede alimentar la difusión de esa tecnología en todos los hogares abonados a TV de pago con rebajas de precios o mejoras de innovación, reduciendo costes de transacción. También cabría que en determinados ámbitos, p.e., la creación de un entorno multiplataforma a escala europea, se renuncie al ejercicio de derechos de propiedad intelectual por parte de los operadores involucrados o incluso se renuncie a la creación de tecnologías propietarias. La participación equitativa de los consumidores en la eficiencia implica que los mismos deberán, cuando menos, ser compensados de los efectos restrictivos del

acuerdo de transferencia. En el ejemplo, el acuerdo no deberá implicar para ellos mayores precios o, si los implican, los mismos deberán, al menos, verse compensados con mejores servicios o más novedosos.

2. **Carácter indispensable.** Las restricciones de la competencia deben ser indispensables para conseguir las eficiencias, de modo que las restricciones individuales hagan posible que la actividad en cuestión se realice de manera más eficiente que en su ausencia. No ha de darse una alternativa comercialmente realista menos restrictiva que permita la obtención de esas mismas eficiencias. En un entorno bilateral de transferencia de tecnología (p.e., *Thomson* cede a *Sogecable* la tecnología de cifrado), difícilmente se presentará otra opción menos restrictiva. En cambio, en un entorno multilateral de transferencia de tecnología, podrá ser exigible que la exención se aplique sólo a las tecnologías indispensables que no cuenten con sustitutivos razonables en el mercado.
3. **No eliminación de la competencia.** El acuerdo no debe ofrecer a las partes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Para ello deberá hacerse una valoración de la competencia residual y potencial en el mercado tras el acuerdo. Ello podrá llevar a valorar la existencia de abusos de posiciones dominantes, dada la consabida compatibilidad entre las instituciones de la colusión y del abuso (Véanse los asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. 2000 I-1365, apartado 130, el asunto T-51/89, *Tetra Pak* (I), Rec. 1990, II-309 y el punto 106 de las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado). Y, de acuerdo con lo anterior, habrá de excluirse la exención individual cuando el abuso exista o pueda existir. La anterior situación no ha de confundirse con la que se da cuando el acuerdo de transferencia pueda llevar a la consolidación, como dominante, de cierta tecnología, como consecuencia de los efectos y economías de red tan característicos de los mercados que estudiamos. Esto puede ser un efecto procompetitivo deseable, tal y como vimos al tratar de los acuerdos de estandarización.

f) Sobre análisis de la estructura de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

i) En el caso Cablevision

Bajando ya a la formulación de conclusiones sobre los supuestos de concentración dentro de estos mercados que dejamos estudiados, habría que comenzar por el caso *Cablevision*. En éste, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales se presentaba como mercado de referencia en el sentido de mercado en el que iba a estar activa la nueva entidad de carácter concentrativo creada por *Telefónica* y *Sogecable*. Además, contra la regla general a la que nos venimos ajustando, dicho mercado se presentaba, más bien, en su variante de mercado mayorista: *Cablevision* prestaría servicios técnicos, administrativos y comerciales a las cableoperadoras y a las Operadores Locales de Telecomunicaciones (OLTs) de *Telefónica* (que no llegaron a existir) para que las mismas pudieran suministrar servicios de TV de pago a los usuarios finales.

En *Cablevisión*, si emergente era el mercado de la TV de pago, emergente debía ser también el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, con lo que, no habiendo datos sobre cuotas de mercado dentro del primero, tampoco resultaba posible el análisis del segundo. El hecho de que la autoridad española de la competencia no facilitara datos sobre cuotas disfrutadas por los operadores dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago limitaría sobremanera la evaluación del juego de la competencia desde la perspectiva de las Directrices de la Comisión sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales.

En cualquier caso, no resultaría demasiado aventurado afirmar que *Cablevisión* iba a disfrutar de una posición dominante dentro del mercado de referencia de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago a consecuencia de controlar sus matrices instalaciones esenciales y difícilmente reproducibles (*essential facilities*), a saber, el bucle local de acceso al abonado (*Telefónica*) y el parque de descodificadores (*Sogecable*). Esa posición dominante, con toda probabilidad, degeneraría en abusos de la misma, los cuales, a su vez, podrían llegar a desencadenar efectos anticompetitivos sobre todo verticales.

En este sentido, advirtió el TDC del riesgo de que *Cablevisión* aplicara a los cableoperadores condiciones menos favorables que a las OLTs de *Telefónica* o que pudiera trasladar sobre aquellos el riesgo empresarial derivado del posible impago por los abonados por la vía de la elevación de las tarifas aplicadas o, incluso, que negara el suministro a aquellos que entraran en competencia con las propias OLTs de *Telefónica*. Por tanto, en lo que concierne a este mercado “mayorista” de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, los riesgos de lesión del juego de la competencia iban sobre todo referidos a los parámetros de la calidad o de los precios.

Por otro lado, tal y como se vio en su lugar, contra la sistemática a que nos venimos sujetando – seguida también, mayoritariamente, por las autoridades de la competencia – el TDC desgajó del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales el del suministro de descodificadores y de tarjetas inteligentes. En éste, los efectos verticales de un eventual abuso por parte de *Cablevisión* de su posición dominante afectarían sobre todo a la innovación; lo anterior partiendo del interés de la propia *Cablevisión* y de sus matrices por mantener en el mercado un parque de descodificadores obsoleto hasta la amortización de la inversión. Es decir, que cabría que la operación consolidara una situación de monopsonio en la que la nueva entidad creada se hallara desprovista de todo interés por adquirir nuevos descodificadores de los proveedores de estos en los mercados mayoristas.

En *Cablevisión*, los efectos anticompetitivos más importantes dentro del mercado “global” de los servicios técnicos, administrativos y comerciales eran los coordinados derivados de la concertación del principal operador de telecomunicaciones (*Telefónica*) y del principal de TV de pago (*Sogecable*) en el seno de la nueva entidad de carácter concentrativo. El hecho de que cada una de las concentradas mantuviera el control sobre su propia infraestructura (bucle local y parque de descodificadores) les permitiría influir de manera efectiva sobre los presupuestos de la coordinación, activar medidas de retorsión en caso de apartarse la otra de la estrategia convenida y resguardar el acuerdo frente a la reacción de posibles competidores, factores todos los anteriores que tenderían a agravar los efectos lesivos sobre el juego de la competencia.

Además, tampoco cabía imaginar la concurrencia de neutralizadores de los efectos anticompetitivos desde el momento en que: (a) los cableoperadores, allá por 1995, no estaban

aún en posición de ejercer poder de compra; **(b)** *Cablevisión* no iba a enfrentar prácticamente ninguna competencia potencial (cualquier competidor potencial tendría que “duplicar el paso de hogares” para hacer llegar su red hasta los domicilios de los abonados, lo que, en términos financieros, no parecía factible); **(c)** de la operación no iba a derivarse ninguna eficiencia para el mercado o los consumidores; más bien todo lo contrario (imposición de descodificadores obsoletos o retardo en la introducción de servicios innovadores sobre plataformas de cable).

En definitiva, en *Cablevision*, los riesgos de que la operación creara o reforzara una posición de dominio dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, con todas las restricciones que hemos visto ello podía llevar aparejado, y la ausencia de factores de neutralización de los efectos anticompetitivos tendría que conducir a compartir la opinión del TDC en el sentido de entender que la operación no debía ser autorizada.

También la Comisión hizo un estudio de los efectos restrictivos verticales, similares a los que se planteaban en el caso *Cablevisión*, en el asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù* (véase más arriba) entre el mercado descendente de la TV de pago y el ascendente de los servicios técnicos para TV de pago que entendía conformados por el sistema de acceso condicional o “sistema restringido de acceso” (CAS) y por el descodificador (STB).

El mercado italiano se caracterizaba por la existencia de una fuerte integración vertical entre TV de pago y servicios técnicos para TV de pago, pues los propios operadores de TV de pago se autoprestaban esos servicios técnicos. Los dos proveedores más importantes de esta clase de servicios eran *NDS*, que pertenecía al grupo *Newscorp*, propietario de *Stream*, y *Canal+ Technologies*, perteneciente al grupo *Vivendi*, y que fue vendido al grupo *Thomson* en septiembre de 2002. Tanto *Stream* como *Telepiù* empezaron a funcionar con la tecnología producida por *Irdeto*, pero cambiaron luego al CAS producido internamente (*Videoguard*, producido por *NDS*, y *Mediaguard*, producido por *Canal + Thecnologies*, respectivamente).

Tras la integración de *Stream* y *Telepiù*, la nueva plataforma se integraría verticalmente con *NDS* y pasaría así a poseer una tecnología propia de sistema restringido de acceso (*Videoguard*). A partir de aquí, los riesgos eran fundamentalmente dos, a saber:

1. La probabilidad de que la nueva entidad pudiera conceder acceso a la tecnología *NDS* para CAS a nuevas empresas en condiciones injustas (competencia intratecnología). Para la Comisión, este riesgo quedaba excluido por la existencia de normas de acceso en condiciones justas, razonables y no discriminatorias en la Directiva Acceso (Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes comunicaciones electrónicas y recursos asociados (DO L 108 de 24.4.2002, p. 7).
2. La probabilidad de que la nueva entidad pudiera obstruir la entrada de plataformas alternativas de televisión de pago con un sistema CAS distinto del de *NDS*, lo que llevaría a un monopolio en la práctica, teniendo en cuenta que el de *NDS* se convertiría en el único CAS utilizado en Italia (competencia intertecnologías). En este caso *Newscorp* tendría que cooperar para crear un sistema de codificación simultánea capaz de hacer compatible el CAS utilizado por *NDS* con el utilizado por la nueva empresa. La legislación italiana (*Decreti legislativi approvati dal Consiglio dei Ministri de 30 de*

abril de 1999. Legge 78 29.3.1999, Delibera AGCOM 216/00) preveía una codificación simultánea con interoperatividad entre diversos CAS.

Sin embargo, los mismos no se consideraban bastantes para la neutralización de este riesgo porque la codificación simultánea resultaba difícilmente ejecutable en el corto plazo: la puesta en práctica efectiva de la codificación simultánea entre *Telepiù* y *Stream* tardó dos años y los dos operadores fueron multados dos veces por la AGCOM por no cumplir sus obligaciones. Así, la opción más realista para cualquier nueva empresa sería obtener una licencia para la tecnología NDS. Varios terceros que colaboraron en la investigación de mercado incluso consideraron la tecnología NDS como una especie de “instalación esencial” en el mercado italiano de televisión de pago.

Debido a la inversión importante necesaria para crear una plataforma DTH, los canales DTH de pago y gratuitos de terceros necesitarían distribuirse a través de la plataforma combinada de la nueva entidad. Los servicios técnicos que podían ser proporcionados por *Newscorp* a través de la plataforma comprendían la gestión de acceso, el tránsito a través de los descodificadores y la inclusión en la lista predefinida de servicios (sintonización automática), digitalización y codificación, enlaces por satélite y, particularmente, acceso a la guía electrónica de programas (GEP).

La anterior fue una de las razones por las que la Comisión concluyó que la concentración consolidaba duraderamente una posición dominante en el mercado italiano de televisión de pago. La entidad combinada tendría un monopolio por lo que se refiere a los medios de transmisión DTH y todas las posibilidades e incentivos económicos para excluir a los competidores reales y potenciales que desearan incorporarse al mercado mediante medios de transmisión idénticos o distintos, mediante el aumento de los costes de los rivales y reforzando otros obstáculos a la entrada.

Entre los compromisos propuestos por *Newscorp*, y aceptados por la Comisión, para poner remedio a lo anterior se encontraban los siguientes (letras h, i, j) bajo la rúbrica general de “*Relaciones con competidores y terceros: oferta y acceso general a la plataforma y a los servicios técnicos*”:

- “*Newscorp concederá a terceros y a posibles nuevas empresas de DTH acceso a su plataforma y al interfaz del programa de aplicación (API), con arreglo al coste y según una fórmula no discriminatoria basada en: costes directamente atribuibles de los servicios, parte de los costes técnicos pertinentes (fijos y comunes) y un beneficio razonable durante un período apropiado. Al prestar servicios de acceso la plataforma combinada no aplicará condiciones distintas a prestaciones equivalentes.*”
- “*Newscorp obrará para que el NDS se conceda a terceros mediante licencias con precios justos y no discriminatorios para su sistema de acceso restringido (CAS).*”
- “*Newscorp se esforzará por firmar acuerdos de codificación simultánea en Italia tan pronto como sea razonablemente posible y en cualquier caso en un plazo de 9 meses desde el momento de presentación de la petición escrita de un tercero interesado.*”

ii) En el caso BiB

En el caso *BiB*, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago e interactiva - ya vimos que la autoridad de la competencia no partió en dos este mercado en función de que los servicios fueran referidos a servicios de TV de pago o a servicios de TV interactiva y tampoco nosotros, por puro sentido práctico, haremos distinciones - difícilmente podía ser calificado como mercado de referencia toda vez que el grueso de la actividad dentro del mismo no lo iba a soportar la nueva entidad creada *BiB*, sino una de sus matrices, *BSkyB*. Incluso podía llegar a ser dudoso que dicho mercado pudiera llegar a tener encaje en alguna de las otras dos categorías previstas en el Reglamento de Aplicación del Europeo de Concentraciones, a saber, las de mercado afectado o mercado donde la operación pudiera llegar a tener un impacto significativo.

Por estas razones, a pesar de que el asunto *BiB* versaba en torno a una concentración, la valoración de los efectos anticompetitivos sobre el mercado de los servicios técnicos para TV de pago e interactiva sería lo más esclarecedor afrontarla desde la perspectiva de las Directrices sobre restricciones verticales. Vimos, al tratar de colusión vertical en general en el mercado español, que habría una serie de factores que dejarían sin sentido la existencia de restricciones verticales o, al menos, el que éstas pudieran llegar a tener unos efectos de especial relevancia. Ocurriría, sin embargo, que la situación en *BiB* era muy diferente a la actual por el hecho de no haber alcanzado su virtualidad toda una serie de normas, europeas sobre todo, orientadas a garantizar la interoperabilidad de tangibles como APIs, EPGs, descodificadores, tarjetas inteligentes e intangibles como *software* interactivo o *software* de acceso condicional.

En el caso *BiB*, lo característico era que una de las partes de la operación, el operador de TV de pago sobre plataforma satelital *BSkyB* prestaba servicios técnicos (acceso condicional) a sus competidoras dentro del mercado de la TV de pago (operadores de TV terrestre y por cable). La Comisión afirmó que la posición de *BSkyB* dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago era directamente proporcional a la que, dentro del mercado principal de la TV de pago, ocuparan la propia *BSkyB* y las competidoras de ésta que contrataban sus servicios técnicos de acceso condicional. Más precisamente, dicha institución entendió que la posición dominante de *BSkyB* dentro del mercado de la TV de pago era, ya de por sí, determinante de una posición también dominante de dicha empresa dentro del mercado accesorio de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago.

El hecho de que el operador de TV de pago *BSkyB*, disfrutara de una posición dominante dentro del mercado de los servicios técnicos para TV digital e interactiva, motivaba que los acuerdos verticales entre la propia *BSkyB*, activa en este último mercado ascendente, y *BiB*, operativa en el descendente de los servicios de TV digital interactiva, pudieran llegar a tener importantes efectos anticompetitivos. En definitiva, la operación propuesta podía no sólo llegar a dificultar la entrada de eventuales competidores en el mercado descendente de los servicios de TV digital interactiva, sino también a reforzar la posición dominante de *BSkyB* en el ascendente de los servicios técnicos. Y, con relación a esto último, sabemos ya que la aplicación de las Directrices sobre restricciones verticales es perfectamente compatible con la de toda la doctrina sobre abuso de posición dominante.

En *BiB*, la posición dominante de *BSkyB*, prescindiendo de otros factores, era ya razón más que suficiente para desterrar toda pretensión de aplicar la exención por categorías o la

Comunicación *de minimis*. Además, la colusión vertical entre *BSkyB* y *BiB* podía llegar a tener un alcance muy general y a afectar a la competencia intermarcas entre diferentes marcas de proveedores de servicios técnicos (los competidores de *BSkyB* tendrían mucho más difícil acceder a o permanecer en este mercado) y a la competencia intramarca entre plataformas distribuidoras de los servicios técnicos para TV digital interactiva de *BSkyB* (a consecuencia de la colusión vertical, los competidores potenciales de *BiB* en el mercado de los servicios de TV digital interactiva tendrían mucho más difícil el acceder a los servicios técnicos de *BSkyB*).

Los principales factores de agravación de esos efectos anticompetitivos serían: **(a)** la fuerte posición de *BSkyB* en el mercado de los servicios técnicos respaldada por su posición también dominante en el mercado de la TV de pago y en contenidos *Premium*; **(b)** la débil posición de sus competidores en ese mismo mercado de los servicios técnicos; **(c)** la vinculación estructural entre *BSkyB* y el principal demandante de servicios técnicos para TV digital interactiva, *BiB*, que supondría que no existiera ningún poder compensatorio del lado de la demanda; **(d)** la existencia de importantes barreras de entrada dentro del mercado de los servicios técnicos como la derivada de que *BSkyB* disfrutara de un permiso exclusivo para la prestación a terceros en UK de servicios técnicos; **(e)** la existencia de un fuerte valor de compra única implícito en la decisión del abonado de adquirir el sistema de recepción de los servicios interactivos (descodificadores, APIs, etc.) no sólo por los engorros de la desinstalación, sino también por el hecho de quedar vinculados por el sistema de subvenciones proporcionadas por *BiB* al que se hizo ya referencia; **(f)** la necesidad de que, por la propia naturaleza de los servicios de TV digital interactiva, cuyo lanzamiento exigía la estabilidad de la cooperación, los acuerdos verticales entre *BiB* y *BSkyB* fueran a prolongarse en el tiempo; o **(g)** el bajo coste de los servicios técnicos para los usuarios finales toda vez que los mismos, al representar la compra del producto o servicio una proporción mínima del presupuesto del consumidor final, hacían menos probable que éste buscara la sustitución, con lo que la elasticidad de la demanda era menor.

Desglosando los términos de la cooperación vertical, de los tipos específicos de restricciones verticales, podría destacarse el siguiente. Había, en primer lugar, una cláusula de suministro exclusivo por virtud de la cual no cabría que *BSkyB* prestara servicios técnicos a una plataforma de TV digital interactiva diferente de *BiB*. Sabemos ya que, conforme a las Directrices sobre restricciones verticales, estos acuerdos pueden producir efectos como son: **(a)** el resto de compradores (otros proveedores de servicios de TV digital interactiva) no podrán acceder a los servicios de determinado proveedor (en este caso, el proveedor de servicios técnicos *BSkyB*); **(b)** quedaría anulada la competencia intramarca (en este caso, para la distribución a los usuarios finales de los servicios técnicos de *BSkyB* a través de otras plataformas interactivas distintas de *BiB*); **(c)** quedaría reducida la competencia intermarcas en el mercado descendente (en este caso, el de los servicios de TV digital interactiva, donde otros competidores de *BiB* tendrían vetado el acceso al principal proveedor de uno de los insumos necesarios para operar en ese mercado). Para salvar las consecuencias negativas de lo anterior la Comisión condicionó la autorización de la operación a que *BSkyB* permitiera el acceso a sus descodificadores por parte de otros prestadores de servicios de TV digital interactiva diferentes de *BiB*.

En segundo lugar, la restricción vertical derivada del hecho de que *BSkyB* no pudiera promover, en el mercado de la TV de pago, descodificadores diferentes de los suministrados a *BiB* para la prestación de servicios de TV digital interactiva no tendría, a diferencia de la anterior, posibilidad de ser incardinada con claridad dentro de ninguna de las específicas

restricciones verticales tipificadas en las Directrices. En cualquier caso, la misma podía ser considerada como restricción especialmente grave desde el momento en que entrañaba una limitación en la innovación y producción de descodificadores. Para paliar los efectos anticompetitivos de lo anterior, la Comisión condicionó la autorización de la operación a que *BSkyB* celebrara acuerdos *Simulcrypt* con los proveedores de descodificadores diferentes del suyo propio.

A diferencia, pues, de lo ocurrido en otros casos (p.e. *Via Digital*), en los que el mercado de los servicios técnicos era un mercado competitivo, en *BiB*, la operación podía llegar a producir que el juego de la competencia se resintiera en el mismo de una manera importante, lo que motivó que, en este caso sí, la autoridad de la competencia llegara a imponer esas condiciones específicamente referidas al mismo para dar el visto bueno a la operación.

Al anterior examen, desde el punto de vista de la colusión vertical, y dada la comentada compatibilidad entre ambas instituciones, cabría perfectamente superponer el basado en el abuso de posición dominante. La posición dominante de *BSkyB* en el mercado de los servicios técnicos había sido constatada por la Comisión y, a partir de aquí, resultaba perfectamente imaginable que la misma pasara a protagonizar abusos de exclusión, en sus más variadas manifestaciones (ver más arriba): obligaciones de suministro exclusivo (cuyo análisis sería sustancialmente coincidente con el que acaba de verse en sede de colusión vertical); obligaciones de compra exclusiva (si *BSkyB* impusiera a sus clientes, incluida *BiB*, la compra de sólo sus servicios y no los de sus competidores, con un efecto de bloqueo de clientes); vinculación o venta por paquetes (si, por ejemplo, *BSkyB* obligara a sus abonados a adquirir sus servicios técnicos como condición para que los mismos pudieran disfrutar de sus servicios de TV de pago); denegaciones de suministro de servicios técnicos por parte de *BSkyB* a determinados clientes; etc.

iii) En el caso Telia/Telenor

En el caso *Telia/Telenor*, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales sí admitía ser considerado mercado de referencia en el que la cuota de mercado de *Newco* sería el resultado de sumar las individuales de las concentradas. En este sentido, la Comisión no facilitó datos sobre las cuotas de mercado disfrutadas por las partes dentro del mercado de referencia, lo que imposibilitaría el cálculo de parámetros como el IHH o el *delta*. Ahora bien, la institución comunitaria sí sentó que la operación iba a suponer la creación o refuerzo de una posición dominante en manos de *Newco* dentro de este mercado. A diferencia de *Cablevisión*, caso en el que la nueva entidad iba a prestar esta clase de servicios a escala mayorista a otros operadores, en el caso *Telia/Telenor* casi todos los distribuidores de señal de TV se autoprestaban los servicios técnicos, administrativos y comerciales, lo que es tanto como decir que no había un mercado mayorista como tal, sino sólo uno minorista de prestación de esos mismos servicios a los usuarios finales por el propio distribuidor de señal de TV.

Como en el caso *Telia/Telenor*, lo característico era que cada uno de los operadores de TV se autoprestara los servicios técnicos, administrativos y comerciales, la posición de cada uno de los operadores dentro del mercado accesorio que ahora analizamos no dejaba de ser un reflejo de su posición dentro del principal de la adquisición y distribución de señal de TV.

Lo anterior motivaba que los efectos anticompetitivos del eventual abuso por *Newco* de su posición dominante tuvieran una proyección más horizontal que vertical. Así, los mayores

riesgos para el juego de la competencia había que situarlos en la posibilidad de que *Newco* abusara de su posición dominante en el mercado de referencia para imponer y generalizar su sistema de acceso condicional (proyecto *Conax*) que distaba de ser tecnológicamente neutro (a diferencia del proyecto *Nordig* y de las normas *Eurobox*) y, de esta manera, expulsar a sus competidores de ese mismo mercado de referencia.

Por otra parte, a diferencia también de lo sucedido en *Cablevisión*, los efectos anticompetitivos en el asunto *Telia/Telenor* eran también los no coordinados derivados del hecho de que, a raíz de la operación, dejaran ambas de competir dentro del mercado de referencia, aun cuando, como más arriba apuntamos, estos últimos efectos tendieran a ser absorbidos por los más importantes verificados dentro del mercado principal, en este caso, el de la adquisición y distribución de señal de TV.

Entre los factores de agravación de los efectos anticompetitivos no coordinados cobrarían una especial significación los siguientes: **(a)** el dato de disfrutar tanto *Telia* como *Telenor* de elevadas cuotas dentro del mercado de los servicios técnicos administrativos y comerciales; **(b)** la dificultad para que los clientes cambiaran de proveedor lo que llevaría implícito el cambio del descodificador al no estar éste estandarizado; **(c)** la posibilidad de que la entidad resultante de la concentración pudiera dificultar la expansión de los competidores gracias a la generalización de su propio modelo de descodificador *Conax*.

Tampoco en este caso cabía imaginar la concurrencia de neutralizadores de todos los anteriores efectos anticompetitivos: **(a)** los usuarios finales destinatarios de la señal de TV no ejercían ningún poder de compra en este mercado minorista de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV; **(b)** la competencia potencial procedente de otros proveedores de servicios de esa clase, ya débil de por sí, iba a quedar prácticamente anulada con la generalización del descodificador de *Newco*, también por la dificultad de los clientes para cambiar de proveedor de servicios técnicos, administrativos y comerciales; **(c)** no cabía imaginar la concurrencia de eficiencias; más bien todo lo contrario como consecuencia de la generalización de descodificadores no estandarizados.

La concentración planteaba también unos importantes efectos conglomerales dada la presencia de las partes de la misma en dos mercados complementarios, a saber, el de la adquisición y distribución de señal de TV y el de los servicios técnicos. Lo anterior podía llevar a que *Newco* desarrollara técnicas de vinculación y empaquetamiento entre los servicios principales de distribución de señal de TV y los accesorios (servicios técnicos) que le permitiera utilizar el mercado de los primeros como mercado palanca para expandirse en el mercado de los segundos, o al revés. Todo ello con el consiguiente riesgo de exclusión o efecto cierre de esos mercados, que se vería agravado por una serie de factores: fuertes economías de densidad y escala, etc.

Por ello, en *Telia/Telenor*, la Comisión terminó por autorizar la operación a la vista de una serie de compromisos propuestos por las partes de los que el más significativo, por lo que se refiere a la materia que ahora nos ocupa, sería el de que las partes llegaran a desprenderse de una parte muy importante de su negocio de distribución de señal de TV. Los anteriores compromisos, como recalcó la autoridad de la competencia, harían también extensivos sus efectos, a fin de permitir que la operación fuera autorizada, sobre los mercados vinculados entre los que quedaba comprendido el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV.

iv) En el caso *Vía Digital*

En el asunto *Vía Digital*, también el TDC confirió al mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales la consideración de mercado accesorio y absorbido por el de la TV de pago, con lo que habría que estar a la misma pauta que venimos refiriendo.

Por lo que se refiere a la evaluación del juego de la competencia dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales en este asunto, la observación de la que partir sería la de que la autoridad de la competencia española no sólo no vertió datos sobre cuotas de mercado, sino que tampoco hizo una evaluación del juego de la competencia en el mismo independiente de la referida al mercado principal de la TV de pago, y de ahí que ninguna de las condiciones para la autorización de la operación fueran referidas a este mercado.

En primer lugar, dentro del submercado de los servicios administrativos, p.e., recuperación de descodificadores, y comerciales, p.e., captación de clientes, el dato de que *Sogecable* no los prestara directamente, sino que los tuviera contratados con un tercero independiente, suponía que la nueva plataforma, inicialmente, no fuera a ver incrementada su cuota con respecto a la disfrutada por *Vía Digital*, que era la única entidad que se autoprestaba esos servicios. Ahora bien, mirando un poco más allá, no era descartable que la nueva plataforma tuviera incentivos para rescindir los contratos con ese proveedor independiente a fin de centralizarlos en la propia *Vía Digital*. Lo anterior podía llegar a hacer sentir sus efectos dentro del submercado (mayorista) de los servicios administrativos y comerciales para TV de pago. En cualquier caso, como hemos dicho, ni el TDC prestó atención a este posible efecto anticompetitivo ni facilitó datos sobre los que evaluarlo.

En segundo lugar, dentro del mercado de los servicios técnicos (descodificadores, *software* interactivo, *software* de acceso condicional, etc.), la situación era la inversa a la anterior: a *Sogecable* le prestaba esa clase de servicios una empresa del grupo *Canal +* y *Vía Digital* los adquiría de un tercero independiente. Los razonamientos podrían ser muy similares a los que acabamos de hacer para el mercado de los servicios administrativos y comerciales. El hecho de que *Sogecable* se autoprestara esos servicios, pero *Vía Digital* no, supondría que la nueva plataforma no llegara a disfrutar de una cuota incrementada con respecto a la de la propia *Sogecable*. Ahora bien, como en el caso anterior, podía ocurrir que la entidad resultado de la concentración pudiera tener estímulos para resolver los contratos con los proveedores independientes y centralizar sus pedidos sólo en el vinculado a *Sogecable*. Lo anterior podía llegar a extender sus efectos dentro al submercado (mayorista) de los servicios técnicos para TV de pago. De cualquier modo, tampoco en este caso el TDC dispensó ninguna atención a esta consecuencia sobre el juego de la competencia ni dio parámetros sobre los que evaluarla.

Probablemente, los efectos anticompetitivos de la operación en los dos casos anteriores admitirían ser analizados desde la perspectiva de las Directrices de la Comisión sobre concentraciones verticales (p.e., *Vía Digital*, con capacidad para actuar como mayorista en servicios comerciales o administrativos para TV de pago, se integraba con *Sogecable*, activa como minorista en el mercado descendente de la TV de pago) o, incluso, conglomerales (p.e., *Sogecable*, activa como minorista en el mercado de los servicios técnicos a los abonados, se integraba con *Vía Digital*, activa en el mercado complementario y estrechamente vinculado al anterior de los servicios de TV de pago). Sin embargo, la coincidencia de este análisis con

el realizado a título general sobre concentraciones en el mercado español, ciertamente, nos eximiría de mayores consideraciones.

En tercer lugar, vimos que el TDC, contra la sistemática seguida por la DG IV, dio al de la capacidad satelital la categoría de submercado incluido dentro del de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. En este caso, la nueva entidad estaría activa en el mercado de compra de esa capacidad satelital. La operación entrañaría la contracción de la demanda dentro de este mercado y el riesgo de que la nueva plataforma concentrara sus pedidos de capacidad satelital en sólo uno de los proveedores activos, *Hispasat* o *Astra*. Tampoco la autoridad de la competencia prestó una especial atención a los efectos de la operación sobre este submercado, ni facilitó datos sobre cuotas dentro del mercado geográfico de referencia definido por la huella satelital (*vid infra*) conforme a los que realizar una evaluación completa del juego de la competencia.

En cualquier caso, había una serie de factores de mitigaban el riesgo de lesión del juego de la competencia a consecuencia de la operación dentro del submercado de la capacidad satelital. Así, tanto uno como otro operador de capacidad satelital presentaban puntos fuertes y débiles cuya valoración en conjunto permitía inferir que estaban muy parejos en cuanto a poder de mercado. En cuanto a *Astra*, sus puntos débiles eran su fuerte dependencia de *Sogecable*, que representaba el 40 % de sus ingresos dentro de la huella relevante, y su falta de cualquier integración vertical con respecto a la plataforma de TV a la que suministraba capacidad satelital así como de derechos exclusivos; y su punto fuerte nacía de la reciente integración de *Ses* en *Ge Americom* (que, en términos globales, dejaba reducido ese porcentaje del 40 % al del 3 %). Y en cuanto a *Hispasat*, sus puntos fuertes pasaban por el hecho de estar participada por *Telefónica*, lo que entrañaba la vinculación accionarial con respecto a la plataforma de TV de pago, pues *Telefónica* participaba en *Sogecable*, por el de ostentar derechos exclusivos por vía de concesión respecto de los activos orbitales disfrutados por el Estado español y por el de disfrutar de una cartera de clientes dentro de la huella relevante mucho más diversificada que la de *Astra*; y su punto débil radicaba en su falta de integración dentro de un grupo supranacional que impedía que la reducción de ingresos derivada de la opción de la nueva plataforma por *Astra* (que cifraba en un 23 %) pudiera ser diluida en una estructura financiera más amplia.

Sin embargo, y a la postre, el factor decisivo para que la operación no llegara a tener un impacto significativo sobre este submercado de la capacidad satelital vino a estar constituido por los gastos de reorientación de las parabólicas. Optar por uno solo de los dos operadores habría supuesto para la nueva plataforma unos gastos de reorientación de las parabólicas dirigidas al satélite competidor de tal entidad que al fin la decisión fue la salomónica de crear una nueva entidad participada por *Astra* e *Hispasat* para la prestación de todos los servicios de capacidad satelital. Ésta medida, con tener alguna incidencia sobre el mercado de la capacidad satelital del lado de la oferta, sin duda era menos dañosa para el juego de la competencia que la salida de uno de los dos competidores que pudiera llegar a allanar el camino para el otro. En este sentido, bien pudiera suponer un reequilibrio: a la concentración del lado de la demanda de servicios de capacidad satelital seguiría una concentración del lado de la oferta neutralizando así el incremento del poder de compra directamente achacable a la operación notificada.

En definitiva, como sabemos, en *Vía Digital*, el TDC autorizó la operación bajo ciertas condiciones de la que ninguna iba referida al mercado accesorio de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales lo que estaba en consonancia con el hecho de no

haber evaluado el juego de la competencia en el mismo. En todo caso, las mismas podían entenderse implícitas en las referidas al mercado de la TV de pago que ya estudiamos.

v) En el caso Televes

En el asunto *Televes*, también el TDC entendió que la situación dentro del mercado de las antenas parabólicas y equipos receptores para TV de pago por satélite, que nosotros por razones ya dadas hemos adscrito al mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, venía directamente determinada por la existente dentro de este último mercado de la TV de pago.

En este asunto se trataba de la pretendida existencia de un abuso de su posición dominante por parte de *Vía Digital* a la hora de comercializar antenas parabólicas que vinculaba a su oferta de TV de pago. No se trataba, pues, de un abuso de posición dominante ligado a una operación de concentración. Tampoco se trataba, por otra parte, de un caso de colusión vertical en el sentido de acuerdo entre el proveedor de los recursos asociados a la red de comunicaciones electrónicas y el operador de la plataforma de TV de pago adquiriente de los mismos.

La resolución de este asunto fue sencilla. El TDC concluyó que, por las razones que se dejaron expuestas, *Vía Digital* carecía de posición dominante dentro del mercado principal de la TV de pago razón por la que la práctica no era lesiva para el juego de la competencia. En el mercado español de la TV de pago (por satélite), al tiempo de suscitarse este asunto, la posición de dominio o poder de mercado correspondía más a *Canal Satélite Digital* que a *Vía Digital*, al ser el primero quien contaba con una cuota de mercado superior al 50 %; siendo este el umbral que podría empezar a definir la posición dominante en un mercado en la jurisprudencia del TJUE. Los efectos de lo anterior se verían acentuados por la existencia de fuertes barreras de entrada en 1998 para acceder al mercado de la TV de pago y que tendría como consecuencia un importante recorte de la competencia potencial que pudieran presentar otros operadores.

Acaso fuera ésta la razón de que la práctica desarrollada por *Vía Digital* no fuera vista como contraria a la libre competencia, en la medida en que permitía mantener la presión competitiva sobre el operador con mayor poder dentro del mercado principal de la TV de pago. Por otra parte, la Comisión no considera a la hora de definir una posición de dominio como factor exclusivo el de la cuota de mercado, por más que sea el de mayor importancia. Habría otros como, por ejemplo, el basado en la existencia de las que llama “infraestructuras no reproducibles fácilmente” y, ciertamente, por tales cabría tener el amplio parque de parabólicas y otros tangibles (descodificadores) puesto por *Canal Satélite Digital* en el mercado. La impresión final podría ser en este caso la de que los posibles efectos perniciosos derivados de la reducción de la competencia intermarcas (entre *Televes* y otros suministradores de parabólicas) en el mercado de la comercialización de antenas quedarían neutralizados por los efectos favorables para la competencia derivados de estimular esa misma competencia intermarcas (entre *Vía Digital* y *Canal Satélite Digital*) en el mercado principal de la TV de pago por satélite.

vi) En el caso *Magill*

En cuanto al caso *Magill*, ya hemos visto que los servicios de Guía Electrónica de Programación admiten ser incluidos dentro del mercado de la prestación a los usuarios finales de servicios técnicos, administrativos y comerciales (así lo entendió, por ejemplo, la Comisión en el caso *BiB*). En *Magill* ocurriría que el mercado de las listas con los avances de programación se situaba como mercado ascendente con relación a otros situados en el ámbito del suministro, a través de medios impresos, de información exhaustiva sobre programación a los televidentes. Sabemos ya que la digitalización lleva a que el destino natural de toda esa información sobre programación sean las EPGs, por lo que la sistemática que hemos seguido ha sido la de enfocar ese mercado como ascendente con respecto al de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV. Hechas las anteriores observaciones, cabría ya remarcar que el criterio de la Comisión tampoco se apartó en este caso de la pauta de atender a la posición de las partes implicadas en la práctica restrictiva (negativa al suministro) dentro de los mercados principales de la difusión televisiva.

En este caso, sabemos ya, que varios operadores, activos en el “mercado” del suministro de información para la confección de guías de programación impresas, se ponían de acuerdo para no suministrar esa información a la editora *Magill*. Realmente, en *Magill*, la colusión o acuerdo horizontales eran sólo el medio de dar coherencia a una posición dominante colectiva, que era la que disfrutaban *BBC*, *IBA* y *RTE* dentro del mercado de las listas con los avances de programación. Esta última posición dominante era, por otra parte, reflejo de su posición, también dominante, dentro del mercado principal de la audiencia o de los telespectadores.

Esa posición dominante colectiva se proyectaba en vertical y devenía en abuso a partir del momento en el que esos proveedores se prevalían de la misma para negar a *Magill* el suministro de la información de la que sólo ellos disponían y que era un insumo indispensable para que la editora pudiera operar en el mercado descendente del suministro de guías impresas con información exhaustiva de programación a los lectores. Lo anterior dificultaría la formulación de conclusiones desde el prisma de la Directrices sobre cooperación horizontal, pues, como se dijo en su lugar, las mismas parten de supuestos de cooperación entre competidores enfocada hacia el incremento de las propias eficiencias de las concertadas y, en este caso, el planteamiento era otro, a saber, el de entorpecer la actividad del operador activo en el mercado descendente.

Tal comportamiento admitiría, en suma, ser analizado tanto desde la perspectiva del cártel o colusión horizontal, como del abuso de posición dominante de exclusión, toda vez que la aplicación de ambas instituciones resulta perfectamente compatible. El alcance de las Orientaciones de la Comisión de 24 de febrero de 2009 sobre las prioridades de control en su aplicación del Art. 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes es necesariamente limitado. En primer lugar, no resultan, como se ha dicho, de aplicación al abuso explotativo. En segundo término, no abarcan el abuso de una posición dominante colectiva, ni aun cuando la misma afecte a la competencia estructural propiciando la exclusión de otros competidores del mercado [destacan Briones, Folguera, Font y Navarro (1999; pág. 195; Op. Cit) que el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos publicaron directrices al respecto en 1992, al igual que las autoridades canadienses, y también en Europa, el *Bundeskartellamt* alemán ha tratado los oligopolios en sus Directrices de 1990 para procedimientos del control de concentraciones]. Además, dichas

orientaciones no agotan, como es lógico, todas las modalidades de abuso, sino que se centran en las que, en la experiencia de la Comisión, resultan ser las más comunes.

En *Magill* se trataría de un abuso de los derechos de propiedad intelectual, industrial o comercial, el cual llega a plantearse también en otros ámbitos, así, por ejemplo, si dejan de producirse recambios para modelos de vehículos que aún circulan, se cargan precios abusivos por los recambios o se deniega injustificadamente el suministro a los talleres [Ver sentencia de 5 de octubre de 1988, caso 55/87, *Consortio Italiano delle Componentistica di Ricambio per Autoveicoli (CICRA) e Maxicar c. Régie nationale des Usines Renault*, Rec. 6039; o 5 de octubre de 1988, caso 238/87, *Volvo c. Veng*, Rec. 6211].

En *Magill*, había una serie de factores que concurrían para agravar los efectos anticompetitivos de la coordinación en horizontal, que cabría sintetizar en los siguientes: **(a)** la posibilidad de las partes coordinadas de influir de modo efectivo sobre las condiciones en las que se basaba la coordinación, por la existencia de un corto número de competidores en el mercado del suministro de la información para la confección de las guías, por la simetría de las empresas concertadas y por el dato de tener sólo ellas el acceso exclusivo a la información sobre su propia programación; **(b)** la imposibilidad de que *Magill* pudiera acudir a otros proveedores o fuentes de esa información (nula competencia potencial); **(c)** la existencia de importantísimas barreras de entrada de carácter normativo ligadas al disfrute de derechos de propiedad intelectual sobre la información por parte de los difusores; **(d)** la ausencia de cualquier poder de mercado del lado de la demanda (la fuerza de *Magill* como cliente no era bastante a condicionar el comportamiento de los oferentes de la información); **(e)** el hecho de que los efectos anticompetitivos se extendieran al mercado principal de la TV, pues la ausencia de una información exhaustiva para todas las cadenas suponía marginar a las europeas no nacionales y obstaculizar la integración del mercado europeo de los servicios televisivos.

En el fondo, en este asunto, se trataba de una de las restricciones de las tenidas por especialmente graves, a saber, de un recorte de la producción o de la innovación que, lejos de limitarse a falsear el juego de la competencia dentro del mercado considerado, iba mucho más allá para erigirse en impedimento para el nacimiento del mercado mismo del suministro de información completa y exhaustiva sobre programación de TV. A la vista de lo anterior, no cabía aplicar paliativos de ninguna clase, siendo la única opción la de hacer cesar la práctica restrictiva, ordenando el suministro de información entre las partes concertadas y entre éstas y *Magill*.

Existen indudables paralelismos entre el caso *Magill* y el más reciente caso *Microsoft*, por más que este último no vaya referido de forma especial a ninguno de los mercados o segmentos en los que se centra la tesis.

Dicho lo anterior, en ambos casos se trataba de la existencia de posición dominante, colectiva en *Magill* e individual en *Microsoft*, y de la negativa por parte de las empresas que disfrutaban de esa posición dominante a conceder licencias a los competidores sobre una información a la que tenían un acceso exclusivo (información sobre programación de TV en *Magill* e información relativa a la interoperabilidad de *software* en *Microsoft*), amparándose, en uno y otro caso, en la existencia de derechos de propiedad intelectual.

Partiendo de estas similitudes, puede ser útil referirse a las consideraciones vertidas por el Tribunal de Primera Instancia de la UE en su sentencia de 17 de septiembre de 2007 (Asunto T-201/04; *Microsoft/Comisión*).

La Comisión partió, en el asunto *Microsoft*, de que la información relativa a la interoperabilidad de los programas de esta última compañía se encontraba protegida por derechos de propiedad intelectual y que, por tanto, no se trataba tanto de una mera negativa a suministrar un producto o un servicio indispensable para el ejercicio de una actividad determinada, como de una negativa a conceder a un tercero una licencia sobre derechos de propiedad intelectual o industrial. Partiendo de esta premisa, el TPIUE (apartados 283, 284 y 290 de la sentencia) entendió que de lo que se trataba era de dilucidar si concurrían los requisitos que permitían obligar a una empresa en posición dominante a otorgar licencias sobre sus derechos de propiedad intelectual o industrial, toda vez que el hecho de que una empresa en posición dominante denegase esa concesión a sus competidores no tenía por qué determinar, por sí mismo, un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE.

Sólo habría lugar a esto último y, por ende, a la posibilidad de, en aras del interés público en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, invadir el derecho exclusivo del titular del derecho de propiedad intelectual e industrial, obligándole a conceder licencias a terceros, que tratasen de entrar en dicho mercado o mantenerse en él, cuando concurrieran circunstancias excepcionales.

Y debían considerarse circunstancias excepcionales, en especial, las siguientes: en primer lugar, que la negativa tuviera por objeto un producto o un servicio indispensable para el ejercicio de una actividad determinada en un mercado conexo (siendo indiferente, a estos efectos, que el producto o servicio en cuestión fuera o no comercializado de manera separada, siempre que pudiera ser identificado un mercado hipotético de dicho producto o servicio por la existencia de una demanda potencial del mismo); en segundo lugar, que la negativa pudiera excluir toda competencia efectiva en ese mercado conexo; en tercer lugar, que la negativa obstaculizase la aparición de un producto nuevo para el que existiera una demanda potencial de los consumidores. Constatadas que fueran estas circunstancias excepcionales, la negativa a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual podía interpretarse como abuso de posición dominante de acuerdo con el Art. 82 TCE (véanse los apartados 319, 331 a 335, 691 y 1336).

Si en el caso *Magill* uno de los ejes de la argumentación del Tribunal de Primera Instancia, primero, y del Tribunal de Justicia, después, fue el de que la negativa de las empresas dominantes dificultaba la aparición de un producto nuevo, a saber, una guía con una información exhaustiva y completa sobre programación de las diversas cadenas, en el asunto *Microsoft*, el TPI (aps. 643, 647 y 664) entendió que la circunstancia relativa a la aparición de un producto nuevo no podía constituir el único parámetro a la hora de determinar si una negativa a conceder una licencia relativa a un derecho de propiedad intelectual o industrial podía perjudicar los intereses de los consumidores en el sentido del artículo 82 CE, párrafo segundo, letra b), toda vez que, como resultaba del tenor de este último precepto, dicho perjuicio podía también producirse en el caso de una limitación no sólo de la producción o del mercado, sino también del desarrollo técnico.

Y acreditada la existencia de esas circunstancias excepcionales, correspondía a *Microsoft* la carga de probar la existencia de una justificación objetiva para el no otorgamiento de licencias sobre sus derechos de propiedad intelectual o industrial, sin que por tal cupiera

tener la simple existencia de esos mismos derechos, pues, en tal caso, la excepción establecida por la jurisprudencia no podría aplicarse nunca. Sí podía, en cambio, elevarse a la categoría de justificación objetiva el hecho de que la concesión de esas licencias a los terceros pudiera llegar a repercutir de forma negativa en su incentivo para innovar, pero lo cierto es que esta circunstancia no pudo llegar a demostrarse por la empresa sancionada (véanse los apartados 688 a 690, 697 y 1144).

g) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

Si algo caracteriza al mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV es la ausencia de barreras de entrada, sobre todo, por la implementación de las normas europeas a las que nos referimos al tratar del entorno normativo. No las habría económicas de especial significación, por no exigirse unas inversiones elevadas para empezar a operar en el mercado; tampoco tecnológicas, por ser la tecnología empleada ya conocida y hallarse estandarizada; ni, por último, normativas pues no se exige título habilitante de ninguna clase para comenzar a operar como proveedor de esta clase de servicios.

Lo anterior cabría también predicarlo de la comercialización de las antenas parabólicas; si acaso, con alguna reserva en lo que se refiere a las barreras normativas. Para esto último, valdría con remitirse a la comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los principios generales de la libre circulación de mercancías y servicios en materia de utilización de antenas parabólicas en la que se mencionan toda una serie de restricciones derivadas de normas técnicas, de procedimiento administrativo, urbanísticas, arquitectónicas o fiscales a las que hicimos ya referencia.

En lo que concierne a la información para la confección de Guías Electrónicas de Programación, las barreras de entrada que podrían cobrar algún sentido serían exclusivamente las normativas ligadas a los derechos de propiedad intelectual. Pero, al menos en lo que se refiere a nuestro ordenamiento, incluso éstas habría que entenderlas enervadas a raíz de una serie de preceptos dirigidos a garantizar el derecho a la información de los consumidores y usuarios.

A la vista de cuanto antecede, puede afirmarse que todos estos mercados que hemos adscrito al segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas son mercados saneados y donde la competencia potencial es intensa. Otra cosa será que, en un mercado en concreto, el hecho de que tales servicios se los autopresten los operadores de plataformas de TV de pago suponga elevar importantes barreras de entrada derivadas de la existencia de integración vertical.

CAPÍTULO VIII: MERCADOS DEL SEGMENTO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

1) EL MERCADO DE LA ADQUISICIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE SEÑAL DE TELEVISIÓN

a) Definición del mercado de producto pertinente de la adquisición y distribución de señal de televisión

En el asunto *Telia/Telenor*, la DG 4 identificó como mercado relevante el de la adquisición y distribución de señal de TV que comprendía cable y DTH (en ésta la señal televisiva emitida por el satélite era recibida directamente por el usuario en su domicilio a través de una parabólica). Uno y otro sistema perseguían hacer llegar al televidente la señal emitida por el organismo de radiodifusión, para lo que ambos habían de operar y competir en el sector anterior de la adquisición de dicha señal del propio organismo de radiodifusión y en el posterior de la prestación de servicios bien a usuarios individuales (distribución minorista) bien a intermediarios (distribución mayorista), como eran los operadores de redes pequeñas y medianas de TV por cable (SMATV).

Examinando este último sector de la distribución o prestación de señal de TV ya a usuarios individuales, ya a intermediarios, la Comisión constató la existencia de diferencias técnicas y comerciales entre las dos formas de distribución, cable y DTH, sin embargo, consideró que no eran más significativas que las existentes entre dos operadoras de TV por cable, aparte de que la gama de cadenas ofrecidas por ambas y los precios de la oferta eran muy similares.

Podía darse que la empresa que ofreciera la infraestructura fuera también la que suministrara la señal (adquirida previamente del organismo de radiodifusión), lo que ocurría de ordinario en el caso del sistema DTH, donde dichas señal y la infraestructura necesaria para recibirla (antena parabólica, descodificador y tarjeta inteligente) se adquirían de un mismo operador. Pero resultaba también posible que no fuera así y tal sucedía cuando existían intermediarios en la distribución por cable, caso en el que la SMATV propietaria de la infraestructura no era quien suministraba la señal.

No obstante lo anterior, en el escenario de convergencia tecnológica característico de la digitalización, el suministro de paquetes de servicios integrados llevaría a la formulación de ofertas individualizadas adaptadas a cada hogar y a la desaparición progresiva de los intermediarios. Por esta razón y por la apuntada de la similitud de cadenas y precios, fundamentalmente, quedarían diluidas las diferencias entre ambos sistemas de distribución, cable y DTH. Estas razones sirvieron a la Comisión para no entrar en mayores disquisiciones en punto a considerar mercados separados ambas formas de distribución.

Realmente, y como hemos observado ya en algún otro lugar, la identificación de mercados realizada por la Comisión en *Telia/Telenor* hay que interpretarla desde la especialidad que presentan los servicios de TV en los mercados nórdicos. Al tratarse de mercados de telecomunicaciones muy desarrollados, el papel del organismo de radiodifusión quedaba postergado frente al desplegado por el operador de telecomunicaciones, que era quien tenía en sus manos la decisión de los canales que llegaban a los televidentes. *Mutatis mutandi*, sería como si en nuestro país *Telefónica* fuera la encargada de hacer llegar la señal de todos los canales, no sólo de *Imagenio*, hasta los hogares.

El hecho de que en el mercado español lo anterior no resulte viable puede obedecer, fundamentalmente, al hecho de prestar *Telefónica* el grueso de sus servicios de telecomunicaciones sobre el par trenzado de hilos de cobre lo que, a su vez, trae consigo las siguientes consecuencias: **1.ª)** la de no ser la anterior una infraestructura apta, por falta de ancho de banda, para llevar la señal procedente de todos los difusores hasta los hogares (para esto último el ancho de banda necesario se sitúa entre los 50 y los 100 Mbts., siendo ésta la razón de que la propia *Telefónica* se plantee ya los despliegues de fibra basados en tecnología FTTx); **2.ª)** la de que los servicios audiovisuales y de TV sobre plataforma satelital en sistemas DTH los hayan venido prestando organismos de radiodifusión como *Sogecable*, que a tales efectos, adquirirían la necesaria capacidad satelital de un operador de satélites. En España, el ancho de banda necesario para lo anterior sí lo tendrían los operadores de cable (*ONO*), sin embargo, sabemos ya que su red carece de la capilaridad de la de la propia *Telefónica*.

Hechas las anteriores observaciones, podría resaltarse que bajo esta rúbrica la DG IV identificó en realidad dos mercados, a saber: **(a)** el de compra de la señal de TV al difusor por parte del operador de telecomunicaciones; **(b)** el posterior de distribución de esa señal ya directamente a los usuarios finales ya a otros operadores que funcionaban como intermediarios haciendo llegar dicha señal a esos mismos usuarios. Desde el punto de vista de la sustitución de la demanda, la identificación de la “señal de TV” como producto no dejaría de chocar, aun cuando, por otra parte, también fuera cierto que difícilmente cabría imaginar otros productos que pudieran llegar a funcionar como sus sustitutivos. Se trataría, en fin, de mercado o mercados de producto a medio camino entre el segmento de la difusión televisiva y el de las comunicaciones electrónicas.

En relación con el caso anterior, podríamos aquí referirnos a la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1995 (Caso nº IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*; *Diario Oficial* nº L 053 de 02/03/1996 p. 0020 - 0040) en la que siguió la Comisión la pauta de no asimilar la prestación de los servicios de TV por cable a la prestación de esos mismos servicios por satélite (*vid supra* el mercado de la TV de pago): “Desde el punto de vista del espectador, existen importantes diferencias entre las distintas vías de transmisión (terrestre, domiciliaria directa vía satélite y por cable) que repercuten tanto sobre los requisitos técnicos como sobre la financiación. Mientras que para la transmisión terrestre y vía satélite sólo es necesario que el espectador instale una antena convencional o una antena parabólica por su cuenta, la televisión por cable depende del mantenimiento de una red de cable, financiada por los espectadores mediante un canon (véase el caso nº IV/M.469 - *MSG/Media Service*)”.

El caso era el de la creación de una empresa en participación *Nordic Satellite Distribution* (*NDS*) por parte de: **(i)** el incumbente danés de telecomunicaciones *Tele Danmark A/S* (*TD*) (activo en TV por cable en Dinamarca), **(ii)** una empresa noruega *Norsk Telekom AS* (*NT*) que gestionaba una importante red de TV por cable en Noruega, prestaba servicios de TV vía satélite directos al hogar en toda la zona nórdica y estaba controlada, a su vez, por el incumbente noruego de telecomunicaciones (*Telenor AS*) y **(iii)** un grupo sueco de comunicación *Industrieförvaltnings AB Kinnevik* (*Kinnevik*) activo, directamente, en TV por satélite y sistemas de acceso condicional e, indirectamente, en TV por cable.

El objeto de *NSD* iba a ser, aguas arriba, el de negociar con los organismos de radiodifusión que suministraban la programación para adquirir su señal y, aguas abajo, el de distribuir por satélite esa señal previamente adquirida en toda la zona nórdica (Noruega, Finlandia, Suecia y Dinamarca): **(i)** directamente a los usuarios que tuvieran instalada una parabólica en su

hogar (sistema DTH); **(ii)** a los gestores de antenas parabólicas colectivas que luego la volcaban a una red menor como, p.e., la de una comunidad de propietarios; **(iii)** a los cableoperadores que disponían de antenas parabólicas de gran dimensión para recibir la señal del satélite y luego distribuirla entre sus abonados. Aguas abajo, iba a ser también el objeto de *NSD* el de distribuir la señal de TV por cable directamente a los hogares de los abonados.

En este caso, a diferencia de *Telia/Telenor*, la Comisión escindió en dos el mercado de la adquisición y distribución de señal de TV, a saber: **(i)** distribución domiciliaria directa de televisión de pago vía satélite y de otras cadenas de televisión codificadas; **(ii)** explotación de redes de televisión por cable. En lo referente a la dimensión geográfica de estos mercados, la Comisión dejó abierta la cuestión de si el primero de ellos tenía una dimensión nacional o nórdica (en *Telia/Telenor* se decantó por lo segundo atendiendo a la preeminencia del subtítulo frente al doblaje). En cambio, el segundo tenía una dimensión claramente nacional conforme a criterios que nos son ya familiares: *“Los operadores de televisión por cable deben hacer frente a distintas condiciones comerciales en distintos países desde el punto de vista geográfico, de comercialización y normativo. Por lo tanto, la explotación de las redes de cable es un mercado nacional”*.

En cuanto a la **distribución domiciliaria directa vía satélite** de cadenas de TV de pago y otras cadenas de televisión codificadas, antes de la concentración, tanto *NT* como *Kinnevik* realizaban estas actividades en la zona nórdica. La operación suponía centralizarlas en la nueva entidad *NDS* que adquiriría el derecho exclusivo a la distribución de todas las cadenas en Suecia y Dinamarca. En Suecia esa distribución sería por satélite (a los hogares y a las antenas colectivas de reducida dimensión) y por cable (directamente a los hogares). En Dinamarca tendría lugar sólo por satélite y también a los hogares y a las antenas colectivas de reducida dimensión o *Small Master Antenna TV*. Aun cuando esas tareas de distribución fueran realizadas por otras sociedades diferentes, *Viasat* y *Telenor CTV*, para la Comisión *“el hecho de que, tal y como se ha señalado anteriormente, los acuerdos de Viasat y Telenor CTV con organismos de radiodifusión van a ser transferidos a NSD a partir de su entrada en funcionamiento y que esta última negocie y participe en cualquier nuevo acuerdo demuestra que NSD asumirá todas las responsabilidades por lo que a la distribución se refiere”*.

Para la Comisión, en este mercado, la operación llegaría a suponer una importante lesión del juego de la competencia por la atenuación de la competencia entre *Kinnevik* y *NT*, que pasaban a actuar de modo conjunto a través de *NSD* dejando de hacerlo a título individual (efectos no coordinados) y por elevación de barreras a la entrada de nuevos competidores que pudieran llegar a desarrollar servicios de distribución en competencia con *NSD* a consecuencia de disponer ésta de control de capacidad de satelital o de traspondedor nórdico, de sus vínculos con los cableoperadores y del acceso a los recursos de programación que aportaba *Kinnevik* y que estaban adaptados a la idiosincrasia de la población nórdica.

Lo anterior se agravaba, además, por el hecho de que, junto a los servicios de distribución de señal de TV por satélite, *NSD* prestara, además, servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago, con todo lo que ello suponía de reforzar su papel de interposición entre el organismo de difusión televisiva y el usuario final.

En cuanto el mercado de la **explotación de redes de TV por cable**, el mismo lo integraban los servicios prestados a los abonados por los operadores de cable y que consistían, esencialmente, en la comercialización de cadenas de TV y en el mantenimiento de la red. En la zona nórdica, cerca de 4,2 millones de hogares, de un total de 10 millones, recibían la

televisión por cable. Por mercados nacionales el desglose era: **(i)** en Dinamarca del total de 2,3 millones de hogares, 1,05 millones estaban conectados a una red de distribución de TV por cable; **(ii)** en Noruega existían cerca de 1,9 millones de hogares, de los cuales 565.000 estaban conectados a la televisión por cable; **(iii)** Suecia contaba con cerca de 3,9 millones de hogares, de los cuales aproximadamente 1,9 millones estaban conectados a redes de cable; **(iv)** Finlandia contaba con cerca de 1,9 millones de hogares, de los que cerca de 780.000 estaban conectados a redes de televisión por cable. En la medida en que ya había sido cubierta la zona en la que resultaba rentable el cableado, las previsiones para el futuro eran las de un crecimiento lento.

La Comisión concluyó que la fuerte posición de *NSD* en capacidad satelital le permitiría interponerse para dificultar las negociaciones directas entre los organismos de radiodifusión y los cableoperadores (esa capacidad de transpondedor resultaba indispensable para llevar la señal del difusor hasta las grandes antenas colectivas de los cableoperadores) debilitando la fuerza negociadora de estos últimos. De lo anterior derivaría que los cableoperadores se vieran forzados a distribuir en la mayor parte de la zona nórdica las cadenas de *NSD*.

Lo anterior vendría a reforzarse como consecuencia de la integración en la oferta de *NSD* de los canales de *Kinnevik*, los únicos especialmente adaptados a las particularidades de los televidentes nórdicos. Debía considerarse además la vinculación de *NSD* a matrices activas en el segmento de la TV por cable: **(i)** *TD* en Dinamarca; **(ii)** *NT* en Noruega; **(iii)** la propia *Kinnevik* en Suecia a través de su participación en otras sociedades. Lo anterior llevaba a que, en el fondo, en sus negociaciones con *NSD* los cableoperadores estuviesen tratando con la competencia y de ahí que cupiera prever la aplicación a estos últimos de condiciones discriminatorias por parte de la primera.

En Dinamarca, *TD* disfrutaba de una posición dominante en el mercado de las redes de TV por cable con aproximadamente la mitad del número de conexiones. En Suecia y Noruega, las partes de la operación disfrutaban una cuota conjunta de entre el 18 y el 30 %. En Finlandia no tenían ninguna presencia en el mercado. Estos datos permitían concluir que los riesgos de la operación en este mercado de producto se ceñían al mercado danés donde podía llegar a consolidarse la posición dominante de *TD*.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la adquisición y distribución de señal de televisión

En cuanto al mercado de la adquisición y distribución de señal de TV, la Comisión, en este asunto de la creación de una nueva compañía por *Telia* y *Telenor*, sin ser concluyente, al ser irrelevante el dato a los efectos de la resolución, apuntó a una dimensión transnacional de los mercados ya escandinava (Noruega, Suecia y Finlandia), ya nórdica (los tres países anteriores más Dinamarca), dada la adquisición de señal sobre la base de un mercado con dimensión nórdica o escandinava y la inexistencia de barreras lingüísticas o culturales de entidad (por la tradición de subtítular) para la distribución de señal o contenidos dentro de todo ese territorio.

c) Entorno normativo (remisión)

Ha de partirse de que la identificación por la Comisión de este mercado de la “adquisición y distribución de la señal de TV” tuvo lugar antes de la entrada en vigor del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, lo que, probablemente, determinó una cierta confusión, derivada de la inclusión dentro de dicho mercado de varios de los que hemos venido identificando y de los que identificaremos; confusión acentuada por el hecho de que, dentro de los mismos, los hubiera tanto pertenecientes al ámbito de la transmisión o de las comunicaciones electrónicas (redes y servicios), como al de los contenidos y al de la difusión televisiva. La particularidad de este caso radicaba en la “compra de su señal” al organismo de radiodifusión. Éste era el que asumía la responsabilidad editorial de la parrilla de programación y procedía a su emisión, transmisión o comunicación pública, ya directamente ya a través de un tercero. En los mercados nórdicos, lo característico era que los operadores de satélite y de cable adquirían la señal de varios organismos de radiodifusión para conformar una oferta empaquetada de cadenas que hacer llegar a los usuarios ya fuera directamente, Vg., sistema DTH, ya de forma mediata, Vg., sistema SMATV. Se trataría, por tanto, de supuestos de “redifusión”, recurriendo a la terminología de, por ejemplo, el Borrador de Anteproyecto de Ley General Audiovisual.

Bajo términos tan amplios como los de “adquisición y distribución señal de TV” cabía comprender mercados tan heterogéneos como el de la compra de los derechos sobre los contenidos, con o sin valor *Premium*, incluidos en la parrilla de programación del organismo de radiodifusión cuya señal se compraba; el del transporte (“distribución”) de la señal de TV hasta el domicilio del usuario; o el de la difusión televisiva, teniendo en cuenta que, en los mercados nórdicos, los operadores de TV se financiaban a través de la publicidad o de pagos reducidos procedentes de los abonados y que no existían operadores puros de TV de pago. Sentado el carácter heterogéneo de este concreto mercado identificado por la DG4, es dable que nos remitamos al estudio de cada uno de los mercados que cabría entender incluidos dentro del mismo conforme a lo que se acaba de decir. Si debe advertirse con respecto al marco normativo nacional sobre las características diversas de los modelos de negocio televisivo en nuestro país y en los países nórdicos: en éstos no existía un mercado de la TV de pago como tal.

d) El mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión en el caso de la integración de Telia y Telenor en Newco (caso Telia/Telenor)

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Telia/Telenor

El mercado en cuestión fue objeto de identificación en el asunto *Telia/Telenor* y estudiado junto con otros tres por la Comisión. Básicamente, la operación notificada colocaría a las partes en una posición de especial fuerza frente a los organismos de radiodifusión que necesitarían de los servicios de la nueva entidad creada, *Newco*, para la distribución de señal de TV y la llegada a los hogares. En lo demás relativo a la identificación de las partes de la operación y la descripción, más o menos somera, de ésta, valdrá con que nos remitamos a lo dicho a propósito de otros mercados, p.e., el mayorista de la venta de derechos sobre contenidos.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión en el caso Telia/Telenor

Telia contaba con la mayor red de TV por cable en Suecia. En este país, a diferencia de lo acontecido en el momento de plantearse la operación en otros estados europeos como España o Reino Unido, no regía el sistema de la concesión territorial para la prestación del servicio de TV por cable. Así las cosas, la competitividad de las cableoperadoras frente a otros agentes activos en los mercados de la TV y también de las telecomunicaciones quedaba esencialmente a expensas de su capacidad para saber explotar las ventajas del *triple play* y para acceder a y después ofrecer y distribuir contenidos atractivos y a buen precio.

Aparte, *Telia* era también la única cableoperadora que había digitalizado su red de TV. A esta digitalización había seguido la necesidad de instalar descodificadores digitales para la recepción de la señal, descodificadores que la propia *Telia* ofrecía subvencionados a los usuarios y que le permitían, además, proporcionar a éstos servicios de gran atractivo y un alto valor añadido como los de TV interactiva y acceso a Internet.

En cuanto a *Telenor*, al margen de ser la titular de la segunda red de cable en importancia en Noruega, su mayor peso específico, en cuanto que distribuidor de señal de TV, se cifraba en sus actividades en el campo del sistema de TV por satélite DTH, en el que, ya sabemos, que la emisión emanada del satélite se recibía sin intermediaciones en cada hogar a través de una parabólica.

En efecto, *Telenor*, a través de *Canal Digital*, era junto con *Viasat*, perteneciente al grupo *Netcom/MTG*, uno de los dos principales operadores de DTH analógico activos en todo el mercado nórdico. En todo este territorio, la difusión vía satélite de TV analógica DTH difería de la operada a través del cable en que, tratándose de esta última, todas las redes daban acceso a la mayor parte de los canales, mientras que los paquetes DTH ofrecidos por los dos operadores antecitados estaban dotados de una menor homogeneidad. Otro dato de importancia relacionado con esta forma de distribución, analógica y por satélite, era el de que los nuevos descodificadores digitales instalados resultaban ser perfectamente aptos para, mediante un sencillo cambio de la tarjeta inteligente, recibir la señal en analógico emanada tanto de *Canal Digital* como de su competidora *Viasat*.

Abandonando el terreno de la difusión analógica, pero sin salir del propio de la distribución vía satélite de señal televisiva, la DG 4 constató que *Telenor*, a través de *Canal Digital*, disfrutaba de la condición de único proveedor de señal DTH digital en toda la zona nórdica. La autoridad europea de la competencia no dejó tampoco de observar que los referidos servicios de distribución digital por satélite estaban, asimismo, al alcance de *Viasat*, que podía, en un plazo estimado de seis meses, comenzar a prestarlos, siendo la única razón de no haberlo hecho ya en ese momento la de eludir los mayores costes de la doble iluminación, analógica y digital, costes, por otra parte, que la filial de *Telenor*, *Canal Digital*, por su alto grado de integración vertical, sí había podido asumir al no verse obligado como *Viasat* a arrendar capacidad satelital a precios de mercado.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión en el caso Telia/Telenor

La investigación de la Comisión puso de relieve que los acuerdos vigentes entre los organismos de radiodifusión y los distribuidores de señal televisiva comprendían todas las modalidades de difusión ya por satélite ya por cable bien a través de SMATV bien mediante el sistema DTH y, en lo territorial, prácticamente toda la zona nórdica.

Telenor, por medio de *Canal Digital*, era el único operador que había logrado suscribir contratos en exclusiva con algunos de esos organismos de radiodifusión para distribuir señal digital de TV.

Por otro lado, su importante posición en el segmento del cable le había valido a *Telia* el obtener de diferentes organismos de radiodifusión un trato ciertamente ventajoso, aun sin llegar al extremo de la exclusividad, en punto al suministro de la señal de TV

En Suecia, la posición de *Telia*, en cuanto titular de la mayor red de cable, se vería reforzada tras la operación, fundamentalmente, por la citada posición como portero de *Newco* en los mercados de la capacidad satelital y de la distribución minorista de señal de TV por cable, por satélite o conjugando ambas (V.g., en el caso de la SMATV, la recepción de la señal procedente del satélite tenía lugar a través de antenas colectivas y, mediante redes de cable medianas y pequeñas titularidad de diferentes operadores, dicha señal era difundida hasta dar a parar en cada uno de los hogares).

El dato, señalado más arriba, de que *Telia* fuera la única cableoperadora con su red digitalizada y con un parque propio de descodificadores digitales, que ofrecía subvencionados a sus usuarios, aptos, por lo demás, para la prestación de servicios de un alto valor añadido, llevaría a *Newco* a quedar en posición de beneficiarse de las ventajas competitivas derivadas de lo anterior y de imponer su propia tecnología patentada para todos los descodificadores empleados en su red de distribución.

Cualquier organismo de radiodifusión que pretendiera acceder al mercado de los telespectadores en los países nórdicos tendría en *Newco* a un forzoso compañero de viaje, máxime considerando lo dicho más arriba en cuanto a la extensión, a todas las modalidades de difusión y a toda la zona nórdica, de los acuerdos celebrados entre *Telia* y *Telenor*, por una parte, y los citados organismos de radiodifusión, por otra.

Así pues, en el mercado de la distribución minorista de TV, la conclusión de la Comisión fue la de que resultaría una importante restricción de la competencia ya se partiera de mercados geográficos nacionales ya transnacionales nórdicos o escandinavos (estos últimos comprenderían los territorios nórdicos sueco, finés y noruego, pero no el danés). *Newco* controlaría entre el 55 y el 65 % de los hogares en TV por cable en Suecia. A escala nórdica o escandinava, esos mismos porcentajes serían del 45 o del 55 %. Combinando este dato con los efectos, ya analizados, de la integración vertical de *Telia* en las actividades de satélite de *Telenor*, con la fuerza de *Newco*, en tanto que adquirente de señal de TV de los organismos de radiodifusión, mayor que la de *Telia* o *Telenor* (*Canal Digital*), por separado, y con su poder en cuanto que prestador de servicios técnicos, conforme se expuso, fácilmente podía

concluirse la creación o fortalecimiento de una posición dominante en el mercado de la distribución minorista de señal de TV

Tomando un mercado global y combinado de distribución de TV por cable y satélite, SMATV y DTH, las conclusiones serían idénticas en punto a la anulación del juego de la competencia como consecuencia de la operación. La única diferencia radicaría en que la concentración supondría una simple adición de las cuotas de mercado, a saber, la correspondiente a *Telia* en cable y a *Telenor* en DTH, de modo que los efectos de la operación y las restricciones de la competencia se resumirían en las ventajas competitivas de *Newco* ya indicadas, en esencia, la concentración de las principales actividades de distribución de TV por cable en Suecia desarrolladas por *Telia* y las de difusión por satélite en toda la zona nórdica protagonizadas por *Telenor*.

Además, y partiendo del escenario de convergencia y digitalización, cabría destacar las posibilidades que ofrecían a *Newco* las redes de TV por cable de las partes para la prestación de servicios de telefonía y IT junto con el dominio que las mismas ejercían en el segmento del bucle local. De lo anterior, y de lo dicho en anteriores párrafos, que las condiciones impuestas por la Comisión para autorizar la operación se resumieran en la obligación de las partes de enajenar sus redes de TV por cable en Suecia y Noruega y de ofrecer el desglose de bucle local (LLU).

e) Barreras de entrada en el mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión (remisión)

Dado el carácter heterogéneo y omnicomprendivo del mercado identificado bajo la denominación genérica de “adquisición y distribución de señal de TV”, y por las mismas razones que se dejaron expuestas al tratar del entorno normativo, lo procedente es, en este punto, que nos remitamos a lo dicho a propósito de cada uno de los diferentes mercados que pudieran resultar comprendidos por el mismo.

f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la adquisición y distribución de señal de televisión

Con relación a los mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, la formulación de conclusiones en abstracto procederá que la hagamos, más que desde la perspectiva ofrecida por las Directrices generales de la Comisión, desde la que brindan la Directiva Marco junto con sus instrumentos de desarrollo (Recomendación y Directrices) y las Directivas específicas. Ahora bien, lo anterior no parece posible con relación al mercado de la adquisición y distribución de señal de TV, al no corresponder exactamente a ninguno de los identificados conforme al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. Así las cosas, tendríamos que conformarnos con dejar apuntadas las conclusiones más básicas refundiendo criterios apuntados en todas las fuentes que hemos venido manejando.

Empezando por lo relativo a la identificación del mercado de la adquisición y distribución de señal de TV como mercado de producto pertinente, la primera conclusión tendría que ser la de conformar un mercado atípico - de hecho, no se encuentra en ninguna otra resolución -, un híbrido de difusión televisiva con comunicaciones electrónicas (transporte o transmisión

de señal de TV), cuya delimitación sólo podía explicarse a partir de las peculiares características de los mercados nórdicos y de otras razones que ya dimos. La misma excepcionalidad cabría apreciar en cuanto a su dimensión geográfica, nórdica o escandinava, frente a la pauta de conferir dimensión nunca superior nacional a los mercados de la difusión televisiva, en abierto o de pago, de las comunicaciones electrónicas, como veremos, e incluso de los contenidos.

En cuanto al análisis del mercado, a la hora de fijar las cuotas de mercado de las concentradas, la Comisión acudió sobre todo al criterio del número de hogares conectados, más que al volumen de ingresos, que era lo que las partes habían propuesto. Lo anterior obedecía, en esencia, a que los canales de TV que las partes ofrecían eran canales de pago reducido, como consecuencia de empaquetarse con otros servicios de telecomunicaciones, y de lo anterior que el criterio de los ingresos no terminara de dar una imagen fiel del poder de mercado disfrutado por cada una de ellas. Para esas tareas de análisis del mercado, la autoridad de la competencia manejó diversos escenarios geográficos (mercados nacionales, escandinavos o nórdicos) y por modos de difusión (DTH y cable), lo que haría especialmente complicado el proporcionar unas cifras de carácter unívoco.

Para la concerniente a la evaluación del juego de la competencia dentro del mercado considerado de la adquisición y distribución de señal de TV el punto de partida podía ser el de entender dicho mercado como mercado de referencia en el cual debía ser evaluada la posición de la nueva entidad resultante de la concentración. La ausencia en la resolución de datos concluyentes sobre las cuotas de mercado preexistentes haría fútil cualquier intento por calcular el incremento del grado de concentración del mercado a consecuencia de la operación. En todo caso, en cualquiera de los escenarios, *Newco* iba a quedar como poseedora de una cuota por encima del 50 %, lo que ya de por sí entrañaría una posición dominante y el riesgo de abuso de la misma.

Y sobre lo anterior cabría enumerar toda una serie de factores que terminarían por agravar la situación, a saber: **(a)** la envergadura global de la concentrada resultado de la integración de los incumbentes sueco y noruego en telecomunicaciones; **(b)** el control, no sobre una, sino sobre varias estructuras esenciales o no fácilmente reproducibles (transpondedores de satélite, bucle local de abonado, descodificadores, plataformas de cable, etc.); **(c)** superioridad o ventajas tecnológicas derivadas del hecho de disfrutar de una red digitalizada frente a la de sus competidores que no lo estaba; **(d)** acceso fácil o privilegiado a los mercados de capital como consecuencia de contar con el respaldo de los estados sueco y noruego; **(e)** la posibilidad de agrupar servicios bajo la fórmula del *triple play* e incurrir en importantes economías de alcance; **(f)** el importantísimo grado de integración vertical de *Newco*, que llegaría a estar presente en todos los eslabones de la cadena de valor (contenidos, servicios técnicos y descodificadores, capacidad satelital, red de cable, distribución de señal de TV a escala mayorista y minorista, etc.); **(g)** la ausencia de neutralizadores de los efectos anticompetitivos por la debilidad de la competencia potencial - la integración vertical a la que nos acabamos de referir llevaría al levantamiento de barreras de entrada infranqueables en todos los mercados delimitados-, la ausencia de poder de compra en usuarios finales de servicios televisivos o en intermediarios y, también, de cualquier eficiencia.

Los efectos anticompetitivos horizontales de la operación eran, sobre todo, los no coordinados derivados de la eliminación de la competencia que hasta la operación venían haciéndose *Telia* y *Telenor* en adquisición y distribución de señal de TV, los cuales se verían agravados por el hecho de quedar *Newco* en una posición inmejorable para impedir la

expansión de sus competidores. Pero los habría también verticales, desde el momento en que la misma *Newco* podría llegar a abusar de su posición dominante para imponer condiciones que serían inaceptables de no mediar esa posición dominante, tanto en sus relaciones con los organismos de radiodifusión, que carecerían de toda posibilidad de llegar a los hogares sin pasar por *Newco*, como con otros operadores de telecomunicaciones de más reducida dimensión a los que prestara servicios mayoristas.

En los mercados de los productos y servicios finales los efectos de las restricciones verticales tendían a caer en cascada haciendo que se resintiera el juego de la competencia intermarcas e intramarca también en los mercados posteriores del comprador que eran los de la reventa del bien o servicio final.

Así, por ejemplo, en los mercados nórdicos en los que existían plataformas de cable muy desarrolladas, y donde los operadores de telecomunicaciones actuaban como meros distribuidores de los canales suministrados por organismos de radiodifusión (dichos canales serían el producto final), una restricción vertical impuesta por un organismo de radiodifusión que fuera titular de cadenas de amplia difusión a un cableoperador para que este no suministrase dichos canales a otros cableoperadores tendría el efecto de restringir la competencia no sólo intramarca (toda vez que disminuiría la existente entre operadores autorizados para la distribución del producto final), sino también intermarcas entre diferentes plataformas de cable (en la medida en que unas dispondrían frente a las otras de la ventaja competitiva que ofrecería la inclusión dentro de esa oferta audiovisual de unos canales con altos niveles de audiencia). Aunque, en el caso *Telia/Telenor* el riesgo no era ese, pues, como se viene diciendo, el poder de mercado no estaba del lado de los organismos de difusión televisiva [para un acercamiento a las restricciones verticales dentro de los mercados nórdicos de la difusión televisiva, aunque referido a otro supuesto, el caso *Telenor/Canal+/Canal Digital*, puede verse: Nehl, Hanns Peter, “*Commission exempts vertical restraints in the Nordic pay-TV sector*”, Competition Policy Newsletter, (2004) No. 2 (Summer), p. 56 et seq].

De todo lo anterior que, como ya vimos, la operación sólo pudiera llegar a ser autorizada tras comprometerse las partes a desprenderse de sus divisiones respectivas de TV por cable. Como observan los autores (Briones y otros, Op. Cit., Pág. 276): el compromiso de venta de activos es el más claro a la hora de despejar las dudas sobre el riesgo de creación o refuerzo de una posición dominante a consecuencia de la concentración; frente a otros como, p.e., el acceso de los competidores a determinados activos físicos de las partes, el otorgamiento de licencias sobre tecnologías o derechos de propiedad intelectual o los simples compromisos de conducta.

En su virtud, las partes se comprometen a revender todos los activos y actividades adquiridos a través de la operación notificada en el mercado en el que se plantean efectos horizontales y posible creación de posición dominante (en *Telia/Telenor*, el de la distribución de señal de TV por cable). Otros ejemplos donde se han dado estos compromisos se encuentran en las decisiones de la Comisión en los asuntos *Repola/Kymmene* (decisión de 30-10-1995; Asunto IV/M.646), donde *Repola* se comprometió a revender las plantas de fabricación de sacos de papel adquiridas, u *Owens Illinois/BTR Packaging* (decisión de 21-4-1998, Asunto IV/M.1109), en la que *Owens Illinois* se comprometió a revender todas las actividades adquiridas en el mercado de envases de vidrio.

Finalmente, en lo concerniente a entorno normativo y a barreras de entrada, nada más que reiterar la remisión a lo dicho a propósito de otros mercados de perfiles mejor definidos que éste que nos ocupa. En el concreto caso *Telia/Telenor*, ya hemos dicho que las de mayor entidad eran las de carácter económico directamente vinculadas al elevado grado de integración vertical que presentaba *Newco*.

2) EL MERCADO DE LA CAPACIDAD SATELITAL

a) Definición del mercado de producto pertinente de la capacidad satelital

La capacidad satelital es precisa para la distribución de señales de TV, telefonía y otros servicios de telecomunicaciones y comprende la prestación del llamado enlace ascendente (transmisión al satélite), los transpondedores BSS en el satélite (únicos aptos para difundir la señal televisiva) y otros servicios técnicos. En el caso de las señales de TV, el cliente puede ser un organismo de radiodifusión o un distribuidor de TV.

En el asunto *Telia/Telenor* la DG4 identificó el de la capacidad satelital como uno de los cuatro mercados de referencia. De manera muy distinta a lo sucedido en ese caso referido a los mercados nórdicos, en el caso de *Canal Satellite Digital*, el TDC englobó este segmento de la capacidad satelital dentro del mercado de los servicios administrativos, técnicos y comerciales (accesorio y absorbido por el mercado relevante de la TV de pago). Además de los anteriores, que son los casos en los que más nos hemos centrado, cabría que nos refiriéramos a algún otro. Así

- ❖ *Nordic Satellite Distribution*. Otro caso relacionado con el anterior, fue el de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1995 (Caso nº IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*; *Diario Oficial* nº L 053 de 02/03/1996 p. 0020 - 0040), en el que identificó también como mercado de producto el del “*suministro de servicios de capacidad de transpondedor de televisión vía satélite y de servicios afines a los organismos de radiodifusión*”. La Comisión confirmó el criterio de definición geográfico basado en la huella satelital mantenido después en *Telia/Telenor*, si bien apuntó que el mismo podía completarse atendiendo al diámetro de la antena de recepción. Es decir, la huella del satélite vendría conformada por el territorio en el que pudiera ser captada su señal a través de antenas de disco con un diámetro mínimo (Vg., 60 cms.).

Como ya sabemos (*vid Supra* el mercado de la adquisición y distribución de señal de TV), se trataba de la creación de una empresa en participación, *Nordic Satellite Distribution (NDS)*, por parte de: **(a)** el operador histórico danés de telecomunicaciones, *Tele Danmark A/S (TD)*, propietario de la principal red de distribución de TV por cable en Dinamarca, **(b)** la empresa noruega *Norsk Telekom AS (NT)*, que operaba una importante red de TV por cable en Noruega, prestaba servicios de TV vía satélite directos al hogar en toda la zona nórdica y estaba controlada, a su vez, por el incumbente noruego de telecomunicaciones (*Telenor AS*) y **(c)** un grupo sueco de comunicación, *Industrieförvaltnings AB Kinnevik (Kinnevik)*, activo, directamente, en TV por satélite y sistemas de acceso condicional e, indirectamente, en TV por cable. El objeto de *NSD* iba a ser, en el tramo ascendente, el de tratar con los organismos de radiodifusión para adquirir su señal y programas y, en el descendente, el de distribuir por satélite esa señal, previamente adquirida, en toda la zona nórdica (para más detalles, *vid supra* apartado 1).

Dentro del mercado de la capacidad satelital así definido, la opinión de la Comisión fue la de que la operación consolidaría la posición dominante de *NSD*. Ni *Astra* ni *Eutelsat*

serían competidores potenciales para el *Nordic Hot Bird* de *NSD* a la hora de ofrecer capacidad satelital a los organismos de radiodifusión por varios motivos:

- 1.º *Astra* y *Eutelsat* no tenían excesos de capacidad disponibles.
- 2.º La disponibilidad en exclusiva para *NSD* de la única programación adaptada a los gustos de la población de los países nórdicos llevaría a que ésta orientara sus antenas hacia los satélites de *NSD*. Las partes se habían referido a la posibilidad de adquirir antenas parabólicas orientables mediante un motor o antenas parabólicas fijas con un multiconversor o, incluso, una segunda parabólica. La Comisión salió al paso de estas argumentaciones subrayando que era improbable que un hogar que recibiera ya una programación de hasta 30 cadenas con una instalación estándar hiciera esos desembolsos. Se trataba en fin de la existencia de importantes costes de transferencia: en el caso de la adquisición de una segunda antena, por razones obvias; las antenas con multiconversor podían llegar a costar el doble; y las motorizadas aún más del doble. Además, en el caso de la instalación del multiconversor podían llegar a ser necesarias antenas de disco de mucho diámetro que enfrentaban importantes límites derivados de ordenanzas urbanísticas.
- 3.º La vinculación estructural de *NSD* a importantes redes de TV por cable, sobre todo, la de *TD* en Dinamarca y la de *NT* en Noruega, llevaba a que se cerniera sobre los organismos de radiodifusión que no contrataran con *NSD* y optaran por hacerlo con *Astra* o *Eutelsat* la seria amenaza de que les fuera vetada la distribución de su programación a través de esas redes de cable.
- 4.º El hecho de que *NSD* alcanzara al 100 % de los hogares nórdicos, frente al 20 % de *Astra* y *Eutelsat*, le permitiría obtener importantes economías de escala y abaratar los precios por debajo de los niveles de resistencia de esos otros operadores competidores.

En resumen, la integración vertical de *NSD* daría lugar a que las posiciones de las partes en distintos mercados se reforzasen recíprocamente. Así, las posiciones de las partes en los mercados secundarios, redes de televisión por cable y distribución, consolidaban la posición dominante en el mercado de los transpondedores al desalentar a los posibles competidores a la hora de emitir desde otros transpondedores a la zona nórdica.

- ❖ **Astra**. En su decisión de 23 de septiembre de 1992 (IV/32.745 – *Astra*; Diario Oficial n° L 020 de 28/01/1993 P. 0023), hizo la Comisión una mayor segmentación dentro del mercado de la capacidad satelital hablando de un “mercado de la capacidad de segmento espacial” (transpondedores) y de un “mercado de enlace ascendente” (lanzamiento de la señal desde tierra hasta el satélite).

El caso era que la sociedad luxemburguesa de satélites (*SES*) y el incumbente inglés de telecomunicaciones (*BT*) celebraban varios acuerdos para la distribución de señal de TV sobre red de satélites. En RU, aunque había varios operadores autorizados, *BT* era el único operador activo para la prestación de servicios de enlace ascendente; *SES* podía prestarlos, pero en Luxemburgo. *SES* y *BT* habían creado una empresa en participación, *BT Astra SA*. *SES* se comprometía a arrendar a esta empresa en

participación su capacidad satelital de transpondedor, para que esta última la pusiera a disposición de “*un operador autorizado en el Reino Unido*”, presumiblemente *BT*, que la prestaría a los proveedores de programas junto con los servicios de enlace ascendente. *SES* y *BT* se consultarían a la hora de fijar los precios de comercialización entre los proveedores de programas y se concedían prioridad para la contratación de sus servicios respectivos de capacidad satelital y enlace ascendente.

Para la Comisión, los acuerdos lesionaron la competencia en los dos mercados. En el de la capacidad de segmento espacial, pues *SES* y *BT* eran competidores reales ya que esta última había venido facilitando a los proveedores de programas esa capacidad a través de satélites de *Eutelsat* (*BT* era uno de los signatarios más importantes de este acuerdo internacional para la explotación de satélites), pero además potenciales porque *BT* tenía la capacidad y los recursos para acceder por sí sola a este mercado en cualquier momento. Para la Comisión “*los acuerdos suponían una coordinación de precios global y de gran alcance entre ambas partes, privando a los clientes de una oferta nueva y alternativa de capacidad de transpondedor en el Reino Unido*”.

En el mercado de enlace ascendente, porque tanto *SES* como *BT* eran competidores directos en este mercado. El hecho de que sus autorizaciones para la prestación de estos servicios fueran referidas a sus respectivos mercados nacionales en nada cambiaba la situación porque “*los proveedores de programas no están limitados por las fronteras nacionales y pueden, ya sea transmitir sus programas, por medios convencionales o de otro tipo, a otro territorio para su enlace ascendente, ya sea crear estudios en la localidad con condiciones más favorables*”. Los acuerdos entre *SES* y *BT* habían supuesto que los principales proveedores de programas se hubieran ligado a los servicios de enlace ascendente de *BT*, vinculados a los de transpondedor de *SES*, por plazos rondando los diez años con el daño consiguiente para el juego de la competencia en este mercado.

De todo lo anterior que la Comisión terminara declarando que los acuerdos constituían una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE.

En línea con las anteriores consideraciones de la Comisión, relativas a la dimensión geográfica del mercado, o submercado, de los servicios de enlace ascendente, que permitió a dicha institución – como acabamos de ver – apreciar una restricción sensible del juego de la competencia en ese caso concreto, puede observarse como, también en las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02 - DO C 233 de 6.9.1991, p. 2/26), en su considerando 34, se disponía: “*En cuanto a los enlaces ascendentes para las comunicaciones transfronterizas por satélite, si éstos pueden ser proporcionados por cualquier país dentro de un grupo, en tal caso, el mercado geográfico será más extenso que el territorio nacional, pudiendo abarcar toda la CEE*”.

Dejando aparte casos concretos, pocos son los mercados en los que la identificación desde el punto de vista que ofrece el test del monopolista hipotético es tan diáfana:

- i. **Sustituibilidad de la demanda.** Partiendo de la existencia de un único satélite oferente de capacidad dentro del mercado geográfico de referencia, y suponiendo que el mismo elevara sus tarifas en un 5 ó 10 %, los demandantes de esa capacidad – en nuestro caso, básicamente, difusores de TV de pago y operadores de telecomunicaciones dedicados

al transporte de señal audiovisual sobre red satelital – no tendrían la opción de contratar la capacidad ofrecida por otras infraestructuras de telecomunicaciones, antenas terrestres o plataformas de cable, al ser, como veremos más adelante, muy diversas las prestaciones ofrecidas por éstas, p.e., en cuanto a grado de cobertura o capacidad de transmisión (ancho de banda).

En este sentido, debe matizarse que, si bien, por la fuerza del principio de neutralidad tecnológica, las autoridades de la competencia, a los efectos de delimitar un mercado de servicio de comunicaciones electrónicas o de difusión consideran indiferente la plataforma sobre la que se preste, ello no tiene por qué implicar que queden integrado en un solo mercado de producto todos los mercados de las infraestructuras de telecomunicaciones subyacentes. Es decir, que el hecho de que, por ejemplo, exista un único mercado de la TV de pago, con independencia de que la difusión se realice sobre plataforma de satélite, de cable o, incluso, terrestre, no significa que las redes terrestre, satelital y alámbrica formen parte de un único mercado de infraestructuras.

A pesar de lo dicho, la afirmación de que los diferentes modos de transmisión no dan lugar a diferentes mercados de producto en el ámbito de la prestación de servicios de TV al por menor podría no tener un alcance tan absoluto.

En *UGC/Noos*, (Commission Decision, Case COMP/M.3411, 17 May 2004, *UGC/Noos*) la Comisión hubo de enfrentarse al mercado minorista de la distribución de TV de pago bajo el Reglamento de Concentraciones de 1989. Cinco años después de que en el asunto *TPS* hubiera mantenido la Comisión que no había justificación para distinguir los mercados de la TV de pago sobre la base del modo de transmisión, dicha institución apuntaba a la existencia de indicadores de que había diferentes mercados minoristas de distribución de señal de TV en Francia en función de que se basaran en la red terrestre, en el cable, en el satélite o en el ADSL. Centrados en los dos principales modos, cable y satélite, la Comisión se ocupó de las características de los servicios. Había diferencias en el número de canales: sobre los cableoperadores pesaba una carga de *must carry* de ciertos canales que, en cambio, no recaía sobre los operadores de satélite; estos últimos eran, además, capaces de difundir ciertos canales (p.e., en lengua árabe) que no podían difundir los cableoperadores. Además de las diferencias en el número y características de los canales, había también diferencias tecnológicas: los estándares de difusión (DVB-C, DVB-S), los sistemas de acceso condicional, etc. La investigación del mercado por la Comisión concluyó que no existía una migración significativa de clientes desde un modo de transmisión a otro.

En este contexto, la Comisión se manifestó esperanzada con que las medidas comunitarias demandando leyes nacionales y regionales limitando las restricciones a la instalación de antenas parabólicas llegarán a tener efecto más tarde o más temprano; lo que podría contribuir a paliar esas diferencias entre los modos de distribución de señal de TV por cable y por satélite. La Comisión había insistido en que las reglas nacionales regulando la venta, instalación y uso de antenas parabólicas en los Estados miembros – en la medida en que eran elementos transfronterizos – debían cumplir los requisitos de los arts. 28 y 49 del TCEE {Commission, Communication on the Application of the General Principles of Free Movement of Goods and Services – Articles 28 and 49 EC – Concerning the Use of Satellite Dishes, COM(2001) 351 final; see also ECJ, Case C-17/00, *De Coster v. Collège des Bourgmestres*, [2001] ECR I- 9445, paras 24 et seq)}.

Sin embargo, las restricciones procedentes de personas privadas con relación a la instalación de parabólicas podían ser de más difícil neutralización. P.e., en los países nórdicos muchos terratenientes, dueños de edificios y asociaciones de vecinos habían entrado en acuerdos de suministro de TV de pago con cableoperadores manteniendo dichas restricciones en cuanto a la instalación de parabólicas con las que alimentar las redes de cable. Si los referidos artículos relativos a la libre circulación de servicios y de mercancías se aplicaban directamente a estos acuerdos con privados era cuestión sometida a debate. Y más bien se entendía que los estados miembros infringían el Art. 4.3 en relación con los mismos cuando dejaban de adoptar medidas frente a tales restricciones toda vez que *“los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados”* {ver. D. Dörr, *“Das Recht auf eine Satellitenempfangsanlage unter Berücksichtigung der EU-Mitteilung zum freien Dienstleistungs- und Warenverkehr”*, [2002] *Wohnungswirtschaft und Mietrecht* 347}.

También insisten Alexander Scheuer, Carmen Palzer, Jens-Daniel Braun y Ralf Capito, en *“Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis Final Report (18 July 2005)”*, en la necesidad de diferenciar los mercados relativos a la provisión de servicios de televisión de los mercados relativos a la provisión de infraestructuras para servicios de TV. Si bien, en el caso de los segundos, la diferente infraestructura, satélite, cable, etc., es usual que dé lugar a diferentes mercados de producto, no ocurre lo mismo en el mercado de la provisión de servicios de TV. Si bien, *“In KDG/ish, however, the Bundeskartellamt took the view that transmitting of TV signals via cable TV networks remains to constitute a separate market, see Commission Decision, Case COMP/M.3271, KDG/ish, 7 June 2004, para. 11. See also Commission Decision, COMP/M.3674, 14 February 2005, Iesy Repository/ish, paras. 17 et seq”*.

Y, del propio modo, en las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02 - DO C 233 de 6.9.1991, p. 2/26), en su considerando 29, podían leerse reflexiones como las siguientes:

“En cuanto al suministro de servicios por satélite, la cuestión radica en saber si éste es sustancialmente intercambiable con respecto al suministro de redes terrestres.

a) Las comunicaciones por vía satélite pueden ser de varios tipos: servicios fijos (comunicación punto a punto), multipunto (punto a multipunto y multipunto a multipunto), unidireccionales y bidireccionales.

b) Las características principales de los satélites son las siguientes: cobertura de amplias zonas geográficas no limitadas por fronteras nacionales; costes insensibles a la distancia; flexibilidad y facilidad de instalación de las redes, especialmente en los sistemas de microantenas receptoras (VSAT).

c) Los usos de los satélites pueden dividirse en las siguientes categorías: transmisión de voz y de datos por redes públicas conmutadas, servicios de valor añadido para las empresas y radiodifusión.

d) Para la transmisión básica de voz y datos larga distancia, el satélite y el enlace de transmisión terrestre son intercambiables en gran medida. Por el contrario, no son sustancialmente intercambiables, sino más bien complementarios, en el caso de las siguientes transmisiones de voz y datos: servicios a zonas periféricas o menos desarrolladas, enlace entre países no limítrofes y reconfiguración de capacidad y suministro de encaminamiento para la restauración del tráfico. Además, tampoco son

sustancialmente intercambiables para la radiodifusión directa y las redes privadas multipunto de servicios de valor añadido para empresas. Por lo tanto, con respecto a todas esas utilizaciones, los satélites constituyen mercados de productos distintos. Dentro del servicio de satélites puede haber mercados distintos.”.

- ii. **Sustituibilidad de la oferta.** Lo anterior quedaría igual de claro desde el punto de vista de la sustitución de la oferta: ante el IRSNTP que acabamos de comentar no cabría que los operadores de esas otras redes pasaran en el corto o medio plazo, y sin enfrentar grandes obstáculos jurídicos o económicos, a prestar los servicios de capacidad satelital.
- iii. **Otros elementos de prueba.** Por otra parte, para la constatación de lo anterior, podría también acudir a la mayor parte de los elementos de prueba citados por la Comisión relativos a la definición del mercado de referencia. Así: **(i)** los relacionados con la sustitución en un pasado reciente de los servicios de capacidad satelital por otros ante un incremento del precio de aquellos; **(ii)** los vinculados a la elasticidad propia de la demanda de los servicios de capacidad satelital, que será baja desde el momento en que incrementos de los precios no darán lugar a drásticas reducciones de la demanda, y a la elasticidad cruzada, que será negativa teniendo en cuenta que decrementos de los precios de otros servicios de transporte de señal sobre otras plataformas alternativas no afectarán de modo significativo a la demanda de servicios de capacidad satelital; **(iii)** las preferencias de clientes y las opiniones de estos y de los operadores de plataformas competidoras sobre la incidencia de los IRSNTPs sobre los servicios de capacidad satelital (en los expedientes relacionados con este mercado era usual que la DG 4 realizara esta clase de indagaciones); **(iv)** los obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, por ejemplo, por la limitación de frecuencias en la plataforma terrestre o por la menor cobertura de la red alámbrica o fibrilar.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia de la capacidad satelital

El mercado de la capacidad satelital vendría definido por la huella del satélite. También en el considerando 34 de las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02 - DO C 233 de 6.9.1991, p. 2/26), en su considerando 34: *“En cuanto a la capacidad del segmento espacial, la extensión del mercado geográfico dependerá de la potencia del satélite y de su capacidad de competir con otros satélites para transmitir hacia un sector determinado, en otras palabras, de su alcance. Este elemento sólo puede apreciarse en cada caso concreto”.*

En el caso *Telia/Telenor*, la DG 4, soslayando las argumentaciones de las partes sobre su dimensión europea basada en la existencia de otras compañías como *Eutelsat* o *Astra*, capaces de ofrecer servicios sustitutivos de los de *Telenor*, mantuvo que el mercado era nórdico (Suecia, Finlandia, Dinamarca y Noruega), pues las parabólicas en esta zona estaban orientadas a satélites con esa misma huella y atendida la dificultad de convencer a los usuarios para que adquirieran una segunda antena o reorientaran las adquiridas.

Si clara era la aplicación de las pruebas de la sustitución de la oferta y de la demanda a la hora de definir el mercado de producto, clara es también esa misma aplicación a la hora de

delimitar el mercado geográfico de referencia. En este sentido, ante el IRSNTP que venimos comentando difícilmente cabría que, p.e., un difusor de TV de pago o un operador de telecomunicaciones por satélite optaran por contratar la capacidad satelital de un operador de satélites con otra huella por la existencia de ese importante coste de transferencia asociado a la necesidad de reorientar las parabólicas de todos sus abonados (sustituibilidad de la demanda). Por otra parte, este último sería el principal impedimento para que el operador del satélite con esa otra huella pasara, rápidamente y sin grandes obstáculos legales, económicos o tecnológicos, a ofrecer capacidad satelital dentro de la huella del que elevó sus tarifas (sustituibilidad de la oferta).

Como elementos de prueba que, de acuerdo con la Comunicación de la Comisión sobre definición de mercado, podrían contribuir a la constatación del mercado geográfico de referencia cabría destacar:

- 1.º el desvío de pedidos hacia otras zonas en el pasado reciente (ante una subida de precios aplicada para determinado satélite para cierta huella, comprobación de la contratación de otros con huella diferente);
- 2.º las opiniones de los clientes de los servicios de capacidad satelital (normalmente, plataformas de TV) y de los operadores de satélites competidores;
- 3.º la localización geográfica de las compras (en qué área geográfica se localizan las compras de capacidad de cierto satélite); o
- 4.º las barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas (las barreras, económicas y, en menor medida, normativas, para la contratación de los servicios de satélites con una huella diferente).
 - a. En general para todos los mercados, respecto de las barreras económicas, Antonio Santana Pérez, en *“La venta a pérdida como ilícito concurrencial”* (Tesis doctoral defendida en La Universidad de La Laguna; Págs. 80 y Ss.) ilustra la posibilidad de que existan en el mercado ciertos límites que puedan condicionar virtualidad del criterio de la sustituibilidad del lado de la demanda o de la oferta. Así, se refiere al asunto *«Coca-Cola c. Amalgamated Beverages GB»* (Decisión de 29 de mayo de 1997) en el que la Comisión llegó a la conclusión de que los costes de transporte y distribución eran muy elevados. La naturaleza del producto, las bebidas refrescantes terminadas, con gran volumen y escaso valor unitario en relación con el coste de transporte, aunque sin un alcance prohibitivo, operaba como auténtica barrera de entrada al mercado británico, y en cualquier otro mercado, por la importancia de los costes de distribución. De ahí que éste fuera un elemento interesante a la hora de definir el mercado de producto y su ámbito geográfico.

En idéntico sentido, en la decisión de 18 de julio de 1988, *Napier Brown-British Sugar*, DOCE L 284/41, se atendió a que el costo del transporte del azúcar era muy importante en relación al valor del producto para circunscribir el mercado geográfico a Gran Bretaña. Y un ejemplo en sentido contrario lo encontramos en la decisión de 22 de diciembre de 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti* DOCE L 65/19 de 11 de marzo del 1988, en apelación sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1991, as. T-30/89 R, *Hilti AG c. Comisión*, Rec. II-163, y de 12

de diciembre de 1991, as. T-30/89, *Hilti AG c. Comisión*, Rep. II-1441, donde se entendió el que mercado geográfico era todo el Mercado Común, porque los costes del transporte dentro del Mercado común eran relativamente pequeños.

Las desventajas derivadas de los costes de transporte pueden verse compensadas por otras ventajas asociadas a otros factores como, por ejemplo, los costes de la mano de obra o de las materias primas que lleguen a hacer posible la importación a precios competitivos. En su decisión de 24.1.1992, asunto IV/M.180, *Tarmac/Steetly*, la Comisión tuvo en cuenta la posibilidad de que las fábricas de ladrillos que funcionaban a bajos índices de utilización de su total capacidad absorbieran los costes de transporte al aumentar la producción y reducir así los costes medios y marginales de fabricación.

Por otra parte, en *Alenia/De Havilland* (decisión de 2 de octubre de 1991; asunto IV/M.053) entendió la Comisión que el mercado de los aviones turbopropulsados de transporte regional producidos por las empresas afectadas daban lugar a un mercado mundial porque los costes de importación de los mismos en la Comunidad eran inapreciables y, además, porque los costes de transporte eran poco significativos razón por la cual existía una fuerte interpenetración entre las diversas áreas geográficas, en especial, entre América del Norte y Europa donde se situaban los principales productores.

En el caso del mercado de la capacidad satelital, más que de costes de transporte, habría que hablar de costes de desvío del satélite hacia otra huella.

- b. Y en cuanto a las normativas, también en términos generales y para todos los mercados, no sólo el de la capacidad satelital, como observa Martínez Pérez Cagigal (Op. Cit., Págs. 63 y Ss.) las disposiciones legales pueden constituir una barrera cuando impiden o limitan los intercambios entre diferentes países o zonas geográficas. Los ejemplos más destacados podrían ser los de los monopolios legales como en el caso de la segregación de activos de *CAMPESA* (decisión de 19 de diciembre de 1991; asunto IV/M.138). *CAMPESA* era la administradora del monopolio de petróleos del Estado con lo que controlaba toda la distribución de carburantes y combustibles en España. En consecuencia, aparte de la red paralela de estaciones de servicio existente, de muy poca entidad, la penetración al mercado español desde otras áreas geográficas estaba prácticamente excluida.

Por ello la Comisión, al explicar en la *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia (1997)* los criterios seguidos en la delimitación del mercado del mercado relevante, resalta que en la delimitación del mercado geográfico, es necesario tener en cuenta obstáculos que segmentan geográficamente los mercados, como los requisitos de ubicación para poder vender en un área determinada, o la existencia o ausencia de barreras reglamentarias vinculadas a la contratación pública, las regulaciones de precios, los contingentes o derechos de aduana que restringen el comercio o la producción, las normas técnicas, los monopolios, la libertad de establecimiento, los requisitos para obtener autorizaciones administrativas, la reglamentación del envasado, etc.

En el mercado de la capacidad satelital, probablemente haya que derivar lo anterior hacia todo lo concerniente a la disponibilidad de recursos órbita-espectro.

c) Entorno normativo del mercado de la capacidad satelital

i) Internacional

Cuando la DG 4 de la Comisión ha identificado este mercado en los ámbitos de la difusión televisiva y de las comunicaciones electrónicas, como en el caso de la creación de una nueva empresa de carácter concentrativo por las operadoras nórdicas de telecomunicaciones *Telia* y *Telenor*, lo ha hecho englobando dentro del mismo todos los recursos necesarios para el transporte de la señal televisiva a través del espacio.

Lo anterior supone que dentro del mercado considerado queden englobadas las instalaciones de enlace ascendente (las que lanzan la señal contra el satélite), los transpondedores (dispositivos con que cuenta el satélite para el redireccionamiento de esa señal hasta hacerla llegar ya a la parabólica instalada en cada hogar, ya a la red de comunicaciones electrónicas, sea de cable o basada en las ondas hertzianas, que la hará llegar finalmente a ese mismo hogar) y los recursos órbita/espectro.

Por la propia naturaleza de los recursos comprendidos por este mercado, su regulación supranacional participa de un carácter más internacional que europeo, por más que, dentro del ordenamiento jurídico comunitario, pueda también darse con ciertas normas. Dentro de las normas de Derecho internacional, las hay que se encuentran en tratados bilaterales o multilaterales. En cuanto a estas últimas, se inscriben en el marco de organizaciones internacionales adscritas a la *ONU*, principalmente, la *UIT* e *INTELSAT*, o dotadas de un ámbito más bien regional, como en el caso de *EUTELSAT*:

- “La *INTELSAT* (*Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite*), que se fundó en 1964, es una autoridad con una estructura organizativa similar a la de las Naciones Unidas y con el objetivo de impulsar las comunicaciones internacionales. Los miembros de la organización eran empresas de propiedad estatal de telecomunicaciones. Hoy son miembros de la *INTELSAT* 144 gobiernos. La *INTELSAT* se privatizará en 2001. Actualmente, la *INTELSAT* gestiona una flota de 20 satélites geoestacionarios que proporcionan conexiones entre más de 200 países. Los servicios de la *INTELSAT* se alquilan a sus miembros. Los miembros explotan sus propias estaciones terrestres. Gracias al servicio comercial de la *INTELSAT* (*IBS*), los no miembros (por ejemplo las empresas telefónicas, las grandes empresas y las empresas multinacionales) pueden utilizar también los satélites. La *INTELSAT* ofrece servicios globales tales como comunicaciones, televisión, etc. Las telecomunicaciones se efectúan en bandas C y Ku (véase más abajo). Los satélites de la *INTELSAT* son los satélites internacionales más importantes en el ámbito de las telecomunicaciones. A través de ellos se efectúa la mayor parte de las comunicaciones internacionales por satélite. Los satélites cubren las zonas del Atlántico, del Índico y del Pacífico (véase el cuadro del Capítulo 5, 5.3). Existen diez satélites sobre el Atlántico entre 304°E y 359°E; la zona del Índico está cubierta por seis satélites situados entre 62°E y 110,5°E; y la zona del Pacífico, por tres satélites situados entre 174°E y 180°E. El gran volumen

de comunicaciones en la región atlántica lo cubren varios satélites individuales.”
[Fuente: Informe del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2001 sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y económicas (sistema de interceptación ECHELON)]

- *“EUTELSAT fue fundada en 1977 por 17 administraciones de correos europeas con el objetivo de cubrir las necesidades de comunicación por satélite propias de Europa y de apoyar a la industria espacial europea. Tiene su sede en París y cuenta unos 40 países miembros. Está previsto privatizar EUTELSAT en 2001. EUTELSAT gestiona 18 satélites geoestacionarios que cubren Europa, África y extensas zonas de Asia y establecen un vínculo con América. Los satélites están situados entre 12.5°O y 48°E. EUTELSAT ofrece básicamente servicios de televisión (850 canales digitales y analógicos) y radio (520 canales), pero proporciona también enlaces de comunicaciones, sobre todo en Europa, incluida Rusia, por ejemplo para videoconferencias, para redes privadas de grandes empresas (entre otras, la General Motors y Fiat), para agencias de prensa (Reuters, AFP), para los proveedores de información financiera y para los servicios móviles de transmisión de datos. Las telecomunicaciones se transmiten por la banda Ku.”* (Ídem supra).

De los diferentes Tratados y declaraciones verificados en el ámbito de la ONU, especialmente “*el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes*” de 20 de enero de 1967, resultan tres principios básicos:

- a) **El espacio ultraterrestre no está sujeto a la soberanía de los estados.** Este principio diferencia el espacio ultraterrestre del aéreo que sí se encuentra bajo soberanía de los estados y, asimismo, del espectro radioeléctrico, el cual, ya vimos, es bien de dominio público. Del mismo resulta que el espacio ultraterrestre no admite apropiación estatal ni por ocupación ni de ninguna otra manera.
- b) **Todos los estados pueden utilizar dicho espacio.** Conforme a este principio, todos los Estados pueden utilizar y explotar libremente el espacio ultraterrestre ya sea a través de organismos gubernamentales ya de no gubernamentales, pero siempre con sujeción a la reglamentación internacional. De aquí y del punto anterior que las posiciones orbitales de los satélites no pertenezcan al Estado que, en cada momento, las esté utilizando, al tratarse de un recurso común de todos los Estados.
- c) **Cada estado es responsable de los objetos lanzados por él al espacio.** Finalmente, supone este principio que los Estados conservan jurisdicción y control sobre los objetos lanzados por ellos al espacio y son responsables de las actividades desarrolladas a través de los mismos aún cuando quienes las desarrollen sean particulares o empresas. Así pues, los Estados quedan obligados a establecer los correspondientes mecanismos de supervisión y control de sus redes espaciales.

El procedimiento de atribución de los recursos de la órbita y el espectro dentro del mercado de la capacidad satelital tiene lugar en el seno de la UIT. Desde la Conferencia Administrativa de Radiocomunicaciones de 1963 hasta las últimas celebradas, traídas más arriba a colación a propósito del estudio del espectro, son muchas las que, de estas conferencias, se han ocupado de la reglamentación de la utilización del espectro y de la órbita por estaciones de los servicios de radiocomunicación espacial.

El régimen jurídico codificado en la Constitución y el Convenio de la UIT y en el Reglamento de Radiocomunicaciones contempla reglas específicas sobre los derechos y obligaciones de las Administraciones de los Estados miembros para obtener acceso a los recursos órbita/espectro y sobre el reconocimiento internacional de esos derechos mediante la inscripción de las asignaciones de frecuencia y las posiciones orbitales utilizadas o previstas en el Registro Internacional de Frecuencias.

Como viene siendo habitual en toda esta materia, la reglamentación del uso de los recursos órbita/espectro se basa en dos principios esenciales como son los de utilización eficaz y acceso equitativo y así se expresa en el Art. 44 de la Constitución de la UIT, a tenor del cual: *“En la utilización de bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones, los Miembros tendrán en cuenta que las frecuencias y las órbitas asociadas, incluida la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse de forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Radiocomunicaciones, para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países o grupos de países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países”*.

Así como la naturaleza de bien escaso del espectro obedece, como se dijo en su lugar, a la necesidad de evitar interferencias entre los diferentes servicios de comunicaciones electrónicas, en el caso de los recursos relacionados con la órbita de los satélites, ese mismo carácter de bien escaso le viene, principalmente, de la necesidad de evitar colisiones entre los satélites.

El procedimiento tradicional de asignación de recursos órbita/espectro en el seno de la UIT ha sido el basado en el principio del “primer llegado, primer servido”. El principal inconveniente derivado de este sistema ha sido el ya comentado al tratar del espectro de la proliferación de los denominados “satélites de papel”, es decir, satélites para los que se ha previsto la correspondiente asignación de recursos (órbita y espectro), dotándolos, por tanto, de existencia administrativa, pero que no responden a posibilidades o a necesidades reales del Estado beneficiario.

Frente a tendencias hasta cierto punto especulativas, en las últimas CMRs se ha pretendido, de una parte, implantar “procesos por hitos” en la asignación de los recursos, mediante pruebas o controles, por ejemplo, referidos a los contratos de construcción de los satélites, además de la reducción de los plazos reglamentarios para la puesta de los mismos en órbita, y, de otra, en la reserva de recursos orbitales y frecuencias para su utilización futura, en especial, por los países que actualmente no cuentan con medios para disfrutar de esos recursos.

Los detalles del procedimiento de asignación de los recursos se pueden encontrar en el Art. 9 del Reglamento de Radiocomunicaciones supradicho (“Procedimiento para efectuar la coordinación u obtener el acuerdo de otras administraciones”) completado por el Art. 11 en cuanto a los trámites finales de notificación e inscripción. Esencialmente, dicho procedimiento se vertebra sobre tres fases, a saber: **(a)** la publicación anticipada de que trata la Sección I del Art. 9 y que entraña la descripción general del proyecto y su notificación a todas las demás Administraciones; **(b)** la coordinación anticipada de que se ocupa también dicho artículo, pero en su sección II, y que se impone a la Administración solicitante y a todas aquellas cuyos servicios ya existentes o planificados puedan verse afectados por la

nueva asignación de recursos; y (c) los trámites citados de notificación e inscripción en el Registro Internacional de Frecuencias a que se refiere el art. 11.

La regulación implícita en tratados internacionales de carácter multilateral, que suele traducirse en la constitución de los correspondientes organismos internacionales (Vg., la UIT o INTELSAT), en nada se opone a la existencia de posibles tratados de carácter bilateral. Así, por ejemplo, el Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Argentina concerniente a la provisión de facilidades satelitales y la transmisión y recepción de señales hacia y desde satélites para la provisión de servicios satelitales a los usuarios en la República Argentina y en el Reino de España, hecho “ad referendum” en Madrid el 12 de abril de 1999 (BOE n. 268 de 9/11/1999). La esencia de este acuerdo es el de facilitar en Argentina la prestación de servicios por satélites con licencia de España y viceversa. Pero bien se advierte en este Tratado, como en todos los de carácter bilateral sobre la misma materia, la necesidad de respetar los compromisos asumidos por ambos Estados en el seno de la UIT.

ii) Europeo

Dentro de las normas de derecho internacional con proyección territorial europea y de las de derecho comunitario, por cuanto ha quedado expuesto, resulta difícil dar con otra cosa que no sean referencias dispersas.

Así, en el Convenio Europeo de televisión transfronteriza, por ejemplo, se considera que un organismo de radiodifusión por satélite se encuentra bajo jurisdicción de un estado parte si utiliza una frecuencia concedida por el mismo, en su defecto, si recurre a una capacidad satelital facilitada por dicho Estado y, a falta de los dos anteriores criterios, si emplea una instalación de enlace ascendente ubicada en su territorio (Art. 5).

Por su parte, el Art. 2 de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual, a la hora de considerar que un prestador de servicios de comunicación queda sometido a la jurisdicción de un Estado miembro, maneja, en primer lugar, el criterio de que utilice un enlace ascendente situado en dicho Estado y, en defecto del anterior, el de que recurra a una capacidad satelital perteneciente a dicho Estado.

Inciendiando sobre las Directivas que conforman el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas puede también extraerse algún pasaje de interés en lo concerniente a la regulación del mercado de la capacidad satelital.

En concreto, la Directiva 2002/77 relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas resulta plenamente aplicable a las redes satelitales que lo son también de comunicaciones electrónicas (Art. 1).

Del preámbulo de la Directiva podría destacarse su número 13, a cuyo tenor: *“Cuando los derechos y obligaciones derivados de convenios internacionales de constitución de organizaciones internacionales de satélites no sean compatibles con las normas de competencia del Tratado, los Estados miembros deben tomar, conforme a lo dispuesto en el artículo 307 del Tratado CE, todas las medidas necesarias para poner fin a las incompatibilidades. La presente Directiva precisa esta obligación, ya que el artículo 3 de la Directiva 94/46/CE de la Comisión tan sólo obligaba a los Estados miembros a “comunicar a la Comisión” la información de que dispusiesen sobre tales incompatibilidades. Con el*

artículo 7 de la presente Directiva se pretende disipar toda duda sobre la obligación de los Estados miembros de suprimir todas las restricciones que tengan su origen en los referidos convenios internacionales”.

Y, en efecto, dispone el Art. 7: *“1. Los Estados miembros garantizarán la supresión de toda prohibición o restricción de la oferta de capacidad del segmento espacial a cualquier operador autorizado de redes de estaciones terrenas de comunicación por satélite y permitirán, dentro de su territorio, que todo suministrador del segmento espacial compruebe si la red de estaciones terrenas por satélite que vaya a utilizar en el segmento espacial se ajusta a las condiciones publicadas de acceso a su capacidad de segmento espacial; 2. Cuando los convenios internacionales de constitución de las organizaciones internacionales de satélites no sean compatibles con las normas de competencia del Tratado CE, los Estados miembros signatarios de los mismos tomarán todas las medidas necesarias para poner fin a tales incompatibilidades”.*

De la Directiva Autorización, a lo mejor mencionar el también Art. 7 que se ocupa de la posibilidad de limitación por los Estados miembros del número de derechos de uso de radiofrecuencias que se otorguen mediante el recurso a procedimientos de selección competitiva o comparativa. Dicho precepto admite la prórroga de los plazos de resolución de estos procedimientos hasta el máximo de 8 meses a fin de garantizar que los mismos sean equitativos, razonables, abiertos y transparentes, pero deja claro que *“estos plazos máximos se entenderán sin perjuicio de los acuerdos internacionales aplicables relativos al uso de las radiofrecuencias y a la coordinación por satélite”.*

Se advierte también que, una vez abierto con la Decisión 676/2002 el camino de la asunción de competencias por la UE en materia de espectro, punto convenientemente estudiado en su lugar, ese mismo camino es el que se pretende tomar con relación a los recursos espaciales, partiendo de la estrechísima relación entre ambas clases de recursos: Vg., no se puede atribuir capacidad orbital sin una capacidad espectral asociada a la anterior.

Lo anterior pretende canalizarse a través de la Agencia Espacial Europea. Ésta es una organización intergubernamental constituida el 31 de mayo de 1975 y dedicada a la exploración espacial que cuenta con 17 estados miembros y tiene su sede central en París; y a ello responde el Acuerdo Marco entre este organismo y la Comunidad Europea (DO L 261 de 6.8.2004, p. 64/68) en el que se considera la tecnología espacial como primordial para la consecución de objetivos esenciales de la política europea como los concernientes a la Sociedad de la Información. Relacionado con otros aspectos más vinculados a la seguridad y a la defensa, puede verse, por ejemplo, la Acción común del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a la creación de un centro de satélites de la Unión Europea (DO L 200 de 25.7.2001, p. 5/11), recientemente modificada por la Acción común PESC/834/2009, de 10 noviembre (LCEur\2009\1690).

El Art. 1 del Acuerdo Marco fija como uno de los objetivos de la cooperación: *“La definición coherente y progresiva de una política espacial europea global. De forma más precisa, esta política tratará de poner en contacto la demanda de servicios y de aplicaciones que utilicen sistemas espaciales en apoyo a las políticas comunitarias con la oferta de sistemas y las infraestructuras espaciales necesarias para responder a dicha demanda”.*

En el Art. 3 se citan como ámbitos de cooperación elegidos por las partes, además de otros menos relacionados con la materia que nos ocupa (ciencia, tecnología, observación de la

Tierra, navegación, viajes espaciales humanos y microgravedad o lanzaderas), los de la comunicación por satélite y la política de asignación del espectro en función del espacio.

Ese mismo precepto admite que las partes puedan definir nuevos ámbitos de cooperación y, yendo más allá, el Art. 5 contempla que las iniciativas conjuntas de las partes puedan llegar a traducirse en *“la gestión por parte de la Agencia Espacial Europea de las actividades de la Comunidad Europea que guarden relación con el espacio, dentro del respeto de las normas comunitarias”*.

Con relación a las estaciones terrenas de enlace ascendente habrá de tomarse también en cuenta la existencia de una prolija normativa sobre reglamentaciones técnicas. Dicha normativa trae causa, fundamentalmente, de la Directiva 1999/5 CE, de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicaciones y reconocimiento mutuo de su conformidad. El objeto de la Directiva, según reza su Art. 1, es el de *“establecer un marco reglamentario para la puesta en el mercado, la libre circulación y la puesta en servicio en la Comunidad de equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación”*.

Las estaciones terrenas de enlace ascendente admitirían ser catalogadas como equipos radioeléctricos, si atendemos a la definición que de éstos da el Art. 2 de la Directiva: *“un producto, o componente pertinente del mismo, que permita la comunicación mediante la emisión y/o recepción de ondas radioeléctricas que utilicen el espectro asignado a las radiocomunicaciones terrenas/espaciales”*.

En consecuencia, las mismas deberán ajustarse a los requisitos esenciales dispuestos por el Art. 3, a saber: *“a) la protección de la salud y la seguridad del usuario o de cualquier otra persona, incluidos los objetivos respecto de los requisitos en materia de seguridad que figuran en la Directiva 73/23/CEE, salvo en lo relativo al límite de tensión; b) los requisitos de protección que figuran en la Directiva 89/336/CEE, respecto de la compatibilidad electromagnética; y c) los equipos radioeléctricos se construirán de forma que utilicen de forma eficaz el espectro asignado a las radiocomunicaciones terrenas/espaciales y los recursos orbitales para impedir las interferencias perjudiciales”*.

En cuanto a la Directiva 73/23/CEE del Consejo, de 19 de febrero de 1973, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión, la versión codificada ha sido aprobada por la Directiva 2006/95.

Y respecto a la Directiva 89/336/CEE, hoy la referencia debe entenderse realizada a la Directiva 2004/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de compatibilidad electromagnética, y que ha venido a derogar la 89/336. En la medida en que se ajusten a estos requisitos esenciales y a las demás disposiciones pertinentes de la Directiva, deberán los Estados miembros permitir la puesta en servicio de todos los equipos radioeléctricos y sólo podrán restringirla *“por motivos relacionados con el uso efectivo y apropiado del espectro de radiofrecuencias, la prevención de interferencias que resulten perjudiciales o por motivos relacionados con la salud pública”* (Art. 7). A estos efectos, los Arts. 10 y concordantes de la Directiva desarrollan el procedimiento denominado de *“evaluación de conformidad”*.

iii) Nacional

De la Ley 37/1995 de Telecomunicaciones por satélite, aun habiendo sido formalmente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998, tendría cierto interés el apartado 3 del Art. 1 con ciertas definiciones que mantendrían su vigencia. Su texto: *“A los efectos de esta Ley, se entiende por: a) Red de satélite: la infraestructura compuesta por dos o más estaciones terrenas que funcionen conjuntamente a través de un satélite y que permita la radiocomunicación de dichas estaciones con el segmento espacial (enlace ascendente) y la de éste con aquéllas (enlace descendente); b) Estación terrena: la estación, situada en la superficie de la Tierra o en la parte principal de la atmósfera, destinada a establecer comunicación con una o varias estaciones espaciales; o con una o varias estaciones de la misma naturaleza mediante el empleo de uno o varios satélites reflectores u otros objetos situados en el espacio; c) Segmento espacial: los satélites y las instalaciones y sistemas en tierra que efectúan las funciones de teledirigida, teledirigida y seguimiento, y el apoyo logístico para los satélites; d) Enlace ascendente: el enlace radioeléctrico efectuado desde una estación terrena transmisora hasta el receptor de un satélite; e) Enlace descendente: el enlace radioeléctrico efectuado desde el transmisor de un satélite hasta una estación terrena receptora”*.

A pesar de la derogación de la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite, podría destacarse el Título III del Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite, aprobado por Real Decreto 136/1997 y que no ha sido formalmente derogado, que, bajo la rúbrica *“Del segmento espacial”*, incluye cuatro artículos, los números 20 a 23. El Art. 20 dedicado al *“Concepto de segmento espacial”* contiene una definición del mismo que reitera la de la propia Ley 37/1995.

El Art. 21, que se ocupa de la *“Normativa aplicable al segmento espacial”*, se remite a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones del año 87, ya derogada. El Art. 22 trata *“De las modalidades de gestión del segmento espacial”* en términos más escuetos que los que se expondrán más abajo, al hilo del Reglamento de Uso del dominio público radioeléctrico.

Por último, el Art. 23 que se refiere a las *“Organizaciones de satélites”* dispone, en primer término, que *“la explotación del segmento espacial, a través de organizaciones de satélites de las que sea parte el Estado español, se efectuará a través de las empresas o entidades que el Gobierno designe como signatario, en los Acuerdos Internacionales operativos o de explotación de los sistemas de satélite respectivos”* y, en segundo lugar, que *“el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá autorizar igualmente a otras entidades distintas de las anteriores, el acceso directo u otras modalidades de explotación del segmento espacial, cuando así lo prevean las resoluciones y directrices de las organizaciones de satélites de las que sea parte el Estado español”*.

En lo que concierne a las reglamentaciones técnicas aplicables, Vg., a las estaciones terrenas de enlace ascendente, un primer bloque normativo a tener en cuenta sería el conformado por los Arts. 39 a 42 de la Ley General de Telecomunicaciones que integran su Título IV: *“Evaluación de la conformidad de los equipos y aparatos”*. El Art. 39 se remite a un ulterior desarrollo reglamentario para determinar las formas de elaborar las especificaciones técnicas aplicables a los equipos y aparatos de telecomunicaciones, entre los que aquellas quedarían incluidas. Por su parte, el Art. 40 obliga a evaluar la conformidad de las mismas con los requisitos técnicos que les resulten aplicables.

Toda esta materia es además objeto de una profusa regulación en el plano reglamentario por medio de normas directamente entroncadas con las comunitarias: Directivas 1999/5, 73/23 (hoy 2006/95) y 2004/108 citadas. Podrían destacarse el Real Decreto 1890/2000, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece el procedimiento para la evaluación de la conformidad de los aparatos de telecomunicaciones (BOE nº 289, 2-Dic-2000); el Real Decreto 7/1988, de 8 de enero, por el que se establecen las exigencias de seguridad del material eléctrico destinado a ser utilizado en determinados límites de tensión (BOE nº 12, 14-Ene-1988) y, por último, el Real Decreto 1580/2006, de 22 de diciembre, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos (BOE nº 15, 17-Ene-2007).

En el Art. 43 de la Ley General de Telecomunicaciones se reserva al Estado español la utilización del espectro asociada a la órbita de los satélites en el ámbito de la soberanía española y se prevé que su explotación pueda tener lugar, en la forma reglamentariamente determinada y con sujeción al Derecho Internacional, bien mediante gestión directa estatal o indirecta por particulares en virtud de concesión, bien mediante conciertos con organismos internacionales.

La gestión de la asignación de los recursos órbita/espectro se encomienda en el Art. 47 de la LGT a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, cuyo *status* es el de organismo autónomo con personalidad jurídico-pública diferenciada y plena capacidad de obrar adscrito a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Las previsiones del Art. 43 de la LGT, en alguna medida, se reiteraban en los Arts. 40 y 41 del derogado Reglamento relativo al uso del dominio público radioeléctrico aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000. El primero de los preceptos preveía que correspondía a la Administración de las Telecomunicaciones el desarrollo de los procedimientos previstos en la normativa internacional para la obtención de recursos de la órbita geoestacionaria y de otras órbitas. Dichos procedimientos podían iniciarse de oficio por la Administración o a petición de un tercero, y, en el primer caso, para su gestión directa por el Estado o indirecta por particulares mediante concesión (previa la convocatoria del oportuno concurso).

En el segundo caso, es decir, cuando el procedimiento se iniciase por petición de un tercero, debía éste demostrar que reunía los requisitos de solvencia técnica, financiera, profesional y económica mediante la presentación de documentos asociados a cada uno de estos aspectos y la constitución de la correspondiente garantía. Cumplido con lo anterior y obtenido el recurso, se otorgaba directamente al peticionario el correspondiente título habilitante mediante adjudicación directa.

Por su parte, el Art. 41 exigía, para el establecimiento o explotación de una red satelital o para la prestación de servicios a través de la misma, que la entidad titular hubiera realizado la coordinación técnica con el Estado español, en términos como los que se dejaron expuestos al estudiar el entorno normativo internacional y, asimismo, que existiese reciprocidad, o lo que es igual, que se reconociera a las personas físicas y jurídicas españolas ese mismo derecho al establecimiento y explotación de redes y a la prestación de servicios en el país del que fuera nacional la persona que pretendiera obtener el título habilitante en España.

En el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley 32/2003, de 3-11-2003, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por

Real Decreto 863/2008, de 23 de mayo, se encuentra una regulación de la materia más detallada que en la versión derogada.

Dentro del Capítulo III (*“Uso privativo del dominio público radioeléctrico para fines especiales”*), cabe destacar el contenido de las tres secciones siguientes:

- **Sección 1.ª (“De los recursos órbita-espectro”).** Se definen los recursos órbita-espectro, a los efectos del reglamento, *“como aquellos necesarios para soportar una infraestructura satelital de radiocomunicaciones constituida por cada una de las posiciones de la órbita geoestacionaria o bien un conjunto de órbitas no geoestacionarias susceptibles de albergar un sistema de satélites, las zonas de servicio y las frecuencias espaciales precoordiadas”* (Art. 30.1). No se incluyen dentro de este concepto *“las frecuencias de la red terrenal subordinada a la infraestructura satelital de radiocomunicaciones”*, siendo ésta la razón de que el derecho de uso de estas últimas deban ser objeto de un título habilitante independiente conforme a la normativa general de telecomunicaciones (Art. 31.3).

Se reitera la declaración del Art. 43 de la LGT de que *“la utilización de los derechos del Reino de España sobre los recursos órbita-espectro estará sometida al derecho internacional y, en particular, a lo dispuesto en los Tratados de la Constitución, Convenio y Reglamento de Radiocomunicaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)”*. Se especifica que las relaciones del Reino de España con la UIT para tramitar las reservas de recursos órbita-espectro a favor del Reino de España están excluidas de la regulación del propio Reglamento y que el objeto de este último se ciñe a las relaciones entre la Administración española y los interesados en la obtención a su favor de los derechos de uso sobre dichos recursos (Art. 30.2). No obstante, se matiza que *“no se podrá otorgar título habilitante para el uso privativo de los recursos órbita-espectro sin que previamente la organización UIT haya reconocido la reserva del recurso órbita-espectro a favor del Reino de España”* (Art. 31.2).

Se otorga la consideración de derecho de uso privativo de dominio público radioeléctrico, conforme a la LGT, al derecho de uso de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española (Art. 30.3).

El derecho al uso privativo de los recursos órbita-espectro puede obtenerse bien por afectación bien por concesión demanial. En cuanto a lo primero, *“supone el otorgamiento de derechos de uso de recursos órbita-espectro a favor de Administraciones Públicas destinados total o principalmente a la prestación por éstas de los servicios que tengan encomendados”* y *“los recursos órbita-espectro afectados podrán ser utilizados por ésta mediante gestión directa o indirecta, de conformidad con lo establecido en su normativa específica”* (Art. 32).

Respecto a la concesión, es el Art. 33 el que regula el procedimiento de otorgamiento de los derechos de uso de recursos órbita-espectro por la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones: **(i)** a los interesados se les exige una información detallada, técnica y financiera, sobre el proyecto de sistema o red satelital y que se hagan cargo directamente y a su costa de cualquier obligación económica que genere la UIT en relación con el procedimiento de reserva del recurso órbita-espectro; **(ii)** el plazo de que dispone la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones para resolver las solicitudes de otorgamiento de títulos habilitantes para el uso privativo de recursos órbita-espectro

será de seis semanas a contar desde que la UIT haya reconocido la reserva del recurso órbita-espectro a favor del Reino de España; **(iii)** la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones podrá denegar mediante resolución motivada las solicitudes, además de por otras causas, por la falta de solvencia económica o técnica del solicitante o falta de viabilidad del proyecto o por razones de interés público, de fomento de competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de desarrollo del sector de las telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, debidamente acreditadas; **(iv)** los títulos habilitantes para el uso privativo del recurso órbita-espectro se otorgarán por un período de tiempo de veinte años.

Se imponen, además, ciertas obligaciones específicas a los titulares de los derechos de uso de recursos órbita-espectro (Art. 34), a saber: **(a)** cuando por medio de los recursos órbita-espectro se presten servicios de difusión, la de notificar a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones y a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones el servicio o servicios concretos que se prestan y el título habilitante de difusión al amparo del cual se proveen los servicios y **(b)** la de impedir el uso del recurso órbita-espectro a los usuarios que carezcan o les haya sido revocado el título para la prestación de servicios de difusión o de comunicaciones electrónicas, según proceda, o que carezcan o les haya sido revocado el título habilitante de derechos de uso de dominio público radioeléctrico para su explotación en redes de comunicaciones electrónicas que utilicen los recursos órbita-espectro a que se refiere la Sección 2.^a.

- **Sección 2^a (“Uso del dominio público radioeléctrico para su explotación mediante la utilización de recursos órbita-espectro”)**. Los solicitantes de otorgamiento de derechos de uso privativo de dominio público radioeléctrico para su explotación en redes de comunicaciones electrónicas que utilicen satélites deberán acreditar fehacientemente que disponen o están en condiciones de disponer de la capacidad de segmento espacial correspondiente proporcionada por el titular de la infraestructura satelital. Por otra parte, el otorgamiento del título habilitante del uso del dominio público radioeléctrico para el acceso a estaciones terrenas de enlace con una estación espacial, cuya titularidad corresponda a una Administración extranjera, o la prestación de servicios basados en la misma requerirá, sin perjuicio de los acuerdos internacionales celebrados por el Estado español, el cumplimiento de las siguientes condiciones: **(a)** la estación espacial deberá estar inscrita en el Registro Internacional de frecuencias de la UIT; **(b)** deberá existir un acuerdo de reciprocidad expreso que reconozca a las personas físicas o jurídicas españolas el derecho a prestar servicios similares en el país del que sea nacional la persona física o jurídica solicitante del título habilitante (Art. 36).
- **Sección 3^a (“Uso del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión”)**. Al derecho de uso del dominio público radioeléctrico destinado a la prestación de servicios de televisión a través de redes de satélites le será de aplicación lo dispuesto en las secciones 1^a y 2^a, previéndose el otorgamiento de concesión demanial aneja a quien dispusiera del correspondiente título habilitante para la prestación de dichos servicios de difusión (Art. 37).

d) El mercado de la capacidad satelital en el caso de la integración de Telia y Telenor en Newco (caso Telia/Telenor)

En lo que se refiere a la identificación de las partes de la operación y a la descripción de ésta, valdrá con hacer la correspondiente remisión a lo que dijimos al tratar de los otros tres mercados, relacionados con la TV, que la DG IV estudió en este asunto, a saber: venta mayorista de derechos sobre contenidos, adquisición y distribución de señal de TV y servicios técnicos. En los párrafos que siguen centraremos nuestras consideraciones en el análisis del mercado y en la evaluación del juego de la competencia en el mismo.

Telenor era el mayor proveedor de capacidad satelital en la región nórdica y sus satélites, *Thor* e *Intelsat*, contaban con un total de 48 transpondedores, de los que todos, menos los 14 correspondientes a *Intelsat*, eran BSS, es decir, técnicamente aptos para la transmisión de señales de TV DTH. Además, entre sus previsiones a corto plazo se encontraba la de lanzar un tercer satélite.

Telia, por sí misma, no disponía de capacidad de satélite aunque, desde 1997, venía siendo uno de los principales clientes de *NSAB*, único competidor de *Telenor* con una huella nórdica específica, en virtud de contratos de alquiler con un plazo de vigencia que coincidía con el de vida del satélite. Aparte, *Telia* tenía en marcha un proyecto de desarrollo de toda una división de TV *direct to home* (DTH), que habría de entrar en competencia con la de *Telenor*. Este dato, junto con el de haber realizado una fuerte inversión estratégica en instalaciones de enlace ascendente ubicadas en Estocolmo, permitía inferir que *Telia* se hallaba en disposición de empezar en cualquier momento a distribuir señales de TV vía satélite DTH, es decir, directamente a clientes individuales.

A diferencia de la tecnología analógica, donde era necesario un transpondedor para difundir una sola cadena, la digital permitía la transmisión de hasta ocho canales a través de uno solo. Derivaría de aquí un aumento de la capacidad satelital libre o disponible, tanto de *Telenor* como de *NSAB*, competidora de la anterior y, por más señas, arrendadora de capacidad satelital a *Telia*. Al que precede cabría añadir el dato de que *Newco* pasaría a controlar entre el 60 y el 80 % de los transpondedores BSS con una huella nórdica específica y el de que la nueva compañía, por su altísimo grado de integración vertical, quedaría en situación de ofrecer al organismo de radiodifusión un abanico de servicios que abarcaría desde los comprendidos en el tramo ascendente de la capacidad satelital hasta los incluidos en el segmento minorista de la distribución a los hogares ya fuera por cable o vía satélite.

Siendo éste el estado de cosas, resultaba poco probable que *Telia* conservara algún interés en mantener la contratación de los servicios de capacidad satelital provenientes de *NSAB*, lo que se tradujo en el dato de que *Telenor*, apenas anunciada la operación, decidiera dar por concluida la cooperación con la misma *NSAB* en materia de desarrollo de la antena analógica *Nordenparabolen*, apta para la simultánea recepción de las señales emitidas por los satélites de ambas compañías. La posición de *Newco* como portero en el segmento de la distribución minorista de señal de TV le permitiría exigir la contratación añadida de sus servicios relacionados con la capacidad satelital.

NetCom/MTG, compañía activa en el tramo de la distribución minorista de señal de TV y necesitada, con el fin de desarrollar este objeto, de adquirir contenidos *Premium* de los

grandes estudios americanos y de los titulares de derechos sobre grandes acontecimientos deportivos quedaría, por esta razón, colocada en una posición de vulnerabilidad. Dada su condición de competidor de *Newco*, era posible que *Netcom/MTG* mostrara un interés inicial en adquirir capacidad satelital de *NSAB*. Sin embargo, ese interés se iría, con toda seguridad, mitigando a medida que los distintos organismos de radiodifusión fueran contratando los servicios de *Newco*. *NSAB*, con menos clientes, se vería obligada a subir las tarifas mientras que *Newco*, con más, podría permitirse el bajarlas. En conclusión, la operación llevaría el efecto aparejado de restringir de forma importante la competencia efectiva en el mercado de la capacidad de satélite.

e) Barreras a la entrada en el mercado de la capacidad satelital

Si por algo puede caracterizarse el mercado de la capacidad satelital es por la existencia de fortísimas barreras de entrada, de todas las clases, además. Desde luego las hay económicas por las importantísimas inversiones necesarias para la creación y mantenimiento de una red satelital, Vg., para la construcción y puesta en órbita de los satélites y el establecimiento de estaciones de enlace ascendente; lo que lleva, en los más de los casos, a exigir esfuerzos de varios estados que suelen canalizarse a través de organismos con vocación supranacional. En ocasiones, las barreras de entrada de naturaleza económica pueden traducirse en los costes implícitos en la reorientación de las parabólicas para recibir la señal de un satélite diferente al que se venía utilizando.

Las hay también tecnológicas por la complejidad de los conocimientos técnicos precisos para operar en este mercado. Y, por último, las hay normativas por la necesidad de disponer de los recursos órbita/espectro, de carácter limitado, mediante su asignación, primero, en el seno de la *UIT* y, después, mediando el otorgamiento del correspondiente título habilitante, a escala nacional por el Estado de que se trate.

f) Recapitulación y conclusiones finales sobre el mercado de la capacidad satelital

Bajo este epígrafe daremos tratamiento a las siguientes cuestiones: la *doctrina de las instalaciones esenciales*, el *mercado de la capacidad satelital como mercado de comunicaciones electrónicas*, *entorno normativo* y *barreras de entrada*:

- ❖ **La doctrina de las instalaciones esenciales.** A la hora de explicar el poder de mercado dentro del mercado de la capacidad satelital, tal vez el planteamiento más útil sea el de acudir a toda la doctrina de las instalaciones esenciales, tan importante en el terreno en el que nos movemos. Así lo hizo, por ejemplo, la Comisión en el caso *Telia/Telenor* en el que, más que atender a factores como el valor o volumen de los ingresos, quiso dicha institución centrarse en el control de instalaciones esenciales como eran los transpondedores de los satélites (ver más abajo).

Así, en efecto, dentro del mercado de la capacidad satelital, como en todos los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, adquiere una especial significación el control de instalaciones esenciales y no fácilmente reproducibles. Sobre instalaciones esenciales puede consultarse Chillón Medina (*“Curso Virtual sobre Derecho de las*

Telecomunicaciones”; 2004; Módulo 2; Págs. 174 y ss.) y, en cuanto a la contribución de dichas instalaciones a la creación o refuerzo de posiciones dominantes, Pellisé Capell (“*La explotación abusiva...*”; Op. Cit. Págs. 256 y ss.).

Como límite frente al principio de libertad de empresa, la doctrina de las instalaciones esenciales o *essential facilities* comenzó a cuajar entre la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. En punto a la aplicación de esta doctrina a redes de telecomunicaciones, la sentencia MCI (*MCI Communications/AT&T*, 708 F. 2d 1081 -7th Cir. 1983-, 464 US 891 -1983) sentó una serie de condiciones, a saber: (i) la existencia de un control efectivo sobre la instalación esencial por parte de una empresa monopolista por título de propiedad o por cualquier otro bastante; (ii) imposibilidad práctica de duplicación de la estructura por parte de los competidores bajo términos razonables (también en *Fishman v. Est. of Wirtz*, 897 F.2d 520 - 7th Cir. 1986); (iii) carácter esencial de la instalación en el sentido de indispensable para que los competidores puedan actuar en el mercado de referencia; (iv) posibilidad de que el acceso de los competidores a la instalación esencial pueda hacerse efectivo; (v) negativa de la empresa obligada a dar el acceso al competidor a la instalación esencial y a permitir su uso en unas condiciones razonables (también en *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.* 609 F2d 843 -6th Cir. 1979).

En EE.UU. la mayor parte de sentencias en esta materia se han dictado en aplicación de la sección 2 de la Sherman Act y las mismas no sólo han ido referidas al ámbito de las telecomunicaciones como en el caso citado de *MCI Communications v. AT&T* (708 F. 2d 1081; 7th Cir. 1983), donde instalación esencial era una red local de telecomunicaciones, sino también a otros ámbitos diferentes (V. Sentencia *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* - 224 US 383; 1912 - sobre ferrocarriles donde se consideraron instalaciones esenciales los puentes ferroviarios de San Luis; Sentencia *Otter Tail Power Co. V. United Status* - 410 US 366 (1973) - sobre la negativa a la interconexión efectuada por la empresa eléctrica con aquellas otras líneas de empresas titulares de concesiones municipales que querían distribuir energía eléctrica directamente a los consumidores finales donde la instalación local era la red eléctrica local). De esta última, destaca el Profesor Chillón Medina el hecho de que en ella se considerase que la aplicación de la Ley antimonopolio debía ser general, incluso para aquellas empresas que ostentasen el carácter de una *public utility*.

Contra lo que pudiera a primera vista parecer, partiendo de la propia denominación de “instalación esencial”, no sólo tendrán este carácter recursos consistentes en infraestructuras, como en los casos que se acaban de citar, o algún otro proporcionado por las autoridades europeas: Vg., instalaciones portuarias y aeroportuarias (Decisiones de 11 de junio de 1992, *B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd & Sealink Stena Ltd*, Boletín CE nº 6-1992 punto 1.3.30; de 21 de diciembre de 1993, *Sea Containers/Stena Sealink*, DOCE L 15/8 de 19 de enero de 1994; de 21 de diciembre de 1993, *Puerto de Rodby*, DOCE L 55/52, de 26 de febrero de 1994; de 26 de febrero de 1992, *British Midland c. Aer Lingus*, DOCE L 96/34 de 10 de abril; de 14 de enero de 1998, *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, DOCE L 72/30 de 11 de marzo). También podrán revestir ese carácter de instalaciones – más bien “recursos” – esenciales, aún cuando no se califiquen expresamente así, por ejemplo, las materias primas industriales (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, as. ac. 6-7/73, *Commercial Solvens*, Rec. 223), los sistemas de distribución (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, as. 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v. Commission*,

Rec. 207), los derechos de propiedad intelectual o industrial (asunto *Magill* sobre el que hemos abundado en otras partes de la tesis).

Cuando hablamos del carácter esencial de la instalación o recurso, ello connotará que no basta que el control ejercido sobre el mismo confiera a quien lo ejerce una ventaja competitiva, sino que será necesario un *plus*. En *Ladbroke* (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 1997, as. Tt04/ 93, Tiercé Ladbroke S.A. c. Comisión, Rep. II-923, p. 131.), el Tribunal de Primera Instancia cifró ese *plus* en el hecho de tratarse de un recurso necesario “..., en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial, o es un producto nuevo cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda específica, constante y regular, por parte de los consumidores”.

Inicialmente, conforme a la doctrina emanada de la *Sherman Act*, lo que se trataba era de preservar la estructura competitiva del mercado controlando los actos que podían llevar a la creación o refuerzo de una posición dominante, más que los comportamientos posteriores realizados desde esa posición dominante (*Standard Oil of New Jersey v. U.S.*, 221, 1, 75 -1911; *Colgate & Co. v. U.S.*, 250 U.S. 300 -1919; *Aluminium Co. Fo America v. U.S.*, 148 F. 2d 416 -2d cir. 1945; y *United Shoe Machinery v. U.S.*, 110 F., 295, 342 - D. mass. 1953). Sin embargo, posteriormente se va imponiendo la idea de que también se dará la monopolización proscrita por dicha norma (Sección 2) cuando una empresa que controla instalaciones esenciales para el suministro de bienes o servicios en otro mercado, niega el acceso a esas instalaciones sin una justificación objetiva.

En Europa, la Comisión ha hecho suya la doctrina norteamericana sobre instalaciones esenciales, si bien con alguna modulación. Así, dicha institución no entiende que dicha doctrina suponga un límite a la libertad de empresa. Antes bien, constituye una efectiva garantía de esa libertad al remover los obstáculos existentes al libre desenvolvimiento de la competencia. En este sentido, se entiende que el operador titular de instalaciones esenciales se encuentra en posición dominante y que la negativa a permitir el acceso de los competidores a las mismas constituye un abuso de esa posición dominante en forma de negativa al suministro proscrito por el Art. 86. En *Sea Containers Stena Sealink* [Decisión 94/19/CE de la Comisión - *Sea Containers/Stena Sealink* (DO L 15 de 18.1.1994, p. 8)] se trataba de que una empresa de transporte portuario, que disponía en exclusiva de determinadas instalaciones imprescindibles para el mismo, abusaba por el hecho de sólo permitir el uso de las mismas por otras empresas de transporte portuario en condiciones abusivas, como por ejemplo el hacerlo sólo en horarios no comerciales [ver también Decisión 94/119/CE de la Comisión, relativa a la negativa de acceso a las instalaciones del puerto de *Rødby* (DO L 55 de 26.2.1994, p. 52)].

Afirmó la Comisión en la Decisión 94/19/CE citada: “Una empresa que ocupa una posición dominante no puede efectuar discriminaciones en favor de sus propias actividades en un mercado conexo. Se produce una infracción del artículo 86 – actual 102 – cuando el propietario de instalaciones básicas utiliza su poder de mercado para proteger o reforzar su posición en un mercado conexo, en particular, negando el acceso a un competidor o concediéndoselo en condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaban sus propios servicios e imponiendo, así, una desventaja a su competidor desde el punto de vista de la competencia”.

También aplicó la Comisión esta doctrina, aún sin decirlo de modo expreso, a los comportamientos de compañías aéreas dominantes que tachó de anticompetitivas porque

habían negado a nuevos operadores en el mercado el acceso a sus sistemas de reserva o a la conexión con sus líneas [Decisión 88/589/CEE - (*London European/Sabena*) (DO L 317 de 24.11.1988, p. 47) y Decisión 92/213/CEE - *British Midland/Aer Lingus* (DO L 96 de 10.4.1992, p. 34); más doctrina de la Comisión sobre instalaciones esenciales en Decisión 76/185/CECA - *National Carbonizing Company* (DO L 35 de 10.2.1976, p. 6); *B& I/Sealink* (1992) 5 CMLR p. 255; Boletín CE, n° 6 - 1992, punto 1.3.30; o 89/113/CEE: Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/30.979 y 31.394, *Decca Navigator System*), en Diario Oficial n° L 043 de 15/02/1989 p. 0027 – 0048, donde de lo que se trataba era de un abuso de posición dominante por no informar de los cambios de las señales electrónicas producidas por los equipos de navegación marítima de *Decca*].

Aunque sus previsiones hayan sido ampliamente superadas por las de todo el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, también se encontraban reminiscencias de esta doctrina de las instalaciones esenciales en la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios (DO C 265 de 22.8.1998, p. 2/28).

Los requisitos que, cumulativamente, debían concurrir eran: **(i)** el acceso a la instalación en cuestión debía ser, en términos generales, fundamental para que las empresas compitieran en dicho mercado afín (no bastaba con que, en caso de concederse el acceso, la posición de la empresa que lo solicitara fuese más ventajosa, sino que era preciso que su denegación implicase la imposibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas); **(ii)** se debía disponer de suficiente capacidad para facilitar el acceso; **(iii)** debía darse que el titular de la instalación no consiguiera satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloqueara la irrupción de un nuevo servicio o producto potencial, o impidiera la competencia en un mercado ya existente o potencial de servicios o productos; **(iv)** la empresa que solicitase el acceso debía estar dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y, por lo demás, aceptar mas condiciones de acceso no discriminatorias; **(v)** no debía existir justificación objetiva alguna para denegar el acceso (entre las razones pertinentes que se podrían alegar, en este contexto, se incluían una dificultad insuperable para facilitar el acceso a la empresa que lo solicitara o la necesidad que pudiera tener todo titular de la instalación que hubiera hecho inversiones destinadas a la introducción de un nuevo producto de servicio de disponer del tiempo y la oportunidad para utilizar dicha instalación con el fin de poder colocar ese nuevo producto o servicio en el mercado).

Así pues, “*en la doctrina de las “essential facilities” la posición de dominio se define sobre una situación de dependencia económica, por la que una o unas empresas necesitan de un medio o recurso básico que otra controla para poder desarrollar sus actividades. Lo que define la posición de dominio de la empresa en cuestión es el control que ésta ejerce sobre esos medios o recursos que otras necesitan*” (Pellisé; Op. cit.).

No obstante, y en palabras del Profesor Chillón: “*se aprecia en la jurisprudencia del TJCE una evolución posterior en el sentido de proceder con cautela a la hora de calificar como abusiva una conducta negativa del acceso o suministro a las instalaciones esenciales, confirmando así su carácter excepcional (sentencias **Oscar Bronner**, **Mediaprint**, **Landbroke** y **Magill**). En todas ellas aparece el pensamiento del Tribunal de*

que facilitar el acceso de una manera general a las instalaciones esenciales podría producir un efecto desincentivador de las inversiones y un daño, incluso a corto plazo, para la efectiva competencia”.

Esta cautela a la que se refiere el citado profesor es lo que llevó en Bronner [V. también Gippini Fournier: “«*Essential Facilities*» y la aplicación del Art. 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner” 205 GJ 77 (ener./febr. 2000)] a negar la existencia de instalación esencial en relación con el sistema de distribución de prensa a domicilio en Austria (Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 1998, as. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & c. KG y otros*, Rep. I-7791). Se trataba de que un Tribunal austríaco planteaba una cuestión prejudicial sobre si la negativa a distribuir un periódico competidor por parte de la única empresa editora de Austria que disponía de una red de suministro de prensa a domicilio era constitutiva de abuso de posición dominante. El TJCE entendió que, para imponer la obligación de distribución, debían concurrir tres requisitos, a saber: **(1)** la negativa debía implicar la eliminación de toda forma de competencia en el mercado; **(2)** la negativa debía carecer de toda justificación objetiva; **(3)** el acceso debía resultar esencial para el desarrollo de su actividad por el competidor solicitante.

Extractos de las razones en las que se basó la negativa del Tribunal a aplicar en este caso la doctrina de las instalaciones esenciales eran (*Vid* Considerandos 43 a 46): “*existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizadas por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos.*” [...] “[no hay] obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí sólo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio” [...] “no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o diarios que deben distribuirse.” [...] “sería preciso acreditar al menos, que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente”.

El TJCE si había reconocido, en cambio, mucho antes la doctrina de las instalaciones esenciales en su sentencia *Comercial Solvents* (1973), donde, tras examinar la negativa de un fabricante de determinados medicamentos y de la materia prima indispensable para su elaboración a facilitar dicha materia prima a otros fabricantes de los mismos medicamentos, concluyó que existía abuso de posición dominante dada la concurrencia de las siguientes circunstancias: **(1)** la negativa al suministro perjudicaba las condiciones de competencia dentro del mercado de fabricación de los medicamentos; **(2)** el suministro de materias primas no entrañaba ninguna dificultad para su fabricante; **(3)** no existían razones que objetivamente justificaran la negativa al suministro (Asunto 6/73 y 7/73, *Comercial Solvents*/Comisión, Rec. 1974, p. 223; y más doctrina del TJCE sobre instalaciones esenciales en: Asunto 311/84, *Télémarketing*, Rec. 1985, p. 3261; Asunto C-18/88 *RTT/GB-Inno*, Rec. 1991, p. I-5941; Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Teleorassi*, Rec. 1991, p. I-2925; Asuntos T-69, T-70 y T-76/89, *RTE, BBC y ITP*/Comisión, Rec. 1991, p. II-485, 535, 575; Asunto C-271/90, *España/Comisión*, Rec. 1992, p. I-5833; Asuntos C-241 y 242/91P, *RTE y ITP Ltd/Comisión (Magill)*, Rec. 1995, p. I-743).

Dentro del ordenamiento español, la doctrina de las “*essential facilities*” encuentra también algún predicamento entre las resoluciones del TDC. En este sentido el Art. 2.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia declara como supuesto específico de abuso “*La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios*”, lo que bien puede aplicarse a los supuestos de negativa del acceso a instalaciones o recursos esenciales. Como primer precedente más significado cita Pellisé el caso *Tabacalera* en 1997, donde *Tabacalera* negó a *McLane* el suministro o venta de sus labores de tabaco para la distribución mayorista, que ya realizaba ella misma al 100 % en la Península y Baleares (Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de mayo de 1997, MC 21/1997, *McLane España c. Tabacalera*).

En la medida en que el control de instalaciones esenciales podrá determinar la existencia de posición dominante en manos de quienes las controlan, ello permitirá aplicar toda la doctrina relativa a esta institución. En especial, si bien la posición de dicho control no se hará merecedora de ningún reproche, sí colocará a la empresa dominante en una especial situación en la cual tendrá que ser especialmente cuidadosa a la hora de elegir a sus socios comerciales y de disponer de su propiedad. Se trata de que dichas empresas no sólo habrán de preocuparse de no restringir con sus decisiones el juego de la competencia sino, y antes bien, de promoverla adoptando las opciones más procompetitivas. En este sentido, no se duda (Pellisé) de hablar de un régimen cuasiexpropiatorio que aconseja restringir la doctrina de las instalaciones esenciales a los casos de mayor gravedad. Lo contrario entraña el riesgo de desincentivar la realización de inversiones por parte de las empresas para el establecimiento y desarrollo de estas instalaciones esenciales.

Este debate cobra hoy una especial virtualidad en relación con el despliegue por los incumbentes nacionales (Vg. *Telefónica* en España) de redes de nueva generación que buscan el acercamiento de la fibra a los hogares y con el deber de dar acceso a las mismas a los competidores [sobre instalaciones esenciales puede también verse una exposición de conjunto en OECD: “*The essential facilities concept*”, OECD/GD, (96), 113, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf> {on line, 20 de febrero de 2003}].

❖ **El mercado de la capacidad satelital como mercado de comunicaciones electrónicas.**

Como sabemos, la sistemática del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas supone que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs), como la CMT española, deban analizar mercados a fin de determinar si en los mismos existe un Poder Significativo de Mercado (PSM) que justifique la imposición de obligaciones específicas con el fin de que el mismo no derive en prácticas restrictivas de la competencia ya colusorias ya abusivas. Se trata, en fin, de mantener estructuras de mercado competitivas.

Este es, ciertamente, un planteamiento innovador que supone que el Derecho Antitrust actúe en los mercados de las comunicaciones electrónicas en dos momentos diferenciados, a saber, uno primero, en el que de lo que se trata es, como se acaba de decir, de propiciar estructuras de mercado competitivas, y otro segundo, en el que, ante un eventual fallo de las medidas adoptadas *ex ante*, resulte necesaria una intervención *a posteriori* de las autoridades de la competencia al conocer de prácticas restrictivas concretas.

Pero este sistema de doble filtro es, ya decimos, relativamente novedoso y arranca de la Directiva Marco de 2001. Antes, el sistema respondía al modelo de abuso (*vid supra* la

parte general), de modo que, no existiendo ese control previo, lo único que se daba era la habitual intervención de las autoridades nacionales de la competencia al enfrentarse a prácticas restrictivas concretas.

A ese sistema anterior respondían las viejas Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02). La Sección Sexta llevaba la rúbrica de la *“Aplicación de los artículos 85 y 86 al sector de los satélites”*. La Comisión empezaba por remitirse a sus consideraciones contenidas en el *“Libro verde sobre un enfoque común en el sector de las telecomunicaciones por satélite en la Comunidad Europea”* [Documento de la Comisión, COM (90)490 de 20. 11. 1990] para pasar a declarar que los Arts. 85 (colusión) y 86 (abuso) resultaban de plena aplicación en el ámbito de los satélites.

Los acuerdos entre operadores históricos de telecomunicaciones activos en el segmento de la prestación de servicios de enlace ascendente y capacidad satelital quedaban, en efecto, sometidos al imperio del Art. 85 (actual 101 TFUE). Los incumbentes de telecomunicaciones europeos que prestaban servicios de capacidad satelital y de enlace ascendente eran competidores reales o potenciales los unos de los otros. A estos efectos resultaba indispensable tener en cuenta que el mercado geográfico de la capacidad satelital no era nacional, sino que venía determinado por el alcance o huella del satélite y que también resultaba posible que instalaciones de enlace ascendente situadas en diferentes estados se hicieran competencia entre sí, pues el cliente podría, en función de las condiciones ofrecidas por unas u otras, hacer llegar la señal a través de redes transnacionales hasta cualquiera de ellas para que luego fuera lanzada al satélite.

Por estas razones, la colusión que entre operadores de satélite pudiera darse podía dar lugar a cártel cuando se tratara por ejemplo de repartirse mercados, de fijar precios o de limitar la cantidad o calidad de los suministros de capacidad satelital. A pesar de que tales acuerdos podrían llegar a contribuir a la aparición de sistemas de satélites de dimensiones europeas y que ello pudiera considerarse como eficiencia al amparo del Art. 85.3, la Comisión consideraba (considerando 126 de esas Directrices) que, en la medida en que tales acuerdos limitarían la capacidad de competir de terceros operadores de satélites no debía concederse la exención.

Del mismo modo, cabría que pudieran llegar a darse abusos de posición dominante individual o colectiva del entonces Art. 86 en los mercados de la capacidad satelital y de los servicios de enlace ascendente. Lo anterior podía tener lugar, por ejemplo, si uno o varios operadores dominantes imponían a los terceros el coordinarse con ellos o si llegaba a darse un abuso por vinculación de los servicios de capacidad satelital con los de enlace ascendente, de modo que no pudieran ser adquiridos los unos sin los otros. En definitiva, la doctrina del abuso de posición dominante resultaba de aplicación sin ninguna clase de restricciones.

En el nuevo enfoque del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, como indicamos ya al verter conclusiones con relación al mercado de la adquisición y distribución de señal de TV, la formulación de las de índole general con relación a los mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas habría que hacerla desde el enfoque de la Directiva Marco y del resto de instrumentos (directivas específicas, recomendación y directrices) que conforman el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. Como ocurría también para ese mercado, aunque por

razones diferentes, el mercado de la capacidad satelital, como tal, no sería uno de los identificados conforme a ese mismo paquete regulador pese a tratarse, indudablemente, de un mercado de comunicaciones electrónicas. Sobre este particular puede recordarse que el Art. 2 de la Directiva Marco, al definir el concepto de “*red de comunicaciones electrónicas*” hace una especial referencia a la “*inclusión de las redes de satélites*”; lo que también conduce a que, conforme a ese mismo artículo, sean servicios asimismo de comunicaciones electrónicas los de transporte de la señal sobre esas redes.

Debe también observarse que, cuando en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia se habla de “capacidad satelital”, puede ocurrir que no se hagan distinguos y que, con esa expresión, pueda hacerse relación a un mercado de acceso a infraestructuras o mercado de redes (el operador de satélite se limita a poner sus transpondedores a disposición del operador de TV o de telecomunicaciones) o también a uno de servicios (el operador de satélite asume también las tareas de transporte de la señal sobre la red satelital).

El hecho de no ser el de la capacidad satelital uno de los mercados identificados conforme a la Directiva Marco y a sus instrumentos de desarrollo bien pudiera responder a su dimensión geográfica. En este sentido, ya destacamos que la sistemática de esa Directiva es la de la imposición de obligaciones a escala nacional por las ANRs con relación a mercados de ámbito no superior al nacional (Art. 15). Y, si bien el Ap. 4 del mismo Art. 15 prevé un procedimiento excepcional para la definición de mercados de dimensión geográfica transnacional – podría ser el caso del mercado identificado en las resoluciones de las autoridades de la competencia como de la “capacidad satelital” – lo cierto es que no hay noticias de que el mismo haya llegado a aplicarse en la práctica ni con relación a este mercado que nos ocupa ni con relación a ningún otro.

En el caso, además, del mercado de la capacidad satelital lo anterior se vería enormemente dificultado por el hecho de que las facultades para su regulación correspondan más a organismos internacionales que a la propia UE; siendo ésta la razón de que el Art. 7 de la Directiva 2002/77 se limite a exhortar a los Estados miembros para que pongan fin a las restricciones que deriven de los convenios internacionales en materia de satélites de los que sean parte y que resulten incompatibles con las normas del Tratado sobre competencia.

- ❖ **Entorno normativo.** Pasando ya a las principales conclusiones sobre el entorno normativo que envuelve al mercado de la capacidad satelital, hacer las siguientes reflexiones. La propia naturaleza del medio espacial lleva a que ese entorno normativo, en lo que al ámbito supranacional se refiere, sea más internacional que comunitario. En este sentido, al margen de la existencia de unos tratados internacionales específicos como los que se mencionaron, lo más destacable es que la asignación de órbitas para los satélites con las franjas de espectro asociadas a las mismas tiene lugar en el seno de la UIT y conforme a las normas de procedimiento incluidas en el Reglamento de Radiocomunicaciones de la propia UIT.

Dentro del ordenamiento jurídico comunitario, prácticamente, la previsión de una mayor importancia es la contenida en la Directiva 2002/77 que se refiere a la necesidad de que los tratados internacionales suscritos por los Estados miembros en materia de satélites no resulten incompatibles con las normas sobre competencia incluidas en el Tratado. Ahora bien, la inercia parece ser la que la UE vaya progresivamente asumiendo competencias

sobre esta materia a remolque de lo sucedido en materia de espectro radioeléctrico o, al menos, que lo vaya intentando por la vía de su coordinación con la Agencia Estatal Europea.

Sin salir del ordenamiento jurídico comunitario, otras previsiones de un menor alcance aplicables fundamentalmente a las estaciones terrenas de enlace ascendente (antenas de emisión) guardarían relación con toda una serie de normas, ya citadas, relativas al cumplimiento de reglamentaciones técnicas dirigidas a preservar la salud pública.

Inciendiando sobre el entorno normativo nacional, dentro de la LGT y de sus normas de desarrollo, se prevé que los recursos órbita/espectro puedan ser explotados directamente por el Estado o por particulares mediando concesión (directa o mediante concurso) o, en virtud de acuerdos con organismos internacionales, por las empresas o entidades que el Gobierno español designe como signatarios de los mismos. En todo caso, son constantes las referencias al respeto de la normativa internacional a que acabamos de referirnos. Por último, nos referimos también a una serie de leyes españolas que, en esencia, vendrían a amoldarse a las comunitarias citadas más arriba en materia de reglamentaciones técnicas.

- ❖ **El caso Telia/Telenor.** Al igual que ocurría con el mercado precedente de la adquisición y distribución de señal de TV, para la formulación de conclusiones convendrá que, ciñéndonos al caso *Telia/Telenor*, extraigamos la información de una mayor utilidad de todos y cada uno de los instrumentos a que nos hemos venido refiriendo tanto al tratar de los mercados genéricos, como de los integrados dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas.

Empezando por la definición del mercado de producto pertinente y a la delimitación del geográfico de referencia, como ya observamos, nada especial habría que concluir desde el momento en que los criterios habituales de la sustitución de la oferta y de la demanda arrojan resultados que coinciden con el criterio de la Comisión.

En cuanto a las tareas de análisis del mercado de la capacidad satelital, probablemente a la hora de fijar la cuota de mercado el mejor criterio fuera el del valor de los ingresos obtenidos por cada uno de los operadores de satélite dentro de la huella relevante (valor de las ventas) ante la dificultad de acudir al volumen de las ventas expresada, p.e., en unidades de información transmitidas. Ahora bien, el dato de que se trate de un mercado de comunicaciones electrónicas puede llegar a relativizar la importancia de los datos sobre cuotas de mercado haciendo aconsejable el recurso a otros factores.

El punto de partida es el de la medición de la cuota de mercado atendiendo al volumen o al valor de las ventas. Sin embargo, junto a estos criterios, se sitúan otros a los que también podrá acudir la Comisión, dependiendo del producto o servicio sobre la base del cual se defina el mercado relevante: p.e., la capacidad de producción, la producción total efectiva, las unidades de flota en el caso de la industria aeroespacial, las reservas existentes en el sector de la minería, etc. La importancia del criterio de elección estriba en que, en función de cuál sea el elegido, los resultados pueden diferir mucho (V. en jurisprudencia la sentencia del TJCE en *Hoffmann La Roche de 1979*, Op. Cit., y, entre los tratadistas, a Badem Fuller: “*Article 86 TCE EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position*” 4 ELRev. 423, 433 -1979).

A partir de lo anterior podría explicarse que la Comisión en el caso *Telia/Telenor*, a la hora de analizar el mercado de la capacidad satelital, más que expresar el poder de mercado de las partes recurriendo a la cuota que las mismas disfrutaban, lo hiciera atendiendo al número de transpondedores con los que contaban. Lo anterior vendría también respaldado por el dato de que, para dicha institución (por todos, Asunto C-62/86: *AKZO* contra Comisión), una elevada cuota de mercado sólo puede constituir un criterio de medición apropiado si se parte del supuesto de que los competidores no están en condiciones de ampliar su producción en un grado suficiente para cubrir el desplazamiento de la demanda resultante del incremento de precios de un rival (en nuestro caso iban a ser significativos los excesos de capacidad derivados del fenómeno de la digitalización).

El mercado de la capacidad satelital en *Telia/Telenor* era mercado de referencia en el sentido de mercado en que iba a estar activa *Newco* y en el que debía ser evaluada la posición de ésta. Tanto *Telenor* como *Telia* estaban presentes en el mercado del lado de la oferta; la primera, a través de los transpondedores de su propiedad y la segunda, por medio de los que le habían alquilado terceros y que podía subarrendar. A pesar de que en la resolución de la autoridad de la competencia no se facilitaban datos sobre cuotas de mercado, la Comisión llegó a reflejar el dato de que *Newco* llegaría a controlar entre el 60 y el 80 % de los transpondedores. Este dato, por sí solo, casi bastaría para concluir que la nueva entidad disfrutaría de una posición dominante dentro del mercado de la capacidad satelital y, sin embargo, aún cabría reafirmarlo a la vista de otros factores.

Cobrarían aquí sentido algunos elementos que mencionamos ya al hilar conclusiones sobre el mercado de la adquisición y distribución de señal de TV, con lo que valdría con remitirse a lo dicho allí. Sobre esta remisión, tal vez destacar: **(a)** que, en el caso del mercado de la capacidad satelital, el control de instalaciones esenciales iba referido, sobre todo, al control de los transpondedores de los satélites y, en menor medida, a las instalaciones de enlace ascendente; **(b)** *Newco* podría llegar a incurrir en importantes economías de alcance como consecuencia de la posibilidad de combinar sus actividades en DTH y cable, lo que la capacitaría para ofrecer a los organismos de radiodifusión un espectro de servicios que abarcaría desde los comprendidos en el tramo ascendente de la capacidad satelital hasta los incluidos en el segmento minorista de la distribución a los hogares ya fuera por cable o vía satélite; **(c)** la nueva entidad podría también llegar a incurrir en importantes economías de escala, pues, al garantizar la llegada de su señal a un cada vez mayor número de hogares, cabría que aplicara tarifas cada vez más competitivas en sus relaciones con los organismos de radiodifusión estimulándolos a dejar de contratar con su competidor en capacidad satelital *NSAB*.

Dentro del mercado de la capacidad satelital, los efectos anticompetitivos de mayor importancia eran los no coordinados derivados del hecho de que *Telia* y *Telenor* no fueran a hacerse competencia dentro del mercado de la capacidad satelital (recordemos que, aparte de disponer de transpondedores en virtud de contratos de alquiler de larga duración, *Telia* había realizado fuertes inversiones en estaciones de enlace ascendente y tenía en marcha la creación de una división para la prestación de servicios de distribución de TV por satélite directamente a los hogares).

Esos efectos anticompetitivos no coordinados llegarían a verse agravados: **(a)** por la fuerte posición de las partes – *Telenor*, sobre todo – dentro del mercado; **(b)** por el hecho de quedar *Newco* en condiciones de impedir la expansión de *NSAB* dentro del mercado de

la capacidad satelital (por su alto grado de integración vertical que contrastaba con el de la ausencia de cualquier grado de integración dentro de la misma *NSAB*); **(c)** por el dato de suponer la operación la eliminación de una fuente competitiva importante (la que manaba del dato de que *Telia* tuviera prevista su incorporación al mercado); **(d)** la existencia de limitaciones para que los organismos de radiodifusión pudieran acceder a un proveedor de capacidad satelital tan eficiente como *Newco* (vimos ya que el arrastre de clientes por parte de la nueva entidad llevaría a que su competidora *NSAB* se viera obligada a elevar las tarifas hasta el punto de no llegar a ser competitiva).

Los efectos anticompetitivos coordinados, al margen de los asociados a la unificación de *Telia* y *Telenor* en una entidad de nueva creación, carecerían de una especial trascendencia pues la fuerte posición de *Newco* dentro del mercado de referencia de la capacidad satelital llevaría a que la misma estuviera desprovista de cualquier interés por coordinarse con otros operadores de satélites.

La gravedad de todas las anteriores consecuencias junto con la ausencia de neutralizadores (ni competencia actual ni potencial, ni eficiencias, ni poder de compra; *Vid* lo que se dijo al tratar del mercado de la adquisición y distribución de señal de TV) llevarían a hacer perfectamente asumibles las conclusiones de la Comisión en cuanto a que la operación iba a entrañar la creación (o refuerzo) de una posición dominante dentro del mercado de referencia de la capacidad satelital.

La autoridad europea de la competencia, como sabemos, condicionó la autorización de la operación a una serie de condiciones de las que ninguna iba directamente referida al mercado de la capacidad satelital. Y decimos “directamente”, porque la relativa a la necesidad de que las partes se despojaran de sus actividades de distribución de TV por cable, al afectar al nivel de integración vertical de la nueva compañía, tendría también un efecto muy positivo sobre el desenvolvimiento de la competencia en el mercado de la capacidad satelital. Lo anterior, principalmente, por el hecho de que, en sus relaciones con los organismos de radiodifusión, *Newco* no podría ya presentarse como titular de las dos redes con llegada a hasta los hogares (podría hacerlo como titular de la satelital pero no como poseedora de la de cable).

- ❖ **Barreras de entrada.** Terminando las conclusiones sobre el mercado de la capacidad satelital con lo concerniente a barreras de entrada y al juego de la competencia (competencia potencial), a diferencia de otros mercados en los que las barreras de entrada normativas, tecnológicas y económicas tenderían a manifestarse con una desigual intensidad, en este de la capacidad satelital lo harían todas con la mayor virulencia imaginable. Así, la conclusión habría de ser la de que el juego de la competencia estaría limitado de una forma muy severa. Aunque los plazos de construcción de los satélites se han reducido hasta el punto de que pueden estar terminados en 18 meses ofreciendo una vida útil de unos 15 años, la inversión media en función del tamaño y del modelo ronda los 250 millones de euros (datos de *Hispatat* referidos a 2007).

3) EL MERCADO DE LA TRANSMISIÓN DE SEÑALES DE TELEVISIÓN Y RADIO.

a) Definición de mercados de producto pertinentes dentro del mercado más amplio de la transmisión de las señales de televisión y radio

i) Definición del mercado de la prestación de servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT

(1) Generalidades

De acuerdo con el marco regulador de las comunicaciones electrónicas, *“los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas”*, así como *“las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre ellos”* están excluidos del sector. Por el contrario, *“el transporte de las señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”* sí debe considerarse un servicio de comunicaciones electrónicas.

Cabe destacar que la señal audiovisual se puede transmitir y difundir mediante redes de telecomunicaciones, con lo que los servicios audiovisuales prestados al usuario que los demande están íntimamente ligados a las telecomunicaciones, en su sentido clásico, las cuales proporcionan los canales necesarios para la venta de estos servicios. La CMT ha caracterizado en diferentes ocasiones, en general en el marco de los Informes Anuales, los servicios audiovisuales. Así, por ejemplo, en el Informe Anual de 2002, se entendió por servicios audiovisuales *“todos aquellos que consisten en la puesta a disposición del público de contenidos audiovisuales mediante servicios de telecomunicaciones como canal de distribución (se excluye, por ejemplo, el cine exhibido en salas abiertas al público)”* (v. Resolución de la revisión de 2008 infra cit.)

Dado que los contornos de estos mercados de producto que empezamos a estudiar han sido identificados en términos no exactamente coincidentes en los diversos pronunciamientos de las autoridades nacionales de reglamentación y de la competencia, nos apartaremos, en alguna medida, de la sistemática seguida hasta aquí para diferenciar, a propósito de la delimitación del mercado de producto, según que nos encontremos ante uno u otro pronunciamiento.

A diferencia de los que han sido objeto de delimitación hasta aquí, definidos a partir de resoluciones de las autoridades de la competencia referidas a asuntos concretos, estos mercados de producto, más bien servicio, de que ahora tratamos fueron objeto de definición y análisis en el marco del proceso de elaboración de las resoluciones de la CMT formuladas sobre la base de la Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y de las Directrices de la Comisión

sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

En este sentido, las fuentes que pueden manejarse son las correspondientes al primer proceso de revisión de 2006: la Preconsulta pública sobre definición y análisis de mercado de servicios de transmisión de señales de televisión y radio (“la Preconsulta de la revisión de 2006”¹²), el Proyecto de medida relativo a la definición del mercado de transmisión de señales de televisión y radio, el análisis del mismo, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas (“el Proyecto de la revisión de 2006”¹³) y la Resolución por la que se aprobó la definición y análisis del mercado de la transmisión de señales de televisión, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión europea (“la Resolución de la revisión de 2006”¹⁴).

Conforme al considerando 19 de la Recomendación: *“La variedad de topologías y tecnologías de red que existe en la Comunidad supone que en algunos casos las autoridades nacionales de reglamentación tendrán que decidir dónde se sitúan exactamente las fronteras entre los mercados identificados en la Recomendación, o cuáles son los elementos que los componen, ajustándose siempre a los principios de la legislación sobre competencia. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán identificar mercados distintos de los de la Recomendación, siempre que actúen de conformidad con el artículo 7 de la Directiva marco”*. Sin embargo, distintamente a otros supuestos en los que la CMT podía actuar con una mayor discrecionalidad en la definición y análisis del mercado, en este caso el mercado de producto venía bien dibujado en la propia Recomendación de 2003 (Mercado 18: “Servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a los usuarios finales”).

Manteniéndonos fieles a la sistemática expuesta en otros pasajes de esta tesis, dentro de los 18 mercados enumerados por la CMT, inmersos de pleno en el ámbito de la transmisión y de las comunicaciones electrónicas, estudiaremos éste en cuanto que directamente referido a la actividad de radiodifusión televisiva.

Además, ha de dejarse advertido que este mercado se cae del listado de los identificados en la Recomendación de la Comisión, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y que ha venido a sustituir a su homónima de 2003.

Ello no obstante, mantiene su sentido el estudio del mismo teniendo en cuenta, además, que, como se dice en el apartado 17 de la Recomendación de 2007: *“En cuanto a los mercados del anexo de la Recomendación 2003/311/CE, de 11 de febrero de 2003, que no*

¹²http://www.cmt.es/es/actividades_en_curso/consulta_publica/anexos/RE-04-11-25-01_AM-2003-1681.pdf

¹³http://www.cmt.es/es/actividades_en_curso/consulta_publica/anexos/consulta_p_senales.pdf

¹⁴http://www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/mercados_comunicaciones_electronicas/anexos/RE-06-02-02-00.pdf

figuran en el anexo de la presente Recomendación, las autoridades nacionales de reglamentación deben tener la facultad de aplicar la prueba de los tres criterios para evaluar si, sobre la base de las circunstancias nacionales, un mercado puede ser objeto de regulación ex ante”.

Sobre la base de esta habilitación, en el segundo proceso de revisión de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en la sesión N° 18/09 celebrada el día 21 de mayo de 2009, adoptó el acuerdo por el que se aprobó en el expediente número MTZ 2009/195 la *“Resolución por la que se aprueba la definición y el análisis del mercado mayorista del servicio portador de difusión de la señal de televisión, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la comisión europea”* (“la Resolución de la revisión de 2008”¹⁵). Esta resolución fue precedida de un *“Proyecto de medida relativo a la definición y análisis del mercado mayorista del servicio portador de difusión de la señal de televisión”* (“el Proyecto de la revisión de 2008”¹⁶) y, además, del Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Informe de los Servicios de la CMT relativo a *“La definición y análisis del mercado mayorista del servicio portador de difusión de la señal de televisión”* de 10 de julio de 2009¹⁷.

Puede también añadirse que no resulta previsible un nuevo análisis de este mercado en el corto o medio plazo. Por otra parte, en el Anteproyecto de Ley de modificación de la LGT para la incorporación de las previsiones de la Directiva 2009/136/CE (modifica entre otras la Directiva Servicio Universal) y la Directiva 2009/140/CE (modifica entre otras la Directiva Marco y la Directiva Acceso), se pretendió eliminar del Art. 10 la referencia a que los análisis se harían, como mínimo, cada dos años para pasar tan sólo a establecer que los mismos serían periódicos.

Para la CNC (en su informe sobre el Anteproyecto aprobado en su reunión de 23 de febrero de 2011: IPN 52/11): *“En última instancia, el nuevo texto podría incluso permitir eludir la revisión de dicho análisis y, en consecuencia, la posibilidad de que la CNC se pronuncie con la periodicidad deseable sobre los mercados en cuestión”* (pág. 9). Por ello, la CNC proponía concretar dicho plazo en el sentido de la segunda de las Directivas citadas para establecerlo, por lo general, en tres años desde la anterior revisión, excepcionalmente ampliables por otros tres más. Y finalmente se atiende a estas observaciones de la CNC en la nueva redacción del Art. 10 de la LGT dada por el Real Decreto-ley 13/2012.

En lo que concierne a la definición del mercado, el Informe de la CNC acepta la definición incluida en el proyecto de la revisión de 2008, pero matiza (ver más abajo) que *“cabe completar el análisis del mercado de difusión de la señal audiovisual con un análisis en mayor profundidad de las actividades verticalmente relacionadas de multiplexación y transporte desde cabecera de red de la señal audiovisual, que a juicio de la CNC pueden eventualmente constituir barreras de entrada significativas”*.

¹⁵ http://www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/mercados_comunicaciones_electronicas/anexos/Resolucion_Mercado18_Rec2008_MTZ2009_195.pdf

¹⁶ http://www.cmt.es/es/documentacion_de_referencia/mercados_comunicaciones_electronicas/anexos/Proyecto_medida_Servicio_portador_TV_MTZ_2009_195.pdf

¹⁷ <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx?pag=5>

De otra parte, conviene recordar que de lo que se trata con estas resoluciones de las autoridades nacionales de reglamentación es de definir el mercado de producto pertinente y geográfico de referencia, pero sólo en la medida en que lo exija la ausencia de una competencia efectiva en el mismo asociada a una posición de dominio que haga necesaria la adopción de medidas – imposición de obligaciones específicas al operador con PSM – para salvaguardar el juego de la competencia.

Sobre la base de los anteriores presupuestos la CMT terminó definiendo “*el mercado de los servicios portadores de la difusión de señal de televisión por ondas terrestres*”. Los perfiles del mercado de producto habrían permanecido idénticos en la revisión de 2006 y en la de 2008.

La sistemática seguida por la CMT en la Preconsulta de la revisión de 2006 para llegar a esta conclusión se basó en los siguientes pasos:

1. La identificación de un conjunto de servicios que podrían quedar incluidos dentro del **conjunto de partida** definido en las fuentes europeas (Directiva Marco y Recomendación de 2003) en términos como los que acabamos de ver, es decir: servicios de transmisión de señales de TV y radio;
2. La definición de las **características de cada uno de los servicios integrados dentro del conjunto de partida** referidas a aspectos como los siguientes:
 - a. **Características de uso.** En cuanto a la característica basada en el uso que los clientes dan al producto, los servicios de referencia eran utilizados por los difusores para suministrar a los usuarios finales emisiones de radiodifusión sonora y/o televisiva, comprendiendo tanto la difusión gratuita como la de abono y pago, así como también la entrega o transmisión de servicios interactivos.
 - b. **Características de la demanda.** Sobre las características de los demandantes, tanto efectivos como potenciales, el servicio de referencia era utilizado por los operadores habilitados para prestar el servicio de radio y/o televisión. Los operadores demandantes de los servicios objeto del informe se podían clasificar en función del tipo de emisión, en radiodifusión sonora o televisión.
 - c. **Características tecnológicas.** Este aspecto se reserva para su exposición más abajo al hilo de la diferenciación entre el mercado de los servicios portadores de difusión y otros afines.
 - d. **Características de los factores empleados para la prestación de los servicios.** Este aspecto se reserva también para su exposición más abajo al hilo de la diferenciación entre el mercado de los servicios portadores de difusión y otros afines.
 - e. **Características basadas en las diferencias de calidad de los servicios.** En cuanto a la característica basada en la calidad del servicio prestado, el parámetro esencial se relacionaba con el tiempo de disponibilidad del servicio de difusión entendido como la permanencia de la señal con la calidad y niveles adecuados para permitir su recepción y demodulación correcta por los receptores en la zona de cobertura.

A su vez, este parámetro esencial estaba en función de otros ligados a las posibles incidencias que pudieran surgir en la prestación del servicio y que podían ir desde la degradación de la señal hasta el corte de la misma, lo que suponía la total indisponibilidad del servicio.

En concreto, eran estos últimos parámetros: duración máxima del corte de emisión que no podía superar los límites legales permitidos; penalizaciones por incumplimiento del objetivo de indisponibilidad permitida; tiempo de atención ante incidencia (entre la detección o notificación de la incidencia y el inicio de las acciones correctivas conducentes a su resolución) y tiempo de resolución de incidencias (definido como el tiempo transcurrido entre el comienzo de las actuaciones para resolver la incidencia y la reposición de la emisión).

Para la CMT, aun suponiendo que los prestadores del servicio portador de difusión de señal de TV y los operadores de TV que demandaban esos servicios pudieran pactar determinados niveles de calidad en la prestación de los mismos, ello no determinaría que el producto dejara de ser el mismo ni, por ende, el abandono del mismo mercado de producto.

- f. ***Características de consumo, temporales y espaciales en la prestación del servicio.*** En cuanto a las características de consumo, el servicio de transmisión de señal de TV era de consumo permanente ya que se exigía el flujo continuo con destino a los usuarios finales.

Por lo que se refiere a las características espaciales de prestación del servicio, la localización del consumo podía verificarse en áreas nacionales, autonómicas, provinciales y locales, dependiendo del ámbito geográfico del título habilitante del operador de radio y TV y de que, en ese concreto ámbito geográfico, existiera un efectivo despliegue de la red vinculada a ese título habilitante. Como se verá, tan sólo el servicio portador de difusión de señal de *Abertis*, a través de *Retevisión*, con un nivel de cobertura nacional del 95 % era apto para prestarse a escala estatal, autonómica o local, mientras que el de otros operadores tan sólo lo era para darse a escala autonómica o local. Sin embargo, esta diferencia de las características espaciales de prestación del servicio no determinaría que nos halláramos ante diferentes mercados de producto; se trataría del mismo, sólo que en diversos ámbitos geográficos.

Por último, en cuanto a las características temporales de la prestación del servicio, era éste permanente y se prolongaba durante todo el tiempo de vigencia del contrato: desde que se contrataba hasta que se interrumpía de forma definitiva o temporal.

- g. ***Características de las políticas comerciales.*** En cuanto a las características de las políticas comerciales, éstas se basaban en ofertas personalizadas adaptadas a las circunstancias del demandante del servicio portador de difusión.
- h. ***Características de precio.*** Sobre esta característica del precio, éste era resultado de la negociación individual y consistía normalmente en una cuota anual pagadera por meses aplicable durante toda la vigencia del contrato y actualizable por años mediante la aplicación del IPC.

- i. **Características de los canales de distribución.** En cuanto a la característica de los canales de distribución, estos se vertebraban sobre la base de negociaciones individuales entre difusores y prestadores del servicio portador de difusión.
3. El **análisis de la sustituibilidad entre esos diferentes servicios integrados dentro del conjunto de partida atendiendo sólo a aquellas características cuya mayor relevancia** pudiera permitir afirmar que se trataba de mercados distintos.
4. La **definición del mercado relevante.**

Partiendo del material que ofrece la Preconsulta de la revisión de 2006 y simplificando, se infiere la sustantividad propia del mercado antes mencionado de los servicios portadores de difusión de señales de TV por ondas hertzianas frente a otros mercados pertenecientes al conjunto de partida.

En el mismo sentido podía leerse en la Comunicación de la Comisión sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE, COM (2006) 28 final de 7.2.2006: *“El mercado al por mayor de servicios de transmisión de emisiones difundidas es el mercado en el que las ANR se han desviado más de la Recomendación. La falta de sustituibilidad entre las distintas plataformas (cable, por satélite o terrenal) en el nivel mayorista ha inducido a las ANR a subdividir el mercado en función de la plataforma. Aunque las circunstancias del mercado parecen diferir mucho de un país a otro en la UE, en la mayor parte de los Estados miembros los principales puntos de estrangulamiento para la competencia parecen surgir en los sistemas nacionales de transmisión terrenal digital o analógica. En consecuencia, hasta el momento sólo ha sido objeto de análisis y de medidas relativas al PSM el mercado de la transmisión terrenal.”*. De estos aspectos, que se confirman en todos los instrumentos posteriores, pasamos a ocuparnos.

(2) Diferenciación de otros mercados

(a) Del mercado de la transmisión de señales de televisión y radio

La diferencia esencial entre ambos mercados sería de amplitud. En este sentido, el mercado de los servicios portadores de difusión de señales de TV por ondas hertzianas quedaría comprendido dentro del más amplio de la transmisión de señales de TV y radio, el cual, acabamos de ver, se asimilaría al conjunto de partida tomado por la CMT en la Preconsulta de la revisión de 2006.

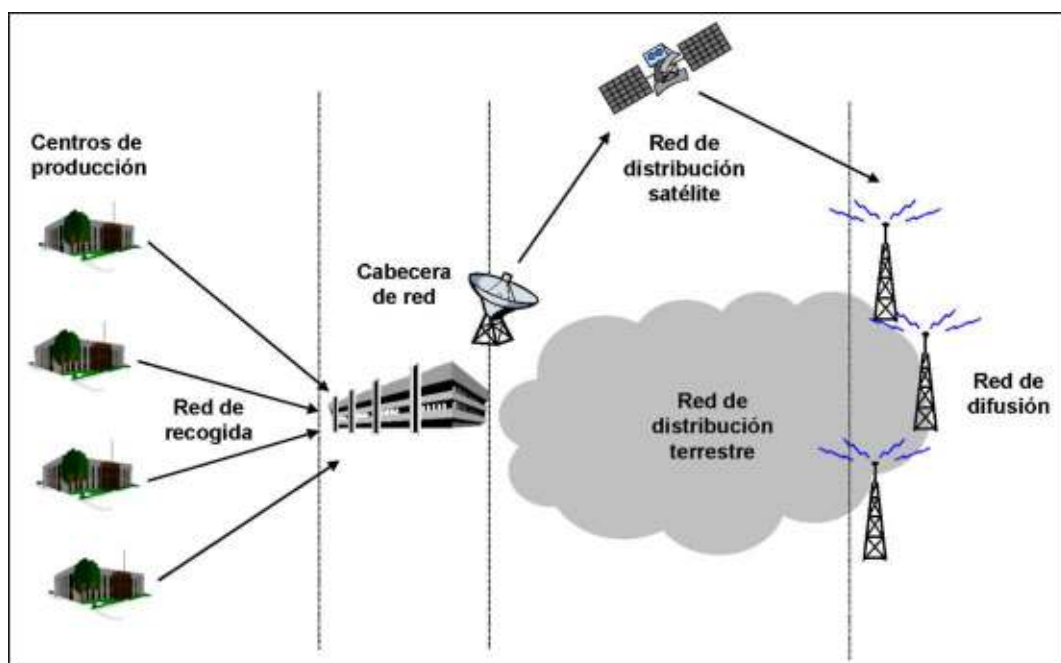
El mercado de la transmisión de señales de TV y radio integraría todos aquellos servicios de comunicaciones electrónicas que tienen por objeto el transporte unidireccional de las señales de los servicios de TV y/o radio desde los centros donde las mismas se producen hasta los medios de propagación a través de los que se difunden a los usuarios finales y entre éstos y dichos usuarios; ya sea por medio del cable, el par de cobre, el satélite o las ondas terrestres.

El mercado de la transmisión de señales de TV y radio así definido comprendería otros dos de ámbito más reducido, a saber: **(a)** el mercado de los servicios de transporte de la señal de TV y/o radio desde el centro en que se producen hasta el medio de propagación a los usuarios finales; y **(b)** el mercado del servicio portador de difusión de radio y/o TV definido como la comunicación punto/multipunto que tiene lugar desde el medio de propagación a los usuarios

finales de dichas señales. El servicio soporte al de difusión de televisión incluye la emisión desde los centros emisores de la señal procedente de la cabecera de red. La red de difusión incluye asimismo centros reemisores que, a diferencia de los primeros, no reciben la señal a través de la red de distribución, sino que recogen del aire la emitida por centros vecinos, amplificándola y retransmitiéndola a su vez

Dentro de la letra (b) anterior quedaría comprendido, entre otros, el mercado del servicio portador de difusión de señal de TV por ondas hertzianas definido por la CMT. En resumidas cuentas, al tratarse del mismo mercado, sólo que con mayor o menor amplitud, no vendría al caso el examen de la sustituibilidad en sede de oferta y demanda entre el servicio de transmisión de señal de TV y radio y el servicio portador de difusión de señal de TV por ondas hertzianas.

El esquema facilitado por la CMT era el siguiente:



Por otra parte, podemos dejar advertida, a propósito de todos los mercados inscritos en el de la transmisión de señales, la existencia de un único mercado tanto para las señales digitales, como para las analógicas ya sean de radio o de TV. En palabras del TDC en el asunto *Abertis/Retevisión* a que nos referiremos: *“La sustituibilidad en este caso viene determinada por la denominada «convergencia o neutralidad tecnológica», recogida en las recientes directivas comunitarias en materia de comunicaciones electrónicas, que implica que los diferentes tipos de redes pueden transportar, en su esencia, el mismo tipo de servicios, pudiéndose recibir en un televisor, un ordenador o en un teléfono móvil, y que, en consecuencia, la regulación debe hacerse en función de los servicios concretos que son puestos en el mercado y no de las tecnologías que los soportan”*.

También en el Proyecto y en la Resolución de la revisión de 2008 se mantenía lo anterior, si bien comenzaba ya a advertirse (Págs. 15 y 17 del Proyecto y de la Resolución, respectivamente): *“Sin embargo, un análisis prospectivo del mercado consistente con las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de*

comunicaciones electrónicas (en adelante, “las Directrices”) obligan a los Servicios de la CMT a considerar las previsibles consecuencias del apagón analógico que, como se ha descrito anteriormente, se producirá en 2010. Efectivamente, una vez superado este momento, los radiodifusores no requerirán de los servicios analógicos. En cualquier caso, es necesario señalar que actualmente todos los radiodifusores han contratado tanto los servicios analógicos como los digitales por lo que existen importante interrelaciones entre ambas tecnologías que, en caso de no producirse realmente el apagón analógico, podrían ser relevantes a la hora de analizar la situación competitiva del mercado. En el mismo sentido, los actores, como consecuencia de la sustituibilidad por parte de la oferta, son esencialmente los mismos (Abertis a nivel nacional y los operadores regionales en sus respectivas CC.AA.). Por tanto, los Servicios de la CMT estiman adecuado mantener en el mercado de referencia tanto los servicios de difusión analógica como los digitales”.

Por ejemplo, en el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia N-06001 (*Abertis Telecom/Mediapro/Alella*) el mercado afectado era el de la transmisión de señal audiovisual. *Abertis Telecom S.A.U.* y *Mediaproduccion, S.L.*, a través de empresas filiales, aportaban a *Alella* (empresa en participación que más tarde cambiaría su denominación por la de *Overon*): (i) *Abertis* un [50-60%] en servicios de transmisión mediante satélite y un [40-50%] mediante red terrestre; (ii) *Mediapro* un [80-90%] en servicios de transmisión mediante satélite y un 0 % mediante red terrestre.

En red terrestre no llegaban a producirse efectos anticompetitivos porque: (i) la aportación de *Abertis* no se extendía a los servicios de transmisión (transporte y portador de difusión) que venía prestando a los concesionarios del servicio público de difusión sobre ondas hertzianas, siendo sólo en el ámbito del portador de difusión donde, según resolución de la CMT, existían problemas de competencia; (ii) la no aportación de servicios de transmisión sobre red terrestre por parte de *Mediapro* suponía que no hubiera en este ámbito incremento de la cuota de mercado de la participada.

En red satelital tampoco porque: (i) existía una importante capacidad satelital excedentaria en manos de los competidores; (ii) la CMT no había identificado problemas de competencia ni en el mercado del transporte, ni tampoco en el del servicio portador de difusión sobre plataforma de satélite; (iii) porque las infraestructuras y equipos necesarios para la prestación de servicios de transmisión audiovisual mediante satélite no eran infraestructuras irreplicables; (iv) por la fuerte competencia potencial procedente de los operadores nacionales e internacionales.

A resultas de, entre otras, las anteriores razones decidió el Servicio de Defensa de la Competencia no someter el asunto a la consideración del TDC.

(b) Del mercado del servicio de transporte de señal de televisión y/o radio

Como acabamos de ver, el mercado de los servicios de transporte se sitúa en un tramo diferente que el mercado de los servicios portadores de difusión. En efecto, mientras que el primero encuentra su lugar en la parte de la red de comunicaciones electrónicas situada entre el centro de producción de la señal y el medio de propagación de la misma a los usuarios finales, el segundo se ubica entre este último medio de propagación y los equipos receptores de los propios usuarios finales.

Sobre este particular, son ilustrativas las consideraciones de la CMT que, al respecto de las ***características basadas en los factores empleados*** para la prestación de los servicios de transmisión, donde quedarían englobados tanto los de transporte como los portadores de difusión, viene a distinguir dentro de dichos factores, los siguientes:

- **Red de contribución**. La red de contribución permite llevar las señales de diferentes proveedores de contenidos o lugares en que estos tienen su origen hasta el centro de producción de programas del difusor. La red de contribución puede ser ocasional (por ejemplo desde unidades móviles) o estar dotada de una mayor permanencia (por ejemplo, circuitos desde los puntos de origen más habituales).
- **Red de transporte**. La red de transporte comprende todos aquellos recursos que permiten el transporte de la señal desde el centro de producción del difusor hasta el elemento que se encarga de difundir dicha señal a los usuarios finales. El operador encargado de la prestación del servicio de transporte puede valerse de su propia red de transporte o de la de un tercero y, por aplicación del principio de neutralidad tecnológica, resultará indiferente que dicha red se base en el cable, el ADSL, el satélite o las ondas hertzianas.

En el caso de cable, ADSL y satélite el medio de propagación está centralizado. Sin embargo en ondas hertzianas, como veremos, el medio de propagación es la red de difusión compuesta por una multiplicidad de centros emisores lo que hace necesaria una etapa adicional para llevar la señal desde el telepuerto o centro de comunicaciones hasta cada uno de los centros emisores lo que se hace por vía satélite o radioenlace (espectro).

- **Red de difusión**. La red de difusión se encarga de entregar desde el medio de propagación a los usuarios finales la señal recibida de la red de transporte. Podrá, aunque no sea habitual, darse la autoprestación cuando el propio operador de TV que ostente el título habilitante recurra a una red propia para llevar la señal de TV desde el medio de propagación hasta los usuarios finales. Ahora bien, dado que el título habilitante lo es para emitir en una determinada tecnología (cable, ADSL, satélite u ondas hertzianas), la red de difusión se vinculará a una concreta de dichas tecnologías sin posibilidad de recurrir a otras diferentes (estas afirmaciones hay que referirlas al escenario anterior a la entrada de la LGCA).

Atendiendo a las ***características de uso***, se observa que la finalidad última perseguida por los servicios de transmisión de señal de TV y radio – comprendiendo tanto los de transporte como los portadores de difusión – sería la de que los difusores puedan proporcionar a los usuarios finales emisiones de radiodifusión televisiva y/o sonora, tanto en modalidad en abierto como de pago, así como servicios interactivos. Ha de notarse que la interactividad exige una senda de ida y otra de vuelta para la señal, es decir, bidireccionalidad. Lo anterior hasta cierto punto podría chocar partiendo de que el conjunto de partida se definía – Vid *Supra* – como el transporte unidireccional de señales. La explicación puede encontrarse en el dato de que pueda emplearse el servicio de difusión como senda de ida recurriendo a otros soportes para la senda de vuelta.

Pese a compartir esta finalidad, en cuanto que ambos son servicios de transmisión, podría notarse como el servicio de transporte y el portador de difusión no llegarían a ser sustitutivos del lado de la demanda toda vez que vendrían a satisfacer necesidades distintas por más que

complementarias. De lo anterior que, ante un IRSNTP del servicio portador de difusión, resultara improbable que los demandantes del mismo (operadores de TV y radio) pudieran contratar con un prestador de servicios de transporte.

Esta escisión de los dos mercados complementarios del transporte y del servicio portador no fue compartida por *Astra*. En particular, respecto al transporte de distribución, *Astra* destacaba que *Abertis* empaquetaba e integraba verticalmente el transporte de distribución con el servicio de difusión terrestre, aprovechándose de las ventajas derivadas de su posición preeminente en este último mercado. *Abertis* estaría llevando a cabo “*subsidios cruzados entre la difusión terrestre y el transporte de distribución, en el sentido de pasar costes de la distribución a la difusión, para abaratar la distribución, haciéndola menos atractiva para los competidores, y encareciendo la difusión terrestre, mercado en el que disfruta de monopolio de facto. Es decir, Abertis traslada la posición de dominio que ostenta en el mercado de difusión terrestre al mercado de transporte y distribución por satélite*” (pues *Abertis* también usa esta tecnología para el transporte de distribución) (v. pág. 83 del Proyecto de la Revisión de 2008).

La CMT, no obstante, contraargumentó: “*Por otra parte, y en lo que se refiere a las alegaciones formuladas por Astra sobre la inclusión en el mercado relevante de los servicios de satélite cabe mencionar, como ya hizo esta Comisión en la Preconsulta pública realizada en el año 2004, que no existe sustituibilidad para incluir dichos servicios en el mismo mercado de referencia que el servicio portador de difusión de la señal de televisión por ondas terrestres. La Comisión Europea y algunas Autoridades Nacionales de Reglamentación han llegado a conclusiones similares, e incluso han señalado que este mercado podría ser objeto de un análisis transnacional*” (v. pág. 85 del Proyecto de la Revisión de 2008)

A lo anterior cabría añadir otro factor importante. Así como en el ámbito de transporte de señal resulta indiferente la tecnología soporte empleada, a saber, cable, ADSL, ondas hertzianas o transmisión por satélite, la opción por una u otra tecnología no resultaría indiferente en relación con el servicio portador de difusión. La razón de lo anterior hay que buscarla en la que el operador de TV, interesado en contratar el servicio portador de difusión, dispone de un título habilitante para llevar su señal desde el medio de propagación hasta los usuarios finales a través de una concreta tecnología (Vg. las ondas terrestres) y no de las demás. Estas consideraciones pierden, sin embargo, parte de su sentido a partir de la entrada en vigor de la LGCA que exige licencia para el servicio de difusión televisiva por ondas hertzianas y simple comunicación para el basado en otras redes diferentes.

Este factor que acabamos de comentar tendría también su incidencia desde la perspectiva de la sustituibilidad de la oferta. Y es que, ante un IRSNTP del servicio portador de difusión, no resultaría probable que los prestadores del servicio de transporte pudieran pasar a prestar, en un plazo razonable y sin grandes inversiones ni restricciones jurídicas el servicio portador de difusión, dada la necesidad de que los mismos se hicieran con la red vinculada al concreto modo de difusión (cable, ADSL, ondas hertzianas o satélite) conforme al título habilitante del operador de TV demandante (téngase en cuenta la misma matización referida en el párrafo anterior).

De todo lo anterior que el mercado de los servicios de transporte de señal de TV y radio y el mercado de los servicios portadores de difusión de señal de TV y radio (incluyendo el

mercado definido del servicio portador de difusión de señal de TV por ondas hertzianas) sean mercados independientes.

La Comisión se ha enfrentado a una problemática parecida, sólo que referida a redes de cable, en *Apollo/JP Morgan/Primacom (Case COMP/M.3355, 15 June 2004, paras. 11 et seq.)*. Se trataba de la adquisición de un operador de cable que ofrecía la transmisión de señales de TV, principalmente, en Alemania. Por razones históricas la estructura de las redes de cable en Alemania estaba dividida en una jerarquía de cuatro niveles: **(i)** el nivel 1, consistía en la alimentación de la red troncal nacional con la señal de TV y comprendía el tramo que iba desde el estudio de TV hasta las cabeceras de los cableoperadores; **(ii)** en el nivel 2, las señales eran transportadas a lo largo de distancias prolongadas y luego inyectadas en el nivel 3; **(iii)** en el nivel 3, la señal era transportada hasta la puerta del edificio del usuario final; **(iv)** en el nivel 4, la señal era transportada en el interior del edificio hasta el usuario final.

En su decisión, la Comisión consideró que los mercados de las redes de cable debían subdividirse de acuerdo con los diferentes niveles a los que acabamos de referirnos. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes redes regionales eran más complementarias que sustitutivas entre sí, por lo que no cabía entender que dieran lugar a un mismo mercado de producto. Dado que los consumidores, que estaban conectados a una red específica, sólo podían ser alcanzados, por lo general, a través de esa red, sugirió que cada red podía dar lugar a su propio mercado. En conclusión, en el mercado alemán, la Comisión no definió un solo mercado para todas las operaciones de transmisión de la señal de TV por cable, sino que escindió un mercado de simple entrega en el que los operadores de niveles anteriores entregaban las señales a los operadores de redes del nivel 4. Sin embargo, como aun partiendo de la definición más estrecha del mercado de producto, la operación no iba a entrañar una restricción sensible del juego de la competencia, la institución comunitaria no consideró necesario dejar zanjada la cuestión.

Para una visión global de la que se ha dado en llamar “jungla de cable” en Alemania puede verse: S. Heng, “*Germany’s Broadband Networks – Innovation on Hold*”, Deutsche Bank Research Paper No. 37 (17 February 2003), p. 5. La digitalización del cable en Alemania es también abordada por: Ladeur, “*Digitalisierung des Kabelnetzes und technische Standards*”, [2005] Computer und Recht 99 et seq.

En el informe de la CNC (págs. 6 y ss.) que precedió a la Resolución de la Revisión de 2008 de la CMT, la Autoridad nacional española de la Competencia compartía, en términos generales, la definición de mercado relevante de producto propuesta por los servicios de la Autoridad nacional española de Reglamentación. Ello no obstante se permitía hacer algunas observaciones, entre ellas, la de que cabía analizar en mayor profundidad el mercado conexo, relacionado verticalmente con el mercado de los servicios portadores de difusión de señal de TV, del transporte de señales audiovisuales. La CNC consideraba, en efecto, que desde un punto de vista técnico la actividad de transporte era una actividad diferenciada y estaría justificado considerarla como parte de un mercado diferenciado, dado que se trataba de servicios complementarios verticalmente relacionados, que tenían también necesidades técnicas y de infraestructuras distintas.

Sin embargo, observaba que en el transporte existían dos fases diferenciadas en las que imperaban condiciones de competencia también diferenciadas. Una primera correspondía al transporte de la señal de televisión desde el centro de producción hasta la cabecera de red,

que era un transporte punto a punto. Otra segunda era la del transporte desde la cabecera de red hasta los centros de emisión y reemisión, que era un transporte punto a multipunto. Esto era así porque el curso de la señal terrestre en el eslabón del transporte era normalmente el siguiente: (i) desde el centro de producción de la señal audiovisual hasta la cabecera de red a través de una red de recogida; (ii) desde la cabecera de red hasta los centros de emisión o reemisión a través de una red de satélite o terrestre (y luego ya desde esos centros emisores y reemisores hasta los hogares, lo que quedaría fuera del mercado del transporte para entrar en el del servicio portador de difusión de señal audiovisual sobre ondas hertzianas).

En el caso de la primera fase del transporte (“i”) la CNC compartía que las condiciones eran competitivas por existir varios oferentes alternativos, especialmente de fibra óptica, que hacían que al operador de televisión le trajera cuenta contratar esos servicios de transporte al margen del servicio portador de difusión. Sin embargo, en el caso de la segunda fase (“ii”), la oferta se reducía drásticamente y no quedaba claro que ese mismo operador de TV pudiera contratar esos servicios de transporte de la segunda fase con un operador diferente al que le prestaba el servicio portador de difusión.

(c) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de radio

Si, como acabamos de ver, la distinción entre el servicio de transporte y el servicio portador de difusión partía de una característica esencial cual era la relacionada con el uso, la diferenciación entre el servicio portador de difusión de la señal de TV y el servicio portador de difusión de la señal de radio lo hace de otra también esencial relacionada con la naturaleza de la demanda de esos servicios.

Si en el caso de los primeros, dicha demanda vendría a estar constituida por los operadores habilitados para la prestación de los servicios de TV, en el caso de los segundos la misma vendrá a estarlo por los operadores autorizados para la de los servicios de radio; difusores de TV y radio, respectivamente.

Atendiendo a esta característica esencial, no cabría apreciar del lado de la demanda sustituibilidad entre el servicio portador de difusión de la señal de TV y el servicio portador de difusión de la señal de radio, pues ambos serían servicios independientes. Es decir que, ante un IRSNTP de los servicios portadores de difusión de la señal de TV, no cabría que los difusores de TV demandantes de estos servicios pudieran acudir a los prestadores de servicios portadores de difusión de la señal de radio, por ser estos últimos servicios concebidos para la satisfacción de necesidades diferentes.

Con ser cierto lo anterior, lo sería también, y no obstante, que ambos servicios portadores de difusión de señal, radio y TV, quedarían integrados dentro del mismo mercado de producto partiendo del análisis de sustituibilidad de la oferta.

Tanto el servicio portador de la difusión televisiva como el de la difusión sonora se basan en una red de emisores y reemisores situados en determinadas cotas y que disponen de una determinada potencia emisora. La principal diferencia entre ambas redes cabría cifrarla en que, en la sonora, las cotas de los emplazamientos serían más bajas y de potencia radiada más limitada que en la televisiva. Consecuencia de lo anterior sería la de que, aun no siendo apta la red de difusión de señal de radio para la prestación de los servicios de difusión de la señal de TV, sí sería cierta la proposición inversa.

Atendiendo a estos datos, cabría concluir con la CMT que, dada la sustituibilidad del lado de la oferta, podría hablarse de un único mercado de los servicios portadores de difusión de la señal de TV y/o radio. Y lo anterior sin perjuicio de que la autoridad nacional de reglamentación española terminara por excluir del mercado definido los servicios portadores de la difusión de señal de radio al no existir, con relación a estos últimos, riesgos para el libre desenvolvimiento de la competencia que pudieran justificar la imposición de medidas específicas. No obstante, la misma CMT en su Resolución del proceso de revisión de 2008 concluyó de manera más tajante que se trataba de mercados diferenciados al ser la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta “*cuando menos, imperfecta*” (pág. 18).

Además, apuntó la CNC, en su Informe previo a la anterior resolución (pág. 8), “*que se trata de un mercado diferenciado, dado que las necesidades de infraestructuras de difusión de radio son menores que en la difusión de televisión, y la viabilidad de la autoprestación de los servicios de difusión de radio es mayor, como evidencia la propia estructura del mercado*”. No obstante, advertía también la autoridad nacional de la competencia de la necesidad de valorar la imposición de obligaciones específicas también en este mercado conexo sobre la base de que “*existen ámbitos de la difusión de radio, especialmente la difusión en cadena de la radio analógica, y la difusión de la radio digital, donde Abertis cuenta con una posición competitiva muy fuerte debido a que ya presta todos los servicios de difusión de radio digital en España y sus emplazamientos de difusión de televisión le sitúan en una posición privilegiada para ofertar servicios de difusión analógica de radio en muchas demarcaciones locales de España*”.

(d) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión y/o radio por cable

Bajo la rúbrica de características tecnológicas la CMT encuadra en su Preconsulta de la revisión de 2006 las siguientes: **(a)** la necesidad de asociar a los servicios del conjunto de partida, cuando se relacionen con la TV de pago, ciertos recursos o servicios conexos y vinculados a una red de comunicaciones electrónicas, a saber, los servicios de acceso condicional; **(b)** la posibilidad de utilizar los servicios del conjunto de partida para la transmisión de señal tanto en analógico como en digital; **(c)** la posibilidad de que el difusor u operador de TV o radio recurran a su propia infraestructura, en régimen de autoprestación, para llevar la señal del medio de propagación hasta los usuarios finales; **(d)** la indiferencia del medio soporte empleado (cable, ADSL, satélite u ondas) que, como se ha visto, se daría en los servicios de transporte de señal, pero no en los portadores de difusión; **(e)** la bidireccionalidad o, lo que es igual, la posibilidad de una misma infraestructura sea empleada para la transmisión tanto de una señal de ida como de otra de vuelta; siendo éste el principal requisito para la oferta de servicios interactivos; **(f)** la capacidad de transmisión o “ancho de banda” que se mediría por la capacidad de transferir el mayor número de datos en el menor tiempo; **(g)** la cobertura de la señal definida por el número de usuarios a que la misma alcanza.

Para diferenciar el servicio portador de difusión de señal por ondas y el servicio portador de difusión de señal por cable habría que atender a ciertas características tecnológicas, en concreto, las basadas en el *medio soporte empleado*, en la *bidireccionalidad*, en la *capacidad de transmisión*, en la *cobertura* y en la *existencia de autoprestación*:

1. **Medio soporte**. En la difusión por ondas terrestres, una red de difusión compuesta por un conjunto de centros emisores (medio de propagación) recibe la señal distribuida por

la red de transporte y la difunde a través de un sistema radiante a los usuarios finales que se encuentran dentro de su ámbito de cobertura a través del espectro radioeléctrico. Tanto los centros emisores de la red de difusión como los reemisores que conforman el sistema radiante se integran por emplazamientos y equipos. Los emplazamientos se componen de una o varias torres de diferentes alturas (con las antenas de difusión instaladas a diferentes niveles) y de una serie de instalaciones (casetas, caminos de acceso, sistemas de alimentación eléctrica, etc.) para albergar los equipos de transmisión de la señal.

La difusión vía cable implica el tendido de redes subterráneas de cable que llegan hasta el hogar del usuario: *“La prestación del servicio de difusión de televisión mediante plataformas de cable requiere el despliegue de redes que en España son de tecnologías híbridas fibracoaxial hasta el hogar de cada uno de los usuarios. Tales redes constan habitualmente de una parte troncal de fibra óptica y una parte final o de acceso hasta el usuario basada en cable coaxial. Por tanto el despliegue de estas plataformas conlleva la necesidad de acometer importantes inversiones, e implica elevados costes fijos y hundidos, lo que supone que determinadas zonas no sean susceptibles de contar con este tipo de infraestructuras, en tanto que el operador requiere de una masa crítica potencial elevada para obtener un retorno de la inversión”* (v. pág. 8 de la Resolución de la Revisión de 2008).

2. **Bidireccionalidad.** En cuanto a la característica de la bidireccionalidad, la misma la ofrecería el cable pero no el medio soporte de las ondas terrestres. Este carácter bidireccional del cable facilita la provisión de servicios de comunicaciones electrónicas mediante paquetes triple-play (banda ancha, voz y TV), así como aplicaciones interactivas.

En cambio, el carácter unidireccional de la plataforma terrestre implica restricciones en cuanto a la prestación de servicios interactivos o de otros servicios de telecomunicaciones, lo que únicamente puede salvarse mediante la conexión del descodificador a la línea telefónica del usuario con el fin de habilitar el necesario canal de retorno.

3. **Cobertura.** Respecto a la cobertura, la difusión por ondas terrestres alcanzaría unos mayores niveles de cobertura que la realizada por cable.
4. **Capacidad de transmisión.** En cambio, si atendemos a la característica técnica de la capacidad de transmisión, el cable ofrecería unos resultados mucho más satisfactorios que la difusión terrestre, dotándolo de una mayor aptitud para la prestación de servicios que exigen un mayor ancho de banda, como los de TV de alta definición.
5. **Autoprestación.** Por último, atendiendo a la existencia o no de autoprestación, cabría hacer las siguientes reflexiones. Si nos ceñimos al mercado español, lo normal en la difusión terrestre será que el operador habilitado para la prestación de servicios de TV o radio contrate con un tercero el servicio portador de difusión de señal. A su vez, este tercero podrá bien tener desplegada su propia red, bien recurrir a otra ya desplegada alojando sus equipos en emplazamientos de otro operador ya establecido para, en este último caso, prestar el servicio portador del de difusión de señal sin red propia.

En cambio, en la difusión por cable el operador habilitado para la prestación del servicio de TV o radio es titular también de la red que llega hasta los domicilios de los usuarios. O lo que es igual, dicho operador habilitado se presta a sí mismo el servicio portador de difusión de señal.

La conclusión de lo anterior sería la de que habría autoprestación en la difusión por cable, pero no en la difusión por ondas hertzianas. Consecuencia de ello sería la inexistencia en nuestro país de un mercado del servicio portador de difusión de señal de TV y/o radio por cable o, dicho de otro modo, la exclusión del cable del mercado de los servicios portadores de difusión de la señal de TV y/o radio en España.

De ahí que para la CMT resultara innecesario entrar en análisis de sustituibilidad en sede de oferta y demanda para determinar si servicio portador de difusión de señal por ondas y servicio portador de difusión de señal por cable quedarían o no integrados dentro de un mismo mercado de producto.

No obstante lo anterior, y teorizando, podría decirse que ambos servicios no serían sustitutivos del lado de la demanda, ni tampoco del de la oferta. En cuanto a lo primero, porque ante un IRSNT de precios del servicio portador de difusión de señal por ondas no cabría que los demandantes de este servicio pudieran acudir al servicio portador de difusión de señal por cable porque las condiciones de su título habilitante, como ya vimos, no se lo permitirían. Del lado de la oferta, ante el IRSNT de precios que acabamos de mencionar, tampoco cabría que los prestadores del servicio portador por cable pudieran rápidamente y sin inversiones considerables pasar a prestar el servicio portador por ondas el cual vendría a basarse en la existencia de una infraestructura difícilmente reproducible como acabamos de ver.

En este sentido, también observaba la CMT en la Resolución de la revisión de 2008 (Pág. 19):

“Como se ha expuesto anteriormente, la señal audiovisual se puede difundir por ondas terrestres o por otras tecnologías (ver punto I.2). Sin embargo, los difusores del servicio de televisión de titularidad estatal, ya sea mediante gestión directa o indirecta, tienen reglamentada la forma en la que deben difundir estos servicios. El Real Decreto 945/2005 y la Orden ITC/2476/200 especifican detalladamente la forma técnica del servicio. Así, por ejemplo, se establecen las especificaciones técnicas de los transmisores (artículo 2 de la Orden ITC/2476/2005), compromisos de cobertura y calidad (artículo 2.b) y delimitación del ámbito geográfico de prestación del servicio, plazo de la concesión e indicación del recurso del dominio público radioeléctrico utilizado como soporte para el ejercicio de los derechos derivados de la concesión (artículo 2.c). De esta forma, aunque es técnicamente viable la difusión de los servicios audiovisuales mediante diferentes tecnologías, la normativa vigente determina que los concesionarios de televisión de titularidad estatal emitan obligatoriamente mediante ondas terrestres utilizando las frecuencias que les han sido otorgadas. Este hecho elimina cualquier posibilidad de sustitución por lo que el mercado relevante debe limitarse a esta tecnología”.

(e) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión y/o radio por satélite

Para distinguir el servicio portador de difusión de señal por ondas y el servicio portador de difusión de señal por satélite habría que prestar atención también a determinadas características tecnológicas, en concreto, las basadas en el ***medio soporte empleado***, en la ***capacidad de transmisión***, en la ***cobertura***, en la ***naturaleza de la señal*** y en la ***existencia de autoprestación***:

1. ***Medio soporte empleado.*** La infraestructura en la que se basa el servicio portador de difusión de señal a través de las ondas hertzianas es la expuesta en el apartado anterior por lo que no sería necesario reiterar lo ya dicho.

De otra parte, el servicio portador de difusión de señal vía satélite se basaría en la estación terrena de subida situada en el telepuerto o centro de comunicaciones, que envía la señal al transpondedor del satélite correspondiente con el fin de amplificarla y retransmitirla hasta las antenas parabólicas instaladas en los hogares de los usuarios. El prestador del servicio portador de difusión de señal por satélite debe contratar capacidad satelital o de transpondedor de un operador de satélite con huella en territorio español, siendo los principales *Hispasat*, *Astra* y *Eutelsat*.

2. ***Cobertura y capacidad de transmisión.*** Dado que ni el servicio portador de difusión por ondas, ni tampoco el basado en el satélite ofrecerían por sí solos bidireccionalidad, las principales diferencias entre ambos cabría cifrarlas en la cobertura y en la capacidad de transmisión. En ambas el servicio portador de difusión de señal por satélite ofrecería mejores prestaciones que el basado en las ondas hertzianas.
3. ***Naturaleza de la señal.*** En cuanto a la naturaleza de la señal, el servicio portador de difusión por ondas hertzianas permitiría, mediante ajustes en los equipos de transmisión, transmitir tanto la señal analógica como la digital. Las previsiones situaban en España el apagón analógico hacia el 2010. También en nuestro país, el servicio portador de difusión por satélite sería apto para la emisión tanto en analógico como en digital, sin embargo el primer modo era prácticamente residual.
4. ***Existencia de autoprestación.*** En ninguno de los dos servicios portadores, por ondas y por satélite, a diferencia de lo ocurrido con el cable, llegaría a darse el régimen de autoprestación.

Razones idénticas a las expuestas al contraponer los servicios portadores de difusión por ondas y cable llevarían a la conclusión de que, atendiendo a criterios de sustituibilidad de oferta y demanda, servicio portador de difusión de señal por ondas hertzianas y servicio portador de difusión de señal por satélite darían lugar a diferentes mercados de producto.

En la ronda de revisión de 2008, prácticamente, estas conclusiones se mantuvieron a pesar de algunas voces discrepantes. En este sentido, la operadora *Astra* había insistido en que los servicios de TV en abierto podían prestarse también sobre red de satélite y en que los de TV de pago podían, asimismo, prestarse sobre plataforma terrestre. Además, argumentaba este operador que el Real Decreto Ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones reconocía expresamente que la tecnología satelital era el medio de transmisión más adecuado para llegar al 100 % de los usuarios con la televisión digital

terrestre, y que por tanto, en el caso español, el concepto de mercado relevante de la difusión de televisión ya no quedaba exclusivamente circunscrito a la tecnología terrestre, sino también al mercado de difusión por satélite (DTH).

También se refirió a esta última norma la CNC en su informe (pág. 9), destacando que en la misma se introducían medidas tendentes a garantizar, mediante la difusión satelital de la señal de televisión, la cobertura de la televisión digital allí donde esta no alcanzase una vez concluida la transición a la TDT y alcanzados los requisitos de cobertura exigidos por el Plan Técnico Nacional de transición a la TDT. A su juicio, ello tendría que llevar a analizar en qué medida la provisión de los servicios contemplados en esta disposición legal podría constituir un mercado conexo al de la difusión terrestre de la señal de televisión y, en su caso, en qué medida podrían existir economías de alcance en la provisión de ambos servicios, y si la prestación de servicios de difusión satelital de la señal de televisión digital para las coberturas no previstas en el Plan de Transición a la TDT podía suponer una eventual barrera de entrada de cara a la competencia en la provisión servicios de difusión terrestre de la señal de televisión, o viceversa.

La CMT se apartó, sin embargo, de todos estos argumentos. Insistió en que no existía sustituibilidad para incluir dichos servicios sobre red satelital dentro del mismo mercado de referencia que el servicio portador de difusión de la señal de televisión por ondas terrestres. La Comisión Europea y algunas Autoridades Nacionales de Reglamentación habían llegado a conclusiones similares, e incluso habían señalado que este mercado podría ser objeto de un análisis transnacional. En referencia a las alegaciones vertidas por *Astra* sobre el error en la asimilación de TV de pago y red satelital y TV en abierto y red terrestre, la CMT reconocía que los servicios de TV en abierto podían prestarse, en efecto, sobre plataforma no terrestre, sin embargo, llamaba la atención sobre la menor importancia, con respecto a otros estados miembros de la UE, de esos otros medios. Por ello, la tecnología satelital tenía sólo un carácter residual con vistas prestar el servicio portador de difusión en abierto en el Real Decreto ley 1/2009 citado, de modo que la misma sólo se aplicaría en las zonas en las que no se llegase con tecnología terrestre.

(f) Del mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión y/o radio por ADSL

Para la distinción de ambos servicios portadores de difusión de señal habría, como en los dos casos anteriores, que atender a características de índole tecnológico, en particular, las basadas en el *medio soporte empleado*, en la *bidireccionalidad*, en la *capacidad de transmisión*, en la *cobertura* y en la *existencia de autoprestación*:

- 1) **Medio soporte empleado**. Habiendo ya sido descrito más arriba el medio soporte del servicio portador de difusión de señal por ondas hertzianas, procede que pasemos a centrarnos en la descripción del basado en la tecnología ADSL. En este último caso, más que de servicio de difusión en el sentido de las otras tecnologías, valdría más hablar de servicio análogo al de difusión.

En efecto, en las otras tecnologías es dable hablar de difusión punto/multipunto porque la señal que va desde el medio de propagación - red de difusión en la terrestre, transpondedor del satélite en la basada en este medio o centro de distribución en el caso del cable - hasta los domicilios de los abonados que dispongan de los medios para recibirla es la misma. Y lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que, en el caso de

la TV de pago, puedan establecerse discriminaciones dependiendo de si el usuario final dispone de las autorizaciones y claves necesarias para la descodificación de la señal.

En cambio, en la tecnología ADSL, la señal viaja desde el centro de distribución, donde se encuentran almacenados los contenidos, situado a escasos Kms. del domicilio del abonado, hasta este último a través de la red de cobre reforzada mediante el recurso de tecnologías ADSL, siendo esta la circunstancia determinante de que los canales y programas distribuidos a cada abonado no sean los mismos ya que dependen, en última instancia, de la elección realizada por el usuario final autorizado por el sistema en cada momento.

- 2) **Bidireccionalidad.** Atendiendo a otras de las características tecnológicas mencionadas, se observaría que en tanto que el ADSL ofrecería bidireccionalidad no ocurriría lo mismo, como ya habido oportunidad de mencionar, en el caso de las ondas hertzianas.
- 3) **Cobertura y capacidad de transmisión.** Además, ambas tecnologías ofrecerían similares grados de cobertura, siendo la capacidad de transmisión ofrecida por el ADSL muy superior a la facilitada por el modo de difusión terrestre.
- 4) **Existencia de autoprestación.** Si el servicio portador de la difusión de señal por cable se realizaba en régimen de autoprestación, al ser los cableoperadores al mismo tiempo quienes prestan el servicio televisivo y los titulares de la infraestructura necesaria para hacer llegar la señal de TV al domicilio de cada abonado, algo similar ocurriría en el caso de la tecnología ADSL. En esta última, *Telefónica* sería, por una parte, titular del bucle local o red de cobre que llega hasta el hogar de cada abonado y, por otra, se hallaría explotando el servicio *Imagenio*, uno de cuyos componentes, como se dejó dicho en otros pasajes de la tesis, sería el de la prestación de servicios de TV.

Ocurriría sin embargo, y a diferencia de lo ocurrido con el cable, que *Telefónica*, por su condición de operador dominante, vendría obligada en el tramo mayorista a facilitar el acceso a su bucle local a otros operadores interesados en la prestación de servicios televisivos a través de la tecnología ADSL en el segmento minorista. En la práctica, la necesidad de que esos otros operadores pudieran llegar a disponer de los medios para llegar a los edificios de *Telefónica*, donde se localizan los repartidores de abonado, y además ubicar en las centrales de la propia *Telefónica* ciertos elementos adicionales como *routers* o servidores de video haría prácticamente inexistente en el ramo mayorista la demanda de acceso a la red de cobre de *Telefónica* para la prestación de servicios televisivos a través de este medio.

Dada la inexistencia de demanda, tampoco cabría en este caso hablar de un mercado de los servicios portadores de difusión a través del ADSL. En el caso de existir esta demanda, y por las mismas razones expuestas al estudiar el caso del cable, podría concluirse que los servicios portadores de difusión de señal por ondas y por ADSL darían lugar a diferentes mercados de producto dada la ausencia de sustituibilidad tanto del lado de la demanda como del lado de la oferta.

Estas consideraciones se mantenían en la Resolución de la segunda ronda de revisión de 2008, en la que, además del ADSL, se integraba bajo este mismo apartado la TV IP a través de fibra óptica (FTTx): “No obstante, el ancho de banda del par de cobre es limitado, lo que conlleva ciertas restricciones relativas a la provisión de servicios que se caracterizan por

requerir grandes recursos de red, tales como los servicios de televisión en alta definición. La provisión de tales servicios debe pasar por la reducción de la longitud de los bucles de abonado al objeto de emplear tecnologías VDSL2+, o bien por el despliegue de redes de acceso basadas en fibra óptica (FTTH)” (v. pág. 8).

(g) Del mercado de los servicios de multiplexado

La gestión del múltiple digital, tanto a escala estatal como autonómica o local, implicaba que los concesionarios del servicio público de difusión televisiva sobre ondas terrestres hubieran de ponerse de acuerdo en la identidad del gestor común del múltiple, que sólo podía ser uno. Dentro de cada múltiple digital, era la concesión del servicio público de difusión de la TDT la que establecía cada uno de los canales y el cambio de estos quedaba sujeto a autorización previa de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI).

El acuerdo de los difusores en cuanto a quién debía ser el gestor del múltiple coadyuvaba a que el operador elegido terminara siendo también el que prestara el servicio portador de difusión terrestre. Así, aun no siendo obligatorio, resultaba lo más normal que coincidieran en un mismo operador las cualidades de prestador del servicio portador de difusión terrestre y de gestor del múltiple.

Las actividades de multiplexación se desarrollaban en la cabecera de red, dentro de la red de transporte, es decir, en el centro en que se recibía la señal procedente de cada uno de los organismos de radiodifusión, para luego lanzarla al satélite o transmitirla vía terrestre, a fin de que la misma llegara a cada una de las antenas situadas en las torres, con las que empezaba el servicio portador de difusión y desde las que se retransmitía a los hogares (ver más arriba). Tales actividades eran necesarias para la conversión de las señales recibidas de los difusores en una única señal multiplexada que pudiera ser recibida en la red soporte del servicio portador de difusión y luego transmitida a los hogares.

Los servicios de multiplexación llevaban como servicios accesorios los de inserción de la información de servicio de carácter dinámico. Estos consistían en la generación e inserción en el múltiple digital de la información de servicio específica de los canales digitales de cada uno de los radiodifusores, al objeto de facilitar la visualización de las parrillas de programación o Guía Electrónica de Programación (EPG) en los receptores de usuario.

La CMT consideró este mercado de los servicios de multiplexación como mercado verticalmente integrado, aguas arriba, con el mercado de los servicios portadores de difusión, pese a los condicionantes que la elección del gestor del múltiple podría suponer a la hora de elegir al operador del servicio portador de difusión. Desde un punto de vista técnico, dichas actividades estaban diferenciadas de los servicios portadores, no requiriendo de una red de emplazamientos y pudiendo en principio ser prestadas por operadores diferentes. Por tanto, se concluía que no existía sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta entendiendo que ambas actividades eran complementarias y no sustitutivas.

Para la CMT, los problemas observados por *Astra* y la CNC en cuanto al suministro conjunto de los servicios de multiplexado y portador de difusión provenían, precisamente, de los problemas de competencia señalados en relación con el mercado del servicio portador, por lo que deberían verse neutralizados en el momento en que se procediera a regular el mercado mayorista del servicio portador de difusión, asegurando a terceros el acceso efectivo

a dichos servicios e imponiendo obligaciones tales como la separación contable o el control de precios al operador con PSM (ver más abajo).

ii) Definición del mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en la resolución del TDC en el caso de la toma de control de Retevisión por Abertis (caso Retevisión)

En el informe emitido por el TDC en el asunto C 81/03 consistente en la toma de control de *Retevisión* por *Abertis*, la autoridad de la competencia identificó como mercado de referencia el *“mercado mayorista de servicios soporte para el transporte a través de cualquier medio de transmisión (cable, satélite, ondas...) y la difusión terrestre de la señal de radio y de la de la televisión utilizando tecnología tanto analógica como digital”*.

Es decir, que, con relación a la identificación de mercado realizado por la CMT conforme a la normativa comunitaria – recordemos, servicio portador de difusión de señal de TV por ondas hertzianas -, la delimitación de mercado hecha en este caso por el TDC era más amplia, al comprender dentro del mercado de referencia también los servicios de transporte de señal.

Por otro lado, con respecto a la delimitación de mercado de producto efectuada por el mismo TDC en el caso *Axión/Abertis* (ver más abajo), tan sólo cabría apreciar la matización, en el caso de que ahora tratamos, de haber limitado el Tribunal los servicios portadores de difusión de señal a los basados en las ondas terrestres.

En este supuesto (*Abertis/Retevisión*), los servicios de transporte y de difusión de señal fueron definidos en términos análogos a los estudiados al tratar de la delimitación de mercado hecha por la CMT. Lo anterior permite que nos remitamos a los análisis de sustituibilidad tanto de oferta como de demanda realizados más arriba. Ahora bien, no obstante esta remisión general, cabría, con el propio TDC, hacer algunas precisiones.

En primer lugar, el TDC recalcó que, dentro de los servicios de transporte de señal, quedarían comprendidos los dos siguientes:

- 1.º El servicio de contribución que consiste en transportar vía enlaces por satélite, radioenlaces y fibra óptica señales audiovisuales no elaboradas ni editadas, hasta los estudios de televisión para que allí las elaboren. Consiste, por tanto, en la transmisión de la señal sin producir. La contribución permanente se realiza principalmente a través de redes fijas y la ocasional a través de unidades móviles que se desplazan para retransmisiones de acontecimientos puntuales como los deportivos.
- 2.º Los servicios de distribución de los contenidos hasta los centros emisores vía redes de satélite y terrestre.

En segundo lugar, el TDC entendió que los servicios portadores de difusión de señal de TV y los servicios portadores de difusión de señal de radio darían lugar a dos mercados diferentes. Como vimos, para la CMT, en la primera ronda de revisión, aun no existiendo sustituibilidad de la demanda, la existencia de una sustituibilidad de la oferta unidireccional –

la red de difusión de señal televisiva sería apta para la difusión de señal sonora, pero no al revés – permitiría hablar de un único mercado de los servicios portadores de difusión de señal de TV y/o radio. Pues bien, para el TDC, la ausencia de sustituibilidad del lado de la demanda y el dato de que la sustituibilidad de la oferta existiera sólo en un sentido no permitirían hablar de un único mercado. Este, finalmente, fue también el criterio de la CMT en la ronda de revisión de 2008.

iii) Definición del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el primer caso denunciado por Axión de abuso de posición dominante de Abertis (caso Axión/Abertis/abuso I)

En la resolución del TDC resolviendo el expediente de medidas cautelares MC 36/06 (*Axión-Abertis*), la autoridad de la competencia tomó como mercado de referencia el de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual definidos estos servicios del modo siguiente: *“servicios de comunicaciones electrónicas que tienen por objeto el transporte unidireccional de las señales de los servicios de televisión y/o radio desde los centros de producción de las mismas hasta los medios de propagación por los que se difunden a los usuarios finales. Son el conjunto de actividades técnicas necesarias para la puesta a disposición del público de contenidos audiovisuales elaborados”* [en el posterior pronunciamiento de la CNC - Resolución (Expediente R 720/07, *Axión/Abertis*; y Acumulados R 721/07; y R 723/07), por la que el Consejo de la misma revocaba la decisión del Servicio de sobreseer el expediente, la delimitación del mercado de producto no fue uno de los puntos de discusión].

Es decir, que, en este caso, la autoridad de la competencia consideró mercado de referencia uno más amplio que el de los servicios portadores de difusión de señal televisiva por ondas hertzianas, que es en el que se centra la CMT para la imposición de obligaciones específicas al operador con PSM conforme a la normativa comunitaria. La razón fundamental es la de que, en el ese supuesto concreto, el mercado definido coincidiría con el más amplio de los servicios de transmisión de la señal de TV y/o radio que dejamos estudiado más arriba, y que comprendería tanto los servicios de transporte de la señal, como los servicios portadores de difusión de señal.

También en el expediente principal sobre abuso de posición dominante (Expte. 646/08 *Axion/Abertis*), en su resolución (pág. 30) subrayó la CNC: *“En lo que respecta al mercado relevante, el Consejo coincide con la DI en considerar que las prácticas imputadas se desarrollan en los mercados de transporte y difusión de la señal audiovisual. Que si bien los servicios de transporte y difusión son complementarios y no existe impedimento legal que impida la elección de dos operadores distintos para realizar el transporte y la difusión, en la práctica ambos servicios se ofertan conjuntamente y todos los contratos analizados en este expediente comprenden ambos servicios. Por ello, se considera como mercado o mercados relevantes en este expediente el mercado de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (analógica o digital) de ámbito nacional (f. 6152 DI)”*.

En lo demás, para la identificación de este mercado valdrán los análisis de sustituibilidad de oferta y demanda realizados en epígrafes precedentes.

iv) Definición del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el segundo caso denunciado por Axión de abuso de posición dominante de Abertis (caso Axión/Abertis/abuso II)

El expediente de abuso referido en el anterior epígrafe se siguió en razón de cláusulas restrictivas consistentes en penalizaciones por resolución anticipada y pactos de duración excesiva en los contratos suscritos entre *Abertis* y los difusores. En el expediente 2748/06, en cambio, se trataba el abuso de posición dominante excluyente desde la perspectiva de precios predatorios y de los descuentos condicionales previstos en esos mismos contratos para el caso de ampliaciones de cobertura territorial.

En todo caso, y para lo que ahora nos interesa, la identificación del mercado de producto pertinente fue la misma en ambos casos: *“La DI, en su PCH, analiza suficientemente el elemento del mercado relevante, concluyendo que son los mercados de transporte de la señal audiovisual y el de difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (digital o analógica) en el ámbito nacional, los mercados relevantes a efectos del presente expediente. En dicho ámbito la DI acredita igualmente la posición de dominio de ABERTIS. Al igual que en el expediente 646/08 ABERTIS/AXION, y como señaló el Consejo en su Fundamento de Derecho Quinto, la delimitación del mercado relevante realizada por la DI no ha sido objetada por ABERTIS en el marco del actual expediente, ni tampoco su posición de dominio en dicho mercado. Tampoco el Consejo discrepa de dicha delimitación y posición de ABERTIS...”* (pág. 31 de la Resolución).

v) Definición del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso de la adquisición de Axión por Abertis (caso Axión/Abertis/concentración)

En el caso de la operación de concentración que dio lugar al expediente C/0110/08, consistente en la adquisición por *Abertis* del control exclusivo de *Axión*, la CNC identificó como mercados de producto pertinentes: **(i)** el de los servicios de transporte de señales audiovisuales, distinguiendo los segmentos de transporte contribución y transporte distribución (ver más arriba); **(ii)** el de los servicios de gestión del múltiple y difusión terrestre de señales analógicas y digitales de televisión.

Es decir, que lo más destacable en este expediente, en lo que a la delimitación del mercado de producto pertinente se refiere, podría ser, en primer lugar, la unificación bajo un mismo mercado pertinente de los servicios de gestión del múltiple y del servicio portador de difusión de la señal de televisión.

En segundo lugar, la diferenciación dentro del mercado de los servicios de transporte de dos segmentos, a saber: **(a)** uno de transporte contribución, consistente en la transmisión de señales audiovisuales desde el centro de producción hasta la cabecera de red, el cual, por presentar competencia efectiva, no se vería afectado por la operación de concentración notificada; **(b)** otro de transporte de distribución, en el que no se presentaría esa competencia a consecuencia de la integración vertical en *Abertis* de los servicios de transporte con los de difusión de señal.

vi) Definición del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso de la adquisición de Teledifusión Madrid por Tradia (caso Teledifusión Madrid)

El expediente C/0084/08 vino motivado por la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de *Tradia Telecom*, S.A., filial al 100 % de Abertis, del control exclusivo sobre *Teledifusión Madrid, S.A.*

La identificación de mercados de producto pertinente fue exactamente la misma que la verificada en el caso *Axión/Abertis/concentración*, razón por la que valdría con hacer una remisión a lo dicho en el epígrafe anterior.

Por otra parte, observar que en su resolución sobre Expte. SNC/0003/09, la CNC impuso multa de 143.000 € de modo solidario a *Abertis* y a su filial *Tradia* por falta de notificación de esta operación de concentración, lo que suponía infracción de los artículos 9.1 y 62.3.d) Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. De los hechos acreditados se deducía que la operación de concentración había sido ejecutada el 7 de marzo de 2008, a pesar de que la Resolución en segunda fase del Consejo de la CNC de 16 de julio de 2009, que la autorizó con condiciones, no devino firme en vía administrativa hasta el 31 de julio de 2009, habiendo sido la notificación de 18 de julio de 2008.

b) Delimitación del mercado geográfico de referencia dentro del amplio mercado de los servicios de transmisión de la señal de televisión y radio

i) Respecto del mercado de los servicios portadores de difusión de señales de televisión por ondas hertzianas definido en la resolución de la CMT

Ha de comenzar por sentarse que la delimitación del mercado geográfico de referencia para los servicios portadores de difusión de la señal de TV por ondas hertzianas realizada en la ronda de revisión de 2006 fue la nacional, mientras que en la de 2008 fue no sólo esa, sino además la autonómica y local. Así:

- **Ronda de revisión de 2006.** La CMT entendió que, en ningún caso, el mercado geográfico cabría que fuera superior al nacional, pues, dada la necesidad de la existencia física de red en el área de difusión, no cabría acudir a las redes existentes en otros estados para la prestación del servicio. Así, y dadas las características espaciales de prestación del servicio portador de difusión de señal, conforme a lo expuesto más arriba, podría *prima facie* plantearse la existencia de un mercado de ámbito nacional, autonómico, provincial y local.

Desde el punto de vista de la sustituibilidad de la demanda, ante un IRSNTP de los servicios portadores de difusión de señal en un determinado ámbito geográfico, cabría,

en principio, que el demandante de esos servicios acudiera a los prestados en un ámbito geográfico superior, aunque no a la inversa. Sin embargo, el diferencial de precio haría inviable la sustituibilidad de la demanda, al ser considerable el incremento de precio experimentado por la adquisición de los servicios correspondientes a un área superior. La conclusión sería, pues, la de que no existiría sustituibilidad de la demanda entre los servicios prestados en diferentes ámbitos geográficos.

Desde la perspectiva de la sustituibilidad de la oferta, cabría que, ante un IRSNTP en un área determinada, los prestadores de servicios de ámbito geográfico superior pasaran, rápidamente y sin graves impedimentos de índole económica, técnica o jurídica, a prestar el servicio portador de difusión en esa otra área más reducida, aunque no a la inversa, pues el operador de ámbito geográfico más reducido habría de hacerse con una red de difusión en el ámbito superior además de con las frecuencias necesarias.

Resumiendo, desde la perspectiva de la demanda, no habría sustituibilidad entre los servicios prestados en diferentes ámbitos geográficos y, desde la de la oferta, sólo habría sustituibilidad en sentido descendente.

Conforme a las Directrices: *“los límites del mercado pertinente pueden ampliarse para tomar en consideración los productos o las zonas geográficas que, aunque no sean directamente intercambiables, deben incluirse en la definición del mercado a causa de la denominada sustitución en cadena”*. En nuestro caso, esta cadena de sustitución se daría en los siguientes términos: por ejemplo, el servicio portador de difusión a escala local sería casi sustitutivo del prestado a escala provincial y, por otro lado, este último sería casi sustitutivo del prestado a escala autonómica; lo anterior determinaría que los servicios prestados a escala local y autonómica pudieran también llegar a ser casi sustitutivos entre sí.

Esta sustituibilidad de la oferta en sentido descendente, reforzada por los criterios de la “sustitución en cadena” plasmados en las Directrices de la Comisión, y el ámbito nacional de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios portadores de difusión permitieron a la CMT hablar de un mercado geográfico de referencia nacional.

En resumidas cuentas, el mercado geográfico de referencia sería nacional, al constatarse que, sólo a escala nacional, las condiciones de competencia eran lo bastante homogéneas y al no detectarse ámbitos inferiores al nacional en los que las condiciones de competencia aplicables al servicio descrito fueran suficientemente distintas respecto al resto del territorio nacional.

- **Ronda de revisión de 2008.** Podía también leerse en las Directrices de la Comisión: *“en el sector de las comunicaciones electrónicas, el alcance geográfico del mercado pertinente se ha delimitado tradicionalmente aplicando dos criterios principales: la zona cubierta por una red y la existencia de instrumentos legales y otros instrumentos reglamentarios”*.

La CMT apuntaba, en efecto, que los criterios citados en los instrumentos europeos (Directrices; párrafo 59) eran esencialmente dos, a saber: (i) la zona cubierta por una red; (ii) la existencia de instrumentos legales o reglamentarios.

Partiendo del criterio de la zona de cobertura era posible distinguir en España redes de difusión de señal de ámbito nacional, autonómico y local. Partiendo del criterio de la existencia de instrumentos legales o reglamentarios específicos, la CMT subrayaba que la regulación que vimos al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores había propiciado la aparición de cadenas de ámbito autonómico y local, que se situaban junto a las de ámbito nacional. Cada una de estas cadenas había de disponer de un título habilitante referido al ámbito territorial en el que iban a recibirse sus emisiones.

Concluía la CMT la inexistencia de sustituibilidad de la demanda sobre la base de argumentos similares a los esgrimidos en la ronda de revisión de 2006.

Por otro lado, en cuanto a la sustituibilidad de la oferta, a diferencia de lo sostenido en la ronda de 2006, la CMT pasaba a considerar que ni tan siquiera existía sustituibilidad de la oferta en sentido descendente. Es decir, que no era posible que, ante un IRSNTP, los oferentes de ámbito superior pasaran, rápidamente y sin grandes impedimentos económicos, técnicos o jurídicos, a prestar los servicios de cobertura territorial inferior. Así: *“Por otra parte, si bien es cierto que, desde el punto de vista tecnológico (equipos) y de infraestructuras de una red nacional, estos elementos se podrían utilizar para prestar servicios autonómicos o locales, habría que realizar determinadas adaptaciones en cuanto a la potencia, cobertura y configuración de las redes para prestar servicios de ámbito territorial inferior”* (v. Pág. 22 de la Resolución).

Por todo ello podía concluirse que, al no existir sustituibilidad ni desde el punto de vista de la demanda ni de la oferta de los servicios de difusión de ámbito territorial nacional, autonómico y local, éstos constituían tres mercados geográficos separados. Por ende, los mercados geográficos definidos eran: 1 nacional español, 19 autonómicos y 308 locales definidos sobre la base de las demarcaciones identificadas en el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre Local (v. op. entorno normativo del mercado de la audiencia o de los telespectadores).

ii) Respecto del mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso Retevisión

El TDC, en el asunto *Abertis/Retevisión* se encargó de definir el mercado geográfico de referencia de los servicios de transporte y portadores de difusión de señal por ondas hertzianas, o lo que es igual, de los servicios de transmisión de señal de TV.

En este caso la parte notificante había postulado el ámbito nacional del mercado considerado, apoyándose en los pronunciamientos de la Comisión y aduciendo que la red tenía una cobertura nacional, que los servicios se prestaban a usuarios situados en distintos puntos de la geografía nacional o que el marco legal y regulatorio y los títulos habilitantes tenían, asimismo, dimensión nacional.

No fue ésta, sin embargo, la opinión del TDC, para quien existía un mercado catalán diferenciado del nacional en los servicios de transporte y difusión (transmisión de señal de TV), al no ser homogéneas las condiciones de competencia enfrentadas a escala nacional y las que lo eran a escala regional o autonómica. En ese concreto asunto, si bien *Retevisión*

prestaba estos servicios también en otras comunidades autónomas distintas de la catalana, *Tradia*, filial de *Abertis*, sólo lo hacía en esta última, por lo que sólo en Cataluña se solapaban los servicios de ambas.

El TDC respaldó estas afirmaciones con el análisis de la sustituibilidad de la oferta, concluyendo que, ante un IRSNTP no resultaba probable que operadores activos en otras comunidades autónomas pasaran a prestar sus servicios en Cataluña, dada la necesidad de obtener derechos de paso y de invertir en infraestructuras y la existencia de contratos en exclusiva de los que *Abertis*, a través de *Tradia*, era beneficiaria. A la inversa, ante ese mismo IRSNTP de los servicios prestados a escala nacional o en ámbitos autonómicos diferentes al catalán, tampoco cabría imaginar que *Tradia* pudiera pasar a prestar esos servicios en esos otros ámbitos.

iii) Respecto del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el caso Axión/Abertis/abuso I

En este primer caso de abuso de posición dominante por *Abertis* denunciado por *Axión* la afirmación de la CNC fue: *“Por ello, se considera como mercado o mercados relevantes en este expediente el mercado de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (analógica o digital) de ámbito nacional”*. Lo anterior supone que, en este caso, por la generalización a escala nacional de la supuesta conducta abusiva, se consideró que el mercado geográfico de referencia era el nacional, tanto para los servicios de transporte como para los servicios portadores de difusión de señal audiovisual.

iv) Respecto del mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en el caso Axión/Abertis/abuso II

En este segundo caso, también denunciado por *Axión*, de abuso por *Abertis* de su posición dominante, la delimitación del mercado geográfico de referencia fue idéntica a la del caso anterior, esto es, el mercado nacional de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal. Así, en la pág. 31 de la resolución se afirmaba: *“son los mercados de transporte de la señal audiovisual y el de difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (digital o analógica) en el ámbito nacional, los mercados relevantes a efectos del presente expediente”*.

v) Respecto del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso Axión/Abertis/concentración

Respecto del mercado de los servicios de transporte de señales audiovisuales, comprensivo del segmento del transporte contribución y del transporte distribución (ver la definición del mercado de producto pertinente), al mismo le dio la CNC un ámbito geográfico nacional.

En cambio, en el caso del mercado de los servicios de múltiple y difusión terrestre de señales audiovisuales, se mantuvo la diferenciación entre un mercado geográfico de referencia de dimensión nacional (España), de dimensión autonómica (Comunidad Autónoma de Andalucía) y de dimensión local (para cada una de las demarcaciones locales existentes dentro de esa comunidad autónoma), haciéndose lo anterior depender de que los

servicios portadores se suministraran a difusores de cobertura nacional, autonómica o local, respectivamente.

Es decir, que en este caso, se mantenía una dimensión nacional para los servicios de transporte y otra nacional, autonómica o local para los servicios portadores de difusión. Lo anterior podría ser entendible, pues, como hemos visto, sólo en los segundos, los criterios de la cobertura y de la existencia de instrumentos normativos específicos arrojarían demarcaciones de ámbito inferior al nacional.

vi) Respetto del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en el caso Teledifusión Madrid

La delimitación del mercado geográfico de referencia en este supuesto fue idéntica a la verificada en el caso *Axión/Abertis*/concentración examinado en el anterior epígrafe. Por tanto, existía un mercado de servicios de transporte, de dimensión más bien nacional, y varios mercados geográficos de referencia, de dimensiones nacional, autonómica (Comunidad Autónoma de Madrid) y local (demarcaciones locales dentro de esta última Comunidad autónoma), respectivamente, en cuanto al mercado de producto pertinente de los servicios de múltiple y difusión terrestre de señales audiovisuales.

c) Entorno normativo de los mercados inscritos dentro del más amplio de la transmisión de señal de televisión

i) Europeo

De los mercados de que hemos tratado hasta aquí, sería éste, prácticamente, el único plenamente adscrito al sector de las comunicaciones electrónicas. Por otro lado, resulta conveniente dejar advertido que de lo que se trata con estos epígrafes es tan sólo de dar una impresión general sobre el cuadro normativo dentro del que se inscriben estos mercados ante la imposibilidad material de ser exhaustivos.

Dicho lo anterior, la principal remisión ha de ser, por fuerza, al llamado paquete regulador de las comunicaciones electrónicas conformado por las directivas a las que, de forma reiterada, se ha venido haciendo referencia, a saber: Directiva de Competencia, Directiva Marco, Directiva Autorización, Directiva Acceso y Directiva Servicio universal:

- i. **Directiva Competencia.** La Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Competencia) incluye, como algunos de sus mandatos más destacados, los siguientes (Arts. 2 y 4): **(a)** la prohibición de que los Estados otorguen derechos exclusivos o especiales para la creación o suministro de redes de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o para la explotación del espectro asociada a dichas actividades; **(b)** la obligación de conceder autorizaciones generales y frecuencias para tales actividades con arreglo a criterios transparentes, proporcionales, objetivos y no discriminatorios.

- ii. **Directiva Marco**. La Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco) aspira a establecer un marco armonizado para la regulación de las redes de comunicaciones electrónicas, los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados, así como algunos aspectos de los equipos terminales, en este último caso, a fin de facilitar el acceso de los usuarios con discapacidad. También, *“fija las misiones de las autoridades nacionales de reglamentación e instaura una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad”* (Art. 1).

El Art. 15 ordena a la Comisión europea adoptar una recomendación donde queden delimitados, conforme al Anexo de la propia Directiva Marco, los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas, a fin de permitir la debida aplicación de las obligaciones previstas en las Directivas específicas que la complementan. Ese mismo Art. 15 manda a la Comisión publicar unas directrices sobre análisis de los mercados y evaluación de pesos significativos en los mismos y a las autoridades nacionales de reglamentación – en España la CMT – que se sujeten a esas directrices en la definición y análisis de mercados adaptadas a las circunstancias nacionales.

Otros artículos importantes de la Directiva Marco son el 11 y el 12. El primero ordena a las autoridades competentes de los Estados miembros atender a las solicitudes sobre derechos de paso - *“derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de las mismas”* - formuladas por las empresas autorizadas a suministrar redes de comunicaciones electrónicas mediante procedimientos rápidos, transparentes y no discriminatorios y sujetando la eventual autorización a condiciones, igualmente, transparentes y no discriminatorias. El Art. 12 se refiere a la ubicación y uso compartido de recursos y, en particular, prevé que, cuando una empresa suministradora de redes de comunicaciones electrónicas disfrute de los derechos de paso referidos en el artículo anterior, *“o pueda beneficiarse de un procedimiento de expropiación o utilización de una propiedad, las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer el uso compartido de tales recursos o propiedades, teniendo plenamente en cuenta el principio de proporcionalidad, incluyendo los edificios, las entradas a edificios, el cableado de edificios, mástiles, antenas, torres y otras estructuras de soporte, conductos, cámaras subterráneas, bocas de inspección y distribuidores”*.

- iii. **Directiva Autorización**. La Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Autorización), dispone que el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas tan sólo podrá someterse a una autorización general, debiendo tenerse por tal toda disposición de los Estados miembros que otorgue derechos para el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y que establezca obligaciones específicas aplicables a todos o a determinados tipos de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. De esta manera, ningún Estado miembro podrá oponerse a la voluntad de un operador de suministrar esos servicios, toda vez que dicho operador, para proceder a ese suministro, no necesitará que le sea concedido ningún título habilitante bastando una simple notificación a la autoridad nacional de reglamentación.

Además, la autorización general llevará implícitos los derechos de uso de las frecuencias necesarias. No obstante, será necesario que el operador obtenga los derechos individuales de uso del espectro, a conceder por el Estado miembro de que se trate, cuando ello esté justificado para evitar interferencias perjudiciales, garantizar la calidad técnica del servicio, garantizar un uso eficiente del espectro, o alcanzar otros objetivos de interés general, establecidos dichos estados de conformidad con la normativa comunitaria. (Art. 5). Por otra parte, la Directiva Autorización tasa en Anexo las condiciones que pueden asociarse a una autorización general (Vg.: tasas u obligaciones de servicio universal) o a los derechos de uso de radiofrecuencias (Vg.: cánones o condiciones para evitar interferencias perjudiciales).

- iv. **Directiva Acceso.** La Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva Acceso), persigue como objetivo, v. Art. 1, establecer un marco regulador para las relaciones entre suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas que, entre otros extremos, garantice la accesibilidad e interconectividad de esas redes y la interoperabilidad de dichos servicios en beneficio de la competencia y de los consumidores, definiendo los derechos y las obligaciones de los operadores que deseen interconectarse y/o acceder a sus redes o recursos asociados (la Directiva no afecta al acceso de los usuarios finales).

El acceso se define (Art. 2. a) como *la puesta a disposición de otra empresa, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo cuando se utilicen para el suministro de servicios de la sociedad de información o de servicios de contenidos de radiodifusión*; dentro del término se comprenden, entre otros aspectos, el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles.

La interconexión se define (Art. 2. b) como una forma particular de acceso consistente en *“la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta, o acceder a los servicios prestados por otra empresa”*.

Las reglas generales las sientan el Art. 3 y el Art. 4. El primero de los dos ordena a los Estados miembros velar porque no existan restricciones que impidan a las empresas negociar entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión con sujeción a la legislación comunitaria y a no mantener medidas legales o administrativas que fuercen a los operadores, a la hora de conceder el acceso o la interconexión, a ofrecer condiciones distintas a empresas diferentes por servicios equivalentes. Por su parte, el Art. 4 impone a los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, cuando así lo soliciten otras empresas igualmente autorizadas.

Los Arts. 9 a 13 de la Directiva Acceso se ocupan, respectivamente, de las obligaciones de transparencia, no discriminación, de mantenimiento de cuentas separadas, de conceder acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización y de control de

precios y contabilidad de costes, las cuales pueden ser impuestas por la Autoridad Nacional de Reglamentación al operador con poder significativo de mercado. El hecho de haber estudiado estas obligaciones específicas en otras partes de la tesis eximiría de entrar en mayores consideraciones.

Lejos en el tiempo van quedando ya las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02). La aprobación del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas ha supuesto la superación, en gran medida, de su contenido y que su virtualidad haya quedado muy mermada. En el contexto de la Directiva Marco y de los instrumentos de desarrollo (Directivas específicas, Recomendación y Directrices objeto de profundo estudio en otros pasajes de la tesis), los acuerdos de interconexión entre operadores se imponen como deber, sin que tan siquiera quepa albergar la idea de que esos acuerdos pudieran dotarse de carácter colusorio.

En el prefacio de las Directrices sobre el sector de las Telecomunicaciones de 1991, el legislador europeo no era, sin embargo, tan rotundo y en ese prefacio el planteamiento inicial era, en efecto, el de que determinados acuerdos de cooperación entre operadores de telecomunicaciones (OO.TT.), especialmente los de interconexión de servicios y redes y los que servían para establecer un punto único de facturación y compra frente al cliente debían considerarse procompetitivos y conducentes a las eficiencias previstas en el actual Art. 101.3 TCEE, toda vez que los mismos permitirían que los europeos tuvieran a su alcance un mayor abanico de servicios de telecomunicación, mejores y más baratos, gracias a la interoperabilidad de las redes y a su carácter paneuropeo. Sin embargo, también se advertía que *“es necesario que la cooperación se adecúe a las normas sobre competencia y las respete, a fin de evitar las deseconomías que de otro modo podrían surgir”* pues ello podría derivar en una *“colusión indeseable”*.

- v. **Directiva Servicio Universal.** La Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), tiene por objeto garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad, a través de una competencia y una libertad de elección reales, así como tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de forma satisfactoria por el mercado.

De lo anterior resultaría que el campo propio de aplicación de la Directiva Servicio Universal quedaría inscrito dentro del segmento minorista de prestación de servicios a usuarios finales. Si tenemos en cuenta que todos los mercados inscritos dentro del de la transmisión de señal audiovisual son mercados mayoristas, poca o ninguna utilidad tendría el estudio de sus preceptos en esta sede.

- vi. **Otra normativa europea.** Incidiendo sobre otra normativa comunitaria de menor trascendencia, podrían también hacerse algunas observaciones. Y así, dado que el medio soporte de estos mercados que estudiamos son las ondas hertzianas, poco sentido tendrían las referencias al Reglamento 2887/2000/CE de 18 de diciembre de 2000 sobre acceso desagregado al bucle, por más que su importancia resultara indudable en cuanto a otras formas de difusión de TV sobre protocolo Internet: piénsese en la obligación que en España tendría *Telefónica* de, en el tramo mayorista,

facilitar acceso a su par trenzado de hilos de cobre a otros operadores interesados en suministrar, en el segmento minorista, servicios similares a los de *Imagenio*.

Por otra parte, dicho Reglamento, que si bien en una etapa inicial se reveló como una herramienta eficaz de apertura del mercado del bucle local, ha terminado siendo derogado por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 337 de 18.12.2009).

La razón, puesta de manifiesta en el preámbulo de la Directiva (considerando 74), es que, con arreglo al marco de 2002, las autoridades nacionales de reglamentación tenían el deber de analizar el mercado de acceso desagregado al por mayor a los bucles y subbucles metálicos para la prestación de servicios de banda ancha y vocales, según lo definido en la Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios, y que, puesto que todos los Estados miembros habían analizado este mercado por lo menos una vez e implantado las obligaciones apropiadas sobre la base del marco de 2002, el Reglamento no era ya necesario.

ii) Nacional

(1) Normativa sobre liberalización de los servicios

Como en el caso del entorno normativo europeo, la extensión de la legislación nacional que versa sobre comunicaciones electrónicas, entre las que se incluye la transmisión de señal audiovisual por ondas terrestres, aconseja asomarse sólo a las más importantes disposiciones de rango legal o reglamentario.

Ya se ha dicho que la aparición en nuestro país, allá por el año ochenta y nueve, de las cadenas de TV privada, hizo necesario que un organismo independiente tuviera que hacerse cargo del servicio de transporte y portador de difusión de señal que, hasta ese momento, había venido asumiendo la red técnica del ente público RTVE. Procede aquí recordar que, como se expuso al tratar del mercado de la difusión, audiencia o telespectadores, el Real Decreto 1362/1988 por el que vino a aprobarse el Plan técnico nacional de televisión privada dispuso, que con el objeto de minimizar las inversiones necesarias, las redes de transporte y difusión de la señal de las televisiones privadas debía coincidir, en cuanto fuera técnicamente posible, con las del ente público RTVE. Por estas razones, mediante Real Decreto 1160/1989, de 22 de septiembre, por el que fue aprobado el Reglamento técnico del servicio de difusión de televisión y del servicio portador soporte del mismo, llegó a encomendarse al ente público *Red Técnica Española de Televisión (Retevisión)*, en régimen de monopolio, la gestión y explotación de la red de transporte y difusión de señal audiovisual por ondas hertzianas.

Con posterioridad a esa norma, el Real Decreto 2276/1996, de 25 de octubre (BOE nº 267, 5-Nov-1996), de Desarrollo del Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las telecomunicaciones, en relación con el segundo operador de telecomunicaciones y el Ente público de la red técnica española de televisión (*Retevisión*), ordenó que este último ente constituyera una sociedad anónima (*Retevisión, S.A.*), a la que debía ceder la totalidad de los

bienes y derechos integrados en su red de telecomunicaciones, títulos habilitantes incluidos, con la excepción que pasaremos a exponer en el párrafo siguiente. Esta sociedad anónima estaba llamada a erigirse en un segundo operador de telecomunicaciones que permitiera romper el monopolio de *Telefónica* y, de hecho, *Retevisión S.A.* pasó a convertirse en el segundo operador español de telefonía fija tras su privatización y adjudicación a un grupo encabezado por *Endesa*, *Unión Fenosa* y la italiana *STET*.

Sin embargo, como la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto-Ley 6/1996 atribuía a *Retevisión Ente público* la prestación del servicio portador soporte de los de difusión de señal audiovisual hasta la finalización del plazo concesional previsto en el Art. 11 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada, el Real Decreto 2276/1996 estableció que la transferencia de activos a la nueva sociedad, *Retevisión, S.A.*, no debía extenderse a los títulos habilitantes para dicha prestación de servicio portador los cuales seguirían en poder de *Retevisión Ente público*. Estas previsiones fueron confirmadas por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998.

La culminación del proceso liberalizador y de privatización con relación a *Retevisión Ente público* llevó a que éste último cambiara su denominación por la de Red.es y a que sus funciones derivaran hacia todo lo referente a la pronta implantación de la Sociedad de la Información: el Art. 6 del Real Decreto-Ley 16/1999, de 15 de octubre (BOE nº 248, 16-Oct-1999), sobre medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones atribuía a la nueva entidad como funciones el análisis, el estudio y el fomento de la introducción, en la sociedad española, de las redes y servicios avanzados de telecomunicaciones y, poco tiempo después, en marzo de 2000, se designaba a Red.es como autoridad competente para la gestión del Registro de los nombres de dominio de internet bajo el código de país correspondiente a España.

Una enumeración completa de estas y otras funciones, tras ampliaciones como las operadas por las Leyes de Medidas fiscales, administrativas y del orden social 14/2000 y 24/2001, puede hoy encontrarse en el Art. 3 del Real Decreto 164/2002, de 8 de febrero (BOE nº 41, 16-Feb-2002), por la que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es.

Así pues, en lo que se refiere al servicio de transporte y difusión de señales de televisión de ámbito estatal, el servicio se prestó por el ente público *Retevisión* en régimen de monopolio legal hasta el 3 de abril de 2000 (Disposición Transitoria Séptima de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones ya derogada). A partir de dicha fecha, dicho servicio quedó liberalizado, pudiendo las sociedades concesionarias optar por desplegar y explotar su propia red de transporte y difusión de señales o bien contratar este servicio con cualquier operador presente en el mercado.

Sí podría resaltarse el contenido de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 32/2003, conforme a la cual las garantías de cobertura de los servicios soporte de los de televisión establecido por el Reglamento, aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000, de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, seguirían siendo aplicables, hasta tanto no se mantuvieran, modificaran o eliminaran, a través del procedimiento de fijación de mercados de referencia y poder significativo en el mercado con obligaciones a los operadores designados al efecto establecido en la propia LGT, o se impusieran, en su caso, las correspondientes obligaciones de servicio público.

Por su parte, la Disposición Transitoria Cuarta de esa Orden preveía que, tras la finalización del plazo inicial de 10 años de vigencia de la concesión referido en el Art. 11 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión privada, *Retevisión, Sociedad Anónima*, quedaba obligada a prestar el servicio portador – que tendría la consideración de obligación de servicio público – a favor de las entidades gestoras del servicio público de TV; las cuales podrían también contratar con otros operadores o autoprestarse los servicios portadores.

Así pues, como garantía de la continuidad de estos servicios, *Retevisión S.A.* (sociedad proveniente de la privatización del ente público) estaba obligada transitoriamente a continuar prestando el servicio a los radiodifusores que lo solicitasen en condiciones similares a las que venía aplicando, bajo el principio de no discriminación y con precios regulados (Art. 5.4 Decreto-Ley 16/1999, Disposición Adicional Cuarta del RD 2169/1998, Disposición Transitoria Cuarta de la Orden de 9 de marzo de 2000 de aprobación del Reglamento sobre uso del espectro, Disposición Transitoria Séptima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones). Esta obligación se extendió hasta febrero de 2006 tras haber completado la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) el análisis del mercado correspondiente.

La culminación del proceso de fijación de los mercados de referencia con imposición de obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en los mismos llevó a que quedaran sin efecto todas las anteriores previsiones. Por ello, la Disposición Transitoria Sexta ha sido, al final, derogada por la LGCA de 2010.

(2) La Ley General de Telecomunicaciones de 2003 y su normativa de desarrollo

En general, este marco normativo quedó, en su principal medida, expuesto al tratar del mercado de la difusión de TV, audiencia o telespectadores – que vinculamos, por las razones expuestas en su lugar, a la TV terrestre y en abierto – y del mercado de la TV de pago, el cual, por los motivos que igualmente se expusieron, relacionamos más con la difusión por satélite y cable (incluyendo dentro de éste tanto la fibra óptica como el ADSL).

Esta última circunstancia, la de haber centrado este mercado que ahora estudiamos en el modo de difusión basado en las ondas hertzianas y la exposición que realizaremos más adelante, al tratar de las barreras normativas de entrada asociadas a la necesidad de título habilitante, dispensarían de reiterar contenidos ya expuestos.

El sector de los servicios de transmisión de señal audiovisual, comprendiendo tanto los de transporte como los portadores de difusión, sería hoy un sector liberalizado, sujeto al marco regulador general de las comunicaciones electrónicas, conformado por la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

Procede hacer cita de la Disposición Adicional Séptima de la misma Ley 32/2003 conforme a la que las redes públicas de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de servicios de televisión digital deberán disponer de capacidad para distribuir programas y servicios de televisión de formato ancho. Los operadores de dichas redes que reciban programas o servicios de televisión de formato ancho para su posterior distribución estarán obligados a mantener dicho formato.

Otra normativa complementaria de la LGT a la que cabría remitirse:

- i. **Reglamento sobre prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y normativa complementaria.** El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE nº 102, 29-Abr-2005). Como puede inferirse de su título, y al igual que ocurría con la Directiva Servicio Universal (ver más arriba), esta norma quedaría inscrita en el tramo minorista del servicio – relaciones entre el operador y el usuario final – por lo que carece interés su estudio en relación con los mercados de transmisión de señal audiovisual que son, como hemos visto, mercados mayoristas.

Sus previsiones se completan con las del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se Aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (BOE 30 mayo 2009, núm. 131, pág. 45386). Sin perjuicio de las normas sobre protección general de consumidores y usuarios, este Real Decreto regula el régimen de protección específica de estos usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas. Además de otras cosas, se recogen las prestaciones que, como servicio universal, deben garantizarse por el operador designado a todos los ciudadanos, incluyendo las medidas específicas para el acceso al servicio telefónico fijo por personas con discapacidad.

Recientemente, ha sido aprobado el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril. De acuerdo con la Directiva de Servicio Universal, los Estados miembros vienen obligados a garantizar, entre otros, que se satisfagan todas las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red telefónica pública, debiendo permitir dicha conexión, entre otros extremos, transmisiones de datos a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica. Para la determinación de la velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, el considerando 8 de dicha directiva la limitaba a la banda estrecha, dejando para una posibilidad posterior la incorporación de velocidades de banda ancha en el servicio universal. Esta situación cambió con la aprobación de la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican, entre otras, la Directiva 2002/22/CE. El considerando 5 de la citada Directiva 2009/136/CE, recoge que le corresponde a los Estados miembros la facultad de determinar la velocidad de transmisión de datos que permita el acceso funcional a Internet, teniendo en cuenta las específicas circunstancias de los mercados nacionales. En aplicación de esta facultad otorgada a los Estados miembros, el artículo 52 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece que la conexión a la red pública de comunicaciones electrónicas con capacidad de acceso funcional a Internet, garantizada por el servicio universal de telecomunicaciones, deberá permitir comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo.

- ii. **Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas.** Se trata del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (BOE nº 314, 30-Dic-2004). De sus objetivos – enumerados en el Art. 1 – los más vinculados al estudio de los mercados de la transmisión de señal audiovisual serían los dos siguientes: **(1)** la fijación del procedimiento a seguir por la CMT para la definición y análisis de los mercados de referencia asociados a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y para la imposición de obligaciones específicas a los operadores con poder significativo en los mismos; **(2)** la regulación - ahora sí en el tramo mayorista o, lo que es igual, cuando el beneficiario del acceso no sea un usuario final - de la interconexión y acceso a las redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados. Sus previsiones, en lo que concierne a estos mercados de que ahora tratamos, vendrían, en lo esencial, a ser un detalle de previsiones ya estudiadas con la Directiva Acceso y la Directiva Marco.
- iii. **Normativa sobre dominio público radioeléctrico.** Es el bloque de normas relativas al dominio público radioeléctrico que, con todo detalle, se dejaron estudiadas al tratar, en sede del mercado de la difusión, audiencia o telespectadores, de una particular barrera normativa de entrada cual es la necesidad de disponer de las frecuencias o del espectro radioeléctrico necesario para la emisión.
- iv. **Normativa sobre tasas a operadores.** El Real Decreto 1620/2005, de 30 de diciembre, es el que regula las tasas establecidas en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE nº 313, 31-Dic-2005). La Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones (Título VII y Anexo I) prevé la imposición a los operadores de las siguientes tasas: **(a)** tasa general de operadores, con un límite del 2 por mil de los ingresos brutos anuales de explotación obtenidos por el operador en cuestión y cuya finalidad es la de sufragar los gastos ocasionados por la aplicación del nuevo régimen jurídico de las telecomunicaciones por las Autoridades nacionales de reglamentación (es independiente de las contribuciones que puedan acordarse con cargo a los operadores para sufragar los gastos de servicio universal); **(b)** tasa por numeración telefónica, cuyo hecho imponible está constituido por la asignación de números o bloques de numeración a favor de una o varias personas o entidades; **(c)** tasa por reserva del dominio público radio eléctrico donde el hecho imponible es la reserva frecuencias en uso privativo a favor de una o varias personas o entidades; **(d)** tasas de telecomunicaciones que conformarían un cajón de sastre en el que tendrían cabida conceptos diversos como, por ejemplo, la expedición por la Administración de certificaciones que amparan las instalaciones de redes en el interior de los edificios o que acreditan el cumplimiento de especificaciones técnicas por parte de los equipos de telecomunicaciones. Dependiendo de su importe y entidad estas tasas pueden llegar o no a erigirse en barreras a la entrada en los mercados de referencia.
- v. **Normativa en materia de infraestructuras comunes de los edificios.** El camino de toda la normativa en materia de infraestructuras comunes de los edificios (ICT) lo había preparado ya el Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, por el que vino a establecerse el régimen jurídico de las infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación y entre cuyos principales objetivos se encontraban el de coordinar y ordenar el despliegue de las distintas redes en función de la tecnología soporte y el de preservar el derecho de elección del usuario final (BOE nº

51, 28-Feb-1998). El Art. 3 de esta norma condicionaba toda autorización para la construcción o rehabilitación integral de edificios a la presentación de un proyecto técnico de infraestructura común de telecomunicaciones firmado por un ingeniero o ingeniero técnico de telecomunicaciones.

El anterior fue derogado por el Real Decreto 401/2003, de 4 de abril, por el que se aprobaba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de los edificios y de la actividad de instalación de equipos y sistemas de telecomunicaciones (BOE nº 115, 14-May-2003). Venía a dar cumplimiento al mandato del Art. 37 de la Ley General de Telecomunicaciones conforme al que dicho Real Decreto debía determinar tanto el punto de interconexión de la red interior con la red pública, como las condiciones aplicables a la propia red interior, garantizar el acceso individual a los servicios de comunicaciones electrónicas en defecto de infraestructuras comunes, así como que la obra civil en el interior de los edificios permitiera el paso de las redes de los distintos operadores y la coubicación o uso compartido de infraestructuras por los mismos. El palabras de la Exposición de motivos del propio Real Decreto 401/2003: *“en este marco, este reglamento tiene como objeto garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder a las diferentes ofertas de nuevos servicios de telecomunicaciones, eliminando los obstáculos que les impidan poder contratar libremente los servicios de telecomunicaciones que deseen, así como garantizar una competencia efectiva entre los operadores, asegurando que disponen de igualdad de oportunidades para hacer llegar sus servicios hasta las viviendas de sus clientes”*.

Más detalladas aún que las normas del Real Decreto 401/2003 eran las contenidas en la Orden 1296/2003, de 14 de mayo, que lo desarrollaba (BOE nº 126, 27-May-2003). Aparte lo anterior, la Orden 1077/2006, de 6 abril (BOE nº 88, 13-Abr-2006), vino a establecer el procedimiento a seguir en las instalaciones colectivas de recepción de televisión en el proceso de su adecuación para la recepción de la televisión digital terrestre modificando determinados aspectos administrativos y técnicos de las infraestructuras comunes de telecomunicación en el interior de los edificios.

Finalmente, ha sido aprobado Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones. En el preámbulo de esta norma se hacía referencia al nacimiento de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas surgidos al calor de la liberalización, así como al desarrollo de tecnologías de acceso ultrarrápido que los hacían posibles.

El nuevo reglamento intentaba adaptarse a esta realidad contemplando, entre las redes de acceso, la basada en la fibra óptica en línea con los objetivos de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de mayo de 2010, titulada *“Una Agenda Digital para Europa”*. Entre los campos de actuación de la agenda digital, se destacaban el acceso rápido y ultrarrápido a Internet y el fomento del despliegue de las redes NGA (*Next Generation Access*), con el fin de conseguir que, para 2020, todos los europeos tuvieran acceso a unas velocidades de Internet muy superiores, por encima de los 30Mbps, y que el 50% o más de los hogares europeos estuvieran abonados a

conexiones de Internet por encima de los 100Mbps. La Comunicación de la Comisión también señalaba, como indicador significativo, la muy escasa penetración, en Europa, de la fibra óptica al hogar, en comparación con la de algunas naciones importantes del G20. Entre las acciones para conseguir estos objetivos, el documento identificaba, como tarea para los Estados Miembros, entre otras, la de *“poner al día el cableado dentro de los edificios”*.

En este marco, el reglamento aprobado por el nuevo real decreto tiene como objeto garantizar el derecho de los ciudadanos a acceder a las diferentes ofertas de nuevos servicios de telecomunicaciones, eliminando los obstáculos que les impidan poder contratar libremente los servicios de telecomunicaciones que deseen, así como garantizar una competencia efectiva entre los operadores, asegurando que disponen de igualdad de oportunidades para hacer llegar sus servicios hasta sus clientes. Por otra parte, el reglamento aprobado por el real decreto, contribuye a facilitar la implementación de las medidas incluidas en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, al poderse utilizar como referencia en aquellas relacionadas con la rehabilitación de viviendas que incluyan las infraestructuras de telecomunicación que permitan el acceso a Internet y a servicios de televisión digital. De igual forma, el reglamento aprobado por el real decreto incide en la necesidad de que las infraestructuras de telecomunicaciones de las edificaciones sean diseñadas de forma tal, que resulte sencilla su evolución y adaptación contribuyendo al proceso de acercamiento de las viviendas al concepto de “hogar digital”, y a la obtención de los beneficios que éste proporciona a sus usuarios: mayor seguridad, ahorro y eficiencia energética, accesibilidad, etc.

Completando el último peldaño reglamentario, se ha dictado la Orden ITC/1644/2011, de 10 de junio, por la que se desarrolla el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, aprobado por el Real Decreto 346/2011, de 11 de marzo.

d) El mercado de los servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT

i) Reseña general e identificación del operador con poder significativo de mercado en la resolución de la CMT

Como ha habido ya oportunidad de señalar, no se trataba aquí de un caso concreto que hubiera de ser dirimido por la autoridad nacional de la competencia, sino de que la autoridad nacional de reglamentación, en España, la CMT, analizaba el mercado y el juego de la competencia en el mismo a fin de determinar si, dada la existencia de posiciones de dominio en él, podía ser necesaria la imposición de obligaciones específicas al operador con poder significativo de mercado para preservar el juego de la competencia.

Por otra parte, partiendo de la delimitación de mercado de producto y geográfico indicada más arriba, no nos perderemos en consideraciones sobre otros mercados de producto (en especial los de los servicios de transporte de señal).

La empresa identificada como operador con PSM fue *Abertis Telecom, S.A.* En cuanto a los datos completos de identificación de ésta valdrá con que nos remitamos a lo dicho más abajo al tratar del caso *Abertis/Retevisión* y otros casos concretos en los que se vio involucrado este operador.

Por otra parte, se consideraba necesario designar como operador con PSM al grupo de empresas a que pertenecía *Abertis* en su conjunto, entendiendo por tal a los efectos del análisis, tanto a la empresa concreta identificada como operador dominante individual como a todas las empresas de cada grupo que proveyesen los servicios incluidos en los respectivos mercados de referencia. En este sentido, se destacaba que la propia CMT, interpretando reiterada jurisprudencia comunitaria (Resolución de la CMT de 8 de noviembre de 2000, sobre *Tarifa Plana de Terra* y Resolución de la CMT de 20 de mayo de 1999), ya había precisado que *“cuando un grupo de sociedades constituye una «unidad económica», en tanto en cuanto carecen de la necesaria autonomía de comportamiento en el mercado respecto de la sociedad matriz, existe una sola empresa a los efectos de aplicar las disposiciones de derecho de la competencia”*.

ii) Análisis del mercado de los servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT

(1) Del lado de la oferta

(a) En la ronda de revisión de 2006

Cuando hablamos de mercados incluidos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas definidos con sujeción al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, las labores de análisis llegan hasta el extremo de determinar si en los mismos existe una situación de PSM en manos de un operador, mientras que las de evaluación del juego de la competencia se refieren, más bien, a las restricciones que de esa situación de PSM podrían derivarse para ese juego de la competencia y a las obligaciones específicas o remedios a los que cabría acudir para neutralizarlas. Este particular enfoque (prospectivo) determina que dentro del análisis del mercado haya que incluir aspectos que cuando se trata del estudio de casos concretos de concentración o de prácticas colusorias tendrían que incluirse dentro de la evaluación del juego de la competencia.

Por otra parte, por razones de síntesis y de claridad expositiva, hemos querido sistematizar el contenido de la Preconsulta, del Proyecto y de la Resolución diferenciando esa labor de análisis realizada desde la perspectiva de la oferta (estructura de la oferta y poder de mercado de los proveedores) de la verificada desde el punto de vista de la demanda (estructura de la demanda y poder de compra).

La estructura de la oferta pasaba por determinar los operadores que prestaban servicios portadores de difusión de señal de TV por ondas en el mercado español, prescindiendo pues de los operadores que prestaban ese mismo servicio portador sobre otros soportes. La CMT concluía que los únicos operadores activos en el mercado de producto de la prestación de servicios portadores de difusión de señal de TV por ondas hertzianas eran *Abertis* (ámbito

nacional), *Axi3n* (3mbito auton3mico: Andaluc3a), *Retegal* (3mbito auton3mico: Galicia) y *Net Radio Medialatina* (3mbito local).

Los 3ltimos datos facilitados por la CMT se refer3an al a3o 2004. En ese a3o, el grupo *Abertis* dispon3a de una cuota de mercado nacional del 86,89 % por n3mero de clientes y del 91,48 % por volumen de ingresos; *Axi3n*, del 2,56 % y del 6,30 %; *Net Radio Medialatina* del 9,97 % y del 0,41 %; y otros operadores del 0,57 % y del 1,81 %.

Estos datos permitieron a la CMT evaluar el grado de concentraci3n del mercado con arreglo a diversos par3metros. Uno fue el CRi, que resultaría de sumar las cuotas de mercado de los principales operadores, siendo “i” el n3mero de operadores con mayor cuota de mercado que se tomaba como referencia en un periodo de tiempo determinado. As3, partiendo de los datos que se han dejado expuestos para 2004, tendr3amos que, por n3mero de clientes, CR4 era de 100 %, CR3 de 99,43 %, CR2 de 96,87 % y CR1 de 86,89 % y que, por volumen de ingresos, CR4 era de 100 %, CR3 de 99,59 %, CR2 de 97,78 % y CR1 de 91,48 %.

Otro par3metro fue el ya conocido 3ndice de *Herfindhal-Hirschman*, 3ndice m3s consistente que el anterior y que daba una medida proporcional del grado de concentraci3n en el mercado, y que resultaba de sumar los cuadrados de las cuotas de mercado correspondientes a las diferentes empresas existentes en el mercado. As3, tendr3amos para 2004 un IHH de 7.657 por n3mero de clientes y de 8.411 por volumen de ingresos. A la luz de los anteriores datos resultaba evidente que el grupo *Abertis* disfrutaba de PSM dentro del mercado de referencia, desde el momento en que, como sabemos, en la jurisprudencia del TJUE, cuotas por encima, del 50 % ser3an, de por s3 y salvo circunstancias excepcionales, determinantes de posici3n dominante.

Un elemento esencial que era necesario poner en relaci3n con el est3tico de las cuotas de mercado era el elemento temporal. Es lo que Waelbroeck, M. M. y Frignani, A., “*Derecho europeo de la competencia*”, v. 1, (versi3n espa3ola por S3enz-Cortabarr3a Fern3ndez, I. & Morales Isasi, M.), Bosch, Barcelona, 1997, denominan “perspectiva din3mica”, en la medida en que “[...] la posesi3n de una cuota de mercado elevada no coloca a la empresa que la tiene en una situaci3n de fuerza si no tiene un car3cter duradero”. Tras analizar la STJCE en el asunto Hoffmann-La R3che c. Comisi3n, de 13 de febrero de 1979, considerando 41, *Rec.*, 1979, p. 461, *CMLR*, 3/1979, p. 211, Frignani mantiene que la cuota de mercado por s3 misma considerada puede llevar a resultados aberrantes si su utilizaci3n no se combina con otros factores.

Por eso, y como las Directrices de la Comisi3n exig3an en estos mercados que las cuotas no se tomaran como referencias est3ticas, sino din3micas, la CMT se preocup3 de analizar la evoluci3n de las mismas en el tiempo. En este sentido, la ANR espa3ola recalc3 que el dato de que un solo operador aglutinase una importante cuota de mercado pod3a no determinar la ausencia de competencia si, por ejemplo, ese operador era distinto cada a3o. Por lo anterior, la CMT dej3 consignado que, por n3mero de clientes, en 2001 la cuota combinada de *Retevisi3n* y *Tradia* (luego integradas en el *Grupo Abertis*) era del 97,48 %; en 2002, del 91,1 %; en 2003, del 87 % la del *Grupo Abertis*; y en 2004, del 86,89 %. Por volumen de ingresos, esas mismas cifras eran: 94,22 % (2001), 93,48 % (2002), 92,58 % (2003) y 91,48 (2004). A la vista de estos datos, cab3a concluir que se trataba de un mercado estable y que la posici3n de *Abertis* era una posici3n dominante a la baja, en el sentido de perder cuota pero a un ritmo muy lento.

Esa estabilidad del mercado venía también confirmada por el dato de que no hubieran llegado a producirse abandonos o huidas del mismo. Los dos únicos casos de salida se habían producido en 2002 y 2003 no por quiebras, sino por cambios en la titularidad del accionariado, a saber: (i) con la privatización de *Tradia* por la *Generalitat* de Cataluña para su posterior venta al grupo *Abertis*; (ii) con la venta de *Retevisión I, S.A.U.* a *Abertis* por *Auna*. El hecho de que no hubieran llegado a producirse abandonos, junto con el de que el 100 % tanto de *Retevisión* como de *Tradia* fuera asumido por *Abertis*, confirmaba la existencia de importantes costes hundidos (barreras de salida) dentro del mercado de referencia.

El hecho de que en las Directrices de la Comisión viniera a subrayarse que los datos sobre cuotas de mercado, en los de las comunicaciones electrónicas, cobraban un valor relativo por su carácter dinámico, siendo necesario completar el análisis con otros factores, condujo a que la CMT se planteara, precisamente, la existencia de estos factores. De ellos cobraban una especial significación los siguientes:

- 1) **El control de una infraestructura difícilmente reproducible.** La posición dominante de *Abertis* venía reforzada por la existencia de una estructura difícilmente reproducible controlada por la propia *Abertis* y constituida por la red de difusión (centros emisores) y el sistema radiante (centros reemisores), a los que se hizo referencia al tratar de la delimitación del mercado pertinente, que habían de existir en un número muy elevado para lograr cobertura nacional. También según Tobías Martínez de *Abertis Telecom* (XX encuentros de telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo: “*La TDT: el gran salto de la industria audiovisual*”), *Abertis Telecom* contaba con más de 3.200 emplazamientos operativos y 11.500 frecuencias de retransmisión a lo largo del territorio español.

A lo anterior había que añadir la necesidad de ubicar esos centros emisores y reemisores en determinadas cotas o puntos hacia los que se encontraba orientado el parque de antenas existente, pues el coste de reorientarlas resultaba inasumible (“*los emplazamientos suelen ocupar cotas altas, próximas a las poblaciones a las que dan servicio. Además, las antenas de recepción de los usuarios finales deben estar orientadas hacia el centro emisor que le proporciona el servicio de televisión*”). Había que contar, también, con que la necesidad de ubicación en esos puntos podía, en ocasiones, colisionar con la existencia de barreras de entrada de tipo normativo asociadas a las limitaciones a la ocupación de los dominios público y privado por razones medioambientales, de salud y seguridad públicas, de defensa nacional o de ordenación urbana o territorial. Lo anterior llevaba a la aparición de diversos puntos controlados por *Abertis* difícilmente replicables por posibles competidores. De ahí que la aparición de operadores alternativos en el corto plazo, dos o tres años, resultara complicada.

- 2) **Limitación de la competencia potencial.** En sus Directrices, venía la Comisión a exigir que los mercados de las comunicaciones electrónicas fueran analizados con una visión prospectiva, al ser lo anterior consustancial a su carácter de mercados dominados por la impronta de la innovación. Lo anterior llevó a que la CMT ponderara hasta qué punto podía llegar a ser la anterior posición dominante de *Abertis* neutralizada a consecuencia de la existencia de una fuerte presión procedente de sus competidores potenciales. Dentro de éstos, la atención se centró, principalmente, en los operadores que venían

ofreciendo servicios conexos al de referencia, al considerarse que, normalmente, serían ellos los que cabría que entrañaran una amenaza de mayor entidad para la propia *Abertis*. Así, la ANR española se ocupó de los siguientes:

- a) ***Los proveedores de servicios de transporte de señal.*** Cabía la posibilidad de que el difusor televisivo hubiera celebrado contrato con el operador que actuaba en el tramo del servicio de transporte y que éste para dar el servicio completo se planteara también dar el servicio portador de difusión de señal de TV. Sin embargo, lo anterior, aún siendo posible, resultaba improbable porque este último tramo de la red era el que exigía mayores inversiones. Además esa posibilidad podía plantearse en la difusión de ámbito autonómico o local, pero no en la de ámbito nacional donde lo normal era la contratación de servicio de transporte y portador de difusión con *Abertis*, con mayores eficiencias y ahorros de costes para el difusor. A lo anterior debían añadirse las dificultades implícitas en el hecho de que el prestador del servicio de transporte que aspirara a prestar también el servicio portador de difusión hubiera de llevar a cabo esto último a través de la infraestructura a la que iba vinculada el título habilitante del organismo de radiodifusión.
- b) ***Los prestadores de servicios portadores de difusión de señal de TV por otros medios diferentes de las ondas hertzianas (satélite, cable o ADSL).*** En principio, cabía que los mismos pudieran erigirse en competidores actuales o reales. Sin embargo, los que operaban plataformas alámbricas o fibrilares no llegarían al mismo nivel de cobertura. Y en cuanto a los operadores de plataforma satelital, si bien rebasado el umbral de penetración de las parabólicas, cifrado en el 50 %, cabía que llegaran a ejercer una competencia efectiva, seguiría subsistiendo la dificultad inherente al hecho de que el servicio portador hubiera de ser prestado a través de la plataforma tecnológica a la que iba referido el título habilitante del difusor televisivo.

(b) En la ronda de revisión de 2008

Partiendo de la resolución recaída en la anterior ronda de revisión de 2006, nos centraremos sólo en lo que pudiera suponer complemento o novedad con respecto a la misma.

La CMT, tras constatar la existencia de importantes barreras de entrada en el mercado de referencia (ver más abajo el epígrafe sobre barreras de entrada), admitía que, como se indicaba en la Recomendación de la Comisión europea de 2007: *“aun cuando un mercado se caracterice por unos fuertes obstáculos al acceso, pueden existir en él otros factores estructurales que le hagan tender hacia una situación de competencia efectiva dentro del horizonte temporal pertinente”*. De hecho el mercado la transmisión de señal de TV no se incluía en el listado de los de la Recomendación tras *“la apreciación de un mayor nivel de competencia entre plataformas con la transición desde la tecnología analógica a la digital y el hecho de que en muchos Estados Miembros existen 3-4 plataformas compitiendo en tecnología digital frente a las 2-3 plataformas que existían en tecnología analógica”* (v. pág. 30 de la resolución de la ronda de revisión de 2008).

No se apartó, sin embargo, la CMT del criterio seguido en la anterior ronda de revisión, para terminar manifestando al respecto (v. pág. 31 de su resolución): *“Efectivamente, al contrario de la situación en otros países europeos, en España la difusión por ondas terrestres no es sustituible por parte de los difusores por plataformas alternativas. Por tanto,*

el análisis de la tendencia competitiva debe realizarse no examinando la competencia entre plataformas sino en el seno de la plataforma de difusión terrestre que es la única que, en el horizonte temporal considerado, podrán adquirir las empresas difusoras”.

La principal novedad con respecto a la ronda de 2006 tal vez fuera la delimitación no sólo de un mercado nacional de servicio portador de difusión, sino además de 19 autonómicos y de 308 locales (ver más arriba). Lo anterior nos permitiría, a diferencia de lo sucedido en la anterior resolución, prescindir en el análisis del mercado nacional de los datos correspondientes a operadores que se encontraran activos en ámbitos inferiores al nacional:

- i. **Mercado nacional.** Así, en cuanto a los niveles de cuota de mercado a escala nacional, la situación, prácticamente, no había variado con relación a la anterior ronda de revisión de 2006. *Grupo Abertis*, desde que tuvo lugar la liberalización el 3 de abril de 2000, había sido el único proveedor de los servicios mayoristas de difusión de la señal de ámbito nacional, ostentando una cuota del 100 % del mercado nacional tanto en la modalidad analógica como en la digital.

Para empezar, debía hacerse mención a los servicios de gestión del múltiple. Los difusores titulares de los varios canales incluidos dentro del múltiple digital tenían que ponerse de acuerdo sobre la identidad del gestor del múltiple. Lo más usual era que los servicios portadores de difusión se terminaran contratando con el operador que también fuera a actuar como gestor del múltiple digital. Esta tendencia podría verse atenuada tras el apagón analógico de abril de 2010, pues a partir de él estaba previsto que cada uno de los seis organismos de radiodifusión de servicio público y titularidad privada (*Antena 3, Telecinco, Sogecable, La Sexta, Net TV, Veo TV*) disfrutaran cada uno de su propio múltiple digital. Por su parte, *Corporación RTVE* contaría con dos múltiples digitales, advirtiéndole la CMT de la posibilidad de que los alternativos a *Abertis* pudieran llegar a postularse como oferentes de servicios portadores de difusión para los dos múltiples digitales asignados a *Corporación RTVE*.

En este nuevo escenario, cada uno de los difusores estaría menos mediatizado a la hora de contratar el servicio portador de difusión con el operador que mejor le pareciera. Sin embargo, bien podía ser que, agotada la ventana de oportunidad que brindaba el apagón analógico, al final sólo quedara un operador con el que los difusores pudieran contratar (*Abertis*, como veremos).

La CMT, bajo el apartado de competencia potencial, vino a observar que la principal fuente de esta clase de competencia en el mercado nacional podía provenir de operadores que estuvieran presentes en los mercados de producto autonómico y local. Se observaba que *Axión* había sido un oferente activo que presentó propuestas a los concursos convocados para la contratación de la extensión de la cobertura de la TDT nacional. *Axión* había intentado entrar en los mercados de difusión nacional apalancándose en su red de difusión de televisión ya desplegada en Andalucía, las redes de difusión de televisión desplegadas en otros ámbitos autonómicos por sus socios en *Unired* y la red de difusión de radio de *Axión* presente en gran parte del territorio nacional.

De hecho, la única excepción al monopolio de *Abertis* vino constituida por los contratos firmados por *Axión* para la ampliación de la cobertura de la señal digital de televisión del 80 % al 85 % de la población con *Telecinco* y *Sogecable* el 24 de enero

de 2007 y con *Net TV* el 31 de julio de 2007. Sin embargo, al perder *Axión* los concursos posteriores para la extensión final de la cobertura de la TDT, estos contratos quedaron sin efecto con la firma de los nuevos contratos de estos concesionarios con *Abertis* en 2008.

Lo cierto era que las ventanas de oportunidad habían llegado a cerrarse para esos competidores potenciales. Los requerimientos normativos sobre niveles de cobertura, muy por encima del 80 %, imponían inversiones inasumibles para estos operadores, intensificando las barreras de entrada por las mayores exigencias de cobertura asociadas al proceso de implantación de la TDT. Además, el proceso de consolidación en que se encontraba todo el mercado (algo parecido a lo sucedido con *ONO* en plataforma de cable) condujo a *Axión* entrara en proceso de compra por *Abertis*.

Valorando la competencia potencial en el mercado nacional con una visión prospectiva, la CMT reconoció que las demoras y dificultades para la adopción de medidas cautelares en los casos *Abertis/Axión/Abuso I y II* (*vid infra*), así como para la implementación de las obligaciones específicas impuestas en la anterior ronda de revisión de 2006 (*vid infra*), habían cerrado a *Axión* la ventana de oportunidad que suponía el apagón analógico en abril de 2010. Lo anterior había sido aprovechado por *Abertis*, que pudo mantenerse como único prestador de esta clase de servicios frente a los seis difusores privados de servicio público. No obstante la puja realizada por *Axión* había permitido, al menos, una rebaja de los precios aplicados por *Abertis* a estos difusores. La CMT advertía de la necesidad de aprender de la experiencia pasada y de ser más rigurosa en la imposición de obligaciones específicas o remedios.

Por su parte, la CNC, en su informe previo a la resolución, vino a coincidir con el análisis de la CMT, si bien, con vistas a reforzar la posición dominante de *Abertis*, insistía en la necesidad de profundizar sobre la integración vertical de la misma *Abertis* en el eje servicios de transporte - servicios de multiplexado – servicios portadores de difusión. Esta integración vertical podía dar lugar a importantes barreras de entrada en el mercado de referencia nacional, así como en los autonómicos y locales. La inercia derivada de la contratación del servicio portador y del servicio de multiplexado con un mismo operador (en la práctica, *Abertis*; ver más arriba) y la que se relacionaba con la contratación también con un mismo operador del servicio portador y del servicio de transporte referido al tramo que iba desde la cabecera de red hasta los centros emisores y reemisores - ante la dificultad de prestar este último sobre fibra que pasara por los diversos centros, las opciones pasaban por el radioenlace o el transporte por satélite, que eran segmentos con una fuerte presencia de *Abertis* - podía llevar a que los difusores no hicieran la contratación de los servicios portadores por placas territoriales autonómicas o locales, sino directamente por una placa nacional que era la que monopolizaba *Abertis*.

La CNC criticó que no se evaluara el grado de cumplimiento por *Abertis* de las obligaciones impuestas en la ronda de 2006, así como la suficiencia de tales medidas o las causas de la salida de *Axion* del mercado. Era significativo que *Axión* sólo se hubiera coubicado en tres centros de difusión de *Abertis*, todos situados en Cataluña, precisamente el ámbito territorial donde estaban vigentes las condiciones impuestas por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003 en el marco de la operación de concentración *Tradia/Retevisión*, que eran algo más exigentes que las medidas ex ante impuestas por la CMT en 2006

- ii. **Mercados autonómicos.** En cuanto al mercado de los servicios portadores de difusión de ámbito autonómico, la tabla elaborada por la CMT que identificaba los oferentes de servicios portadores a escala autonómica permitía constatar que *Abertis* era el prestador del servicio portador en 9 de las 17 Comunidades autónomas y, además, en la Ciudad Autónoma de Ceuta (ver cuadro en adenda al presente apartado).

Dentro del apartado de competencia potencial, la CMT subrayó que la superficie extensa de algunas de las comunidades autónomas, sumada a la importancia de los costes hundidos, las imposiciones normativas sobre cobertura y la importancia de las inversiones que debían acometerse, determinaba que las barreras de entrada fueran muy elevadas en los mercados autonómicos. De hecho, los operadores alternativos a *Abertis*, en las comunidades autónomas en las que habían llegado a surgir, lo habían hecho por iniciativas públicas para llevar la señal de los organismos de difusión autonómicos dentro del ámbito de su cobertura.

A pesar de ello, la CMT concluyó que las obligaciones específicas adoptadas a escala nacional en la ronda de revisión de 2006 y en la de 2008 debían ser bastantes en estos mercados y que la imposición de medidas adicionales a escala autonómica habría resultado desproporcionada. Así, las obligaciones impuestas a *Abertis* a escala nacional aprovechaban también a los alternativos que operaran sólo a escala autonómica, p.e., en cuanto a la posibilidad de acceder a los centros de aquélla con vistas a la prestación de servicios a escala autonómica. En cuanto a los mercados regionales en los que *Abertis* no prestaba servicios a escala autonómica, dado que sí los prestaba a escala nacional, las obligaciones específicas impuestas a la propia *Abertis* permitían el acceso a dichos mercados para la prestación de servicios de ámbito autonómico. En definitiva, en un contexto de “*modified Greenfield approach*”, esto es, de mercados ya regulados, podía concluirse que estos eran competitivos.

La CNC, por su parte, entendió que debía haberse evaluado la estructura de dichos mercados autonómicos y la situación competitiva en los mismos para conocer si tendían hacia la competencia efectiva. Esta información resultaba relevante en el caso de la difusión de televisión autonómica, para poder evaluar la suficiencia de las obligaciones establecidas en el mercado mayorista de ámbito nacional. Además, la CNC consideraba que algunos de los mercados de difusión autonómicos analizados podrían presentar características competitivas diferenciales, en particular aquellos mercados que se encontraban en ámbitos autonómicos donde existían operadores autonómicos del servicio portador de difusión de la señal de televisión autonómica. Por ello se consideraba que habría sido necesario un análisis singularizado por cada mercado, salvo para aquellos mercados en los que se justificase de manera suficiente que por sus características podían ser analizados de manera conjunta.

- iii. **Mercados locales.** En cuanto a los mercados locales, dada la dificultad de identificar los operadores activos en cada demarcación, puede verse en adenda la Tabla de la CMT con el número de esas demarcaciones por Comunidad Autónoma y provincia. Respecto de los mercados de servicios portadores de ámbito local, las barreras de entrada eran mucho más bajas que en los mercados estatal y autonómico. Así, era posible prestar el servicio local desde emplazamientos de baja altura y con poca potencia de difusión lo que posibilitaba el uso de emplazamientos que no serían adecuados para los servicios de ámbito estatal o autonómico. Lo anterior permitía que cualquier centro de emisión

podiera ser replicado por cualquier competidor potencial. Por otra parte, la necesidad de que tal centro se encontrara dentro de la correspondiente demarcación local suponía que su ubicación no tuviera que ser necesariamente coincidente con los de la red de *Abertis*. Todo lo anterior, sumado al hecho de que las obligaciones específicas a que se sujetaba *Abertis* pudieran también serlo para la prestación de estos servicios locales, permitió también a la CMT no imponer medidas en este nivel local.

La CNC entendió que debía haberse también valorado la estructura de dichos mercados locales y la situación competitiva en los mismos para conocer si tendían hacia la competencia efectiva. De la misma manera que en los autonómicos, en el mercado de la televisión local podían existir diferencias competitivas en las diferentes demarcaciones territoriales. Por ello se consideraba que habría sido necesario un análisis singularizado por cada mercado, salvo para aquellos mercados en los que se justificase de manera suficiente que por sus características podían ser analizados de manera conjunta.

(2) Del lado de la demanda

(a) En la ronda de revisión de 2006

En cuanto a la estructura de la demanda, ésta estaba constituida por los operadores de TV con título habilitante para TV terrestre que emitían tanto en analógico como en digital con la sola excepción de *Veo Televisión, S.A.* y *Net TV, S.A.*, que sólo lo hacían en digital. A estos efectos, debía recordarse que, aún cuando éstas últimas se hallaran emitiendo en digital, para que su señal llegara a ser recibida en los hogares eran entonces necesarias unas adaptaciones en las antenas colectivas y la incorporación de unos sintonizadores de TDT conforme a lo que dejamos estudiado al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores.

En el ámbito estatal, existían seis demandantes del servicio portador de difusión de televisión por ondas terrestres. De esos seis, cuatro venían emitiendo bajo técnica analógica y estaban también obligados a hacerlo en modo digital (el operador público, *TVE, S.A.*, con dos canales, y los tres operadores privados *Gestevisión Telecinco, S.A.*, *Antena 3 Televisión, S.A.* y *Sogecable, S.A.* a los que se había otorgado la concesión para la gestión indirecta del servicio público de televisión de ámbito estatal el 3 abril de 1990, posteriormente, renovada el 10 de marzo de 2000. En cambio, los otros dos operadores privados restantes (*Veo Televisión, S.A.*, y *Net TV, S.A.*), como acabamos de ver, lo hacían sólo en digital (las concesiones de estos dos operadores privados habían sido adjudicadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000).

En cuanto al ámbito autonómico, a raíz de la normativa que dejamos ya estudiadas al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores, se amplió el panorama televisivo español con la incorporación de las nuevas cadenas autonómicas. Así, disponían de un canal autonómico propio las televisiones de Madrid, La Rioja, Navarra, Cataluña, Castilla-La Mancha, Canarias, Baleares, Extremadura, la comunidad valenciana, el País Vasco, Galicia, Andalucía, Canarias y Asturias y, de ellas, las ocho primeras emitían también en digital. Con la incorporación de estas nuevas televisiones autonómicas, la demanda de servicios portadores del de difusión por ondas terrestres analógica y digital creció de un modo importante (sólo el 31%, aproximadamente, de los concesionarios de televisión analógica autonómica se autoprestaba el servicio portador del de difusión de TV).

Respecto al ámbito local, en cambio, la contribución de las televisiones locales al servicio portador de difusión de señal de TV por ondas terrestres analógico y digital no había sido importante porque la autoprestación alcanzaba casi el 71 % del servicio como consecuencia de requerir cada cadena, en términos generales, un solo centro emisor, dado que los derechos de emisión de que dicha cadena disponía se circunscribían a áreas locales muy pequeñas.

A escala nacional, comprendiendo los ámbitos autonómico y local, pues, recordemos, en esta ronda de revisión de 2006 se hablaba de un único mercado nacional, aunque no se disponía de previsiones globales para el mercado de la difusión televisiva sobre ondas terrestres, no parecía que fuera a haber variaciones derivadas de entradas o salidas del mercado de compra del servicio portador de difusión sobre ondas hertzianas por el hecho de configurarse el servicio de televisión por ondas terrestres como un servicio público sujeto a concesión administrativa (esta previsión de la CMT vino en parte a no ser confirmada como consecuencia de la apertura de *Cuatro* y de la incorporación de la *Sexta*). De ahí que cupiera esperar el mantenimiento de un número reducido de difusores de TV sobre plataforma terrestre (compradores de servicio portador de difusión), al menos, en el entorno analógico previo al apagón. Lo anterior permitía inferir que la demanda estaba concentrada y que, como consecuencia, podía ejercer un importante poder compensatorio sobre la oferta. De ello era prueba el hecho de que los precios fijados para el servicio portador de difusión analógica llegaran a ser sensiblemente inferiores a los que se venían cobrando bajo el régimen del monopolio legal de *Retevisión*.

Además, si bien era cierto que, desde el punto de vista de los demandantes, el servicio portador de difusión se configuraba, en principio, como un recurso esencial, puesto que sin él no podía haber servicio público de televisión, también lo era la proposición inversa. Es decir, que el servicio portador de difusión de señal de TV por ondas hertzianas no podía prestarse a otros difusores de TV más allá de los que se hallaran en poder del correspondiente título habilitante (concesión) y, de hecho, el prestador del servicio portador de difusión por ondas hertzianas debía limitar su actividad a las bandas de frecuencias asignadas a la concesión del organismo de radiodifusión que demandara sus servicios (esas concesiones eran contadas como consecuencia de ser el espectro un recurso escaso). No obstante todo lo anterior, y sobre todo por la disponibilidad para *Abertis* de infraestructuras difícilmente reproducibles conforme a lo que dijimos más arriba, el poder compensatorio de la demanda no llegaba a investirse de la entidad necesaria como para neutralizar el PSM de la propia *Abertis* por la ausencia de alternativas al suministro del servicio portador por parte de *Abertis* a las que pudieran acudir los difusores.

(b) En la ronda de revisión de 2008

En esta ronda de 2008, se mantenía la diferenciación entre un mercado de referencia nacional, los autonómicos y los locales. En general, las normas de implementación de la TDT en España, en todos esos niveles territoriales, a las que en detalle nos referimos al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores, imponían a los difusores de servicio público estrictas exigencias sobre grados de cobertura de los servicios de TDT conforme a un calendario que situaba en abril de 2010 el apagón analógico (1 de enero de 2008 para la TV local). Estas condiciones suponían una regulación que afectaba inevitablemente a los operadores en el mercado de servicios de transmisión de señales de televisión por ondas terrestres, a través de los cuales los difusores ponían a disposición del público los contenidos audiovisuales.

En los mercados locales, se hacía necesario considerar que los Entes Locales estaban asignando los múltiples que el Plan Técnico Nacional de la TDT Local, aprobado por Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, les otorgaba en régimen de gestión directa e indirecta replicando el modelo de difusión nacional y autonómico. Por otro lado, los concesionarios de TDT Local se encontraban limitados tanto por la regulación como por sus concesiones a difundir la señal a través de ondas hertzianas terrestres dentro de su demarcación por medio de centros que, a su vez, debían situarse dentro de la correspondiente demarcación, y tener un especial cuidado con la potencia radiada definida, para de esta forma dar cumplimiento a la normativa sobre dominio público radioeléctrico, así como evitar interferencias entre concesionarios. Cada demarcación local integraba uno o varios municipios y a cada demarcación se asignaba un múltiple digital que integraba cuatro canales digitales.

En los mercados autonómicos, las Comunidades Autónomas estaban también asignando los múltiples que el Plan Técnico Nacional de la TDT, aprobado por Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, les otorgaba en régimen de gestión directa e indirecta replicando el modelo de difusión nacional. En total el Real Decreto 944/2005 establecía a nivel autonómico, como mínimo un múltiple digital en el proceso de transición, así como otro segundo múltiple digital cuando cesase la emisión en analógico, por lo que *a priori*, habría como mínimo 38 múltiples digitales de carácter autonómico una vez finalizado el tránsito a la TDT.

En el mercado nacional, con respecto a la ronda de revisión de 2006, la principal novedad radicaba en la incorporación al mercado de compra de servicios portadores de otro difusor privado de servicio público de ámbito estatal más, a saber, *La Sexta, S.A.* En lo demás, se mantenían las mismas conclusiones en cuanto al poder compensatorio de la demanda.

En el mercado nacional, se observaba que la integración de los difusores de servicio público y titularidad privada en la *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)* reforzaba el poder negociador del lado de la demanda. Sin embargo, se concluía que el poder compensatorio de la demanda no llegaba a ser determinante. La demanda estaba limitada por las propias concesiones de los canales de televisión a las distintas sociedades concesionarias, lo que daba lugar a que los demandantes no pudieran limitar la cantidad consumida y a que tampoco el mercado pudiera crecer por encima de los límites impuestos por dichas concesiones. Además, la proporción de los costes que suponía la difusión en el conjunto de costes de los demandantes, así como los costes de cambio existentes para optar por otro operador, hacían que el poder compensatorio de la demanda, a pesar de estar fuertemente concentrada, fuera limitado.

Estas limitaciones para el cambio de proveedor de servicios portadores eran aún mayores a consecuencia del despliegue de la TDT. A diciembre de 2008 el grado de cobertura de ésta era del 92 % de la población. En estas condiciones, en caso de un cambio de proveedor del servicio soporte de difusión de la señal de televisión, iba a ser probable que los difusores exigieran que la migración no fuera percibida por el usuario o cuando menos que valorasen como uno de los elementos para decidir con quién contratar, este punto. De la misma forma, dado que la TDT había ganado ya una demanda relevante, la continuidad del servicio y la solvencia del nuevo oferente alcanzaban unos niveles de importancia no comparables a los existentes en el momento de la primera revisión. Todo esto limitaba también el poder de la demanda.

Ese equilibrio de poder entre oferta y demanda había llevado a una gran estabilidad de precios en los contratos para la prestación del servicio analógico, donde sólo había

actualizaciones anuales. En referencia a los precios recogidos en los contratos firmados sobre el servicio en tecnología digital, la CMT entendió que la información sobre la evolución de los mismos no era significativa a los efectos de valorar si el mercado tendía o no a la competencia efectiva, en la medida que dichos precios se estaban ajustando a las modificaciones en los porcentajes de cobertura de la TDT y a la extensión progresiva de la misma a lo largo de todo el territorio nacional. Dado que, como vimos, *Abertis* se había asegurado ya la demanda procedente de los difusores privados de servicio público, tras el apagón analógico en abril de 2010, la principal demanda residual era la conformada por *RTVE* para sus dos múltiples digitales.

iii) Evaluación del juego de la competencia en el mercado de los servicios portadores de difusión de señal de televisión por ondas hertzianas en la resolución de la CMT

(1) Justificación de la identificación de los problemas de competencia

(a) En la ronda de revisión de 2006

Aquí, de lo que se trataba, era de precisar si el mercado venía o no siendo competitivo y, en caso afirmativo, si ello era o no consecuencia del marco regulador imperante hasta entonces. En el caso de no ser el mercado competitivo, o en el de serlo sólo como consecuencia de las obligaciones legales preexistentes, llegaría a estar justificada la identificación de problemas de competencia y la imposición de obligaciones específicas para solventarlos. O, dicho en otros términos, tan sólo en el caso de que el mercado partiendo de una situación de vacío normativo llegara a ser competitivo resultaría innecesaria la imposición de obligaciones específicas. Para dictaminar sobre lo anterior podía acudirse a los criterios consabidos de los precios del servicio portador y de la calidad del mismo, traducida esta última en la continuidad del servicio portador bajo unas condiciones aceptables.

En cuanto al factor de los precios, la regulación de los mismos mediante la imposición de precios máximos conforme a la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprobó el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrestre dejó de ser aplicable a partir del 31 de diciembre de 2002. A partir de esta fecha, los precios quedaban liberalizados, sin que existieran obligaciones de transparencia respecto de los mismos. El análisis de la evolución de los precios realizado por la CMT revelaba un descenso leve de los aplicados a los operadores privados *Canal +*, *Antena 3* y *Tele 5*. Lo anterior podía llegar a explicarse por la existencia de obligaciones de servicio público pesando sobre *Retevisión* (*Abertis*) conforme a lo que pasaremos a exponer. En lo concerniente a la calidad, los estudios revelaban que, por lo general, los difusores se mostraban satisfechos con el servicio prestado lo que podría, en gran medida, explicarse por la gran repercusión social que llegaría a tener la degradación de la calidad de la señal televisiva y, más aún, la interrupción en el suministro de la misma.

A pesar de la supresión de la regulación de los precios conforme a lo que acabamos de apuntar, venían subsistiendo una serie de obligaciones de servicio público con relación a la garantía del suministro y a las condiciones del mismo para el servicio portador del de difusión por ondas hertzianas en virtud de la Disposición Transitoria 4ª del Reglamento de uso del Dominio Público Radioeléctrico aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000 que, como vimos al tratar del entorno normativo nacional, la Disposición Transitoria Sexta de la

Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones mantenía en vigor hasta la culminación del proceso de evaluación de PSMs en los mercados definidos con sujeción al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

En este sentido, las relaciones de *Retevisión (Abertis)* con los organismos de radiodifusión venían mediatizadas tanto por el carácter de servicio público del portador de difusión televisiva por ondas hertzianas (suponía que no pudiera negarse a atender las peticiones de servicios de transporte y difusión formuladas por los difusores para su señal de TV), como por la también cualidad de servicio público del de difusión televisiva terrestre (implicaba la obligación de los organismos de radiodifusión de cubrir con sus emisiones el área geográfica comprometida conforme a lo previsto en su título habilitante). Lo anterior determinaba un modo peculiar de negociación en el que ninguna de las partes podía llegar a desentenderse de sus funciones de servicio público y que, como vimos, también llegaría a influir sobre los precios. Para la CMT, la modificación de estas obligaciones de servicio público podrían no llegar a tener una especial incidencia, pues los contratos entre *Retevisión (Abertis)* y los concesionarios del servicio de TV vigentes hasta 2005 en analógico y 2007 en digital preveían la prestación del servicio en condiciones de calidad y cobertura equivalentes a las de la Disposición Transitoria Cuarta mencionada.

Además, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, preveía, concretamente en su Disposición Adicional Séptima, que *“mediante reglamento aprobado por el Gobierno podrán imponerse, como obligaciones de servicio público, exigencias razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a los operadores que exploten redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público, si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión, cuando resulte necesario para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y de forma proporcionada, transparente y periódicamente revisable”*.

La conclusión de cuanto precede podía ser la de que, si bien el mercado del servicio portador del de difusión de señal de TV venía siendo competitivo, lo anterior podía muy bien obedecer a la existencia de las referidas obligaciones de servicio público que determinaban que el operador dominante no pudiera negarse al suministro, que hubiera de llevarlo a cabo con respeto a unas condiciones mínimas y que viera limitada su facultad de elevar los precios como consecuencia de estar limitado su poder negociador por la existencia de aquellas obligaciones de servicio público. Lo anterior, como dijimos al comienzo, permitía pasar a centrarse en los aspectos de la identificación de problemas de competencia y de búsqueda de remedios para los mismos.

(b) En la ronda de revisión de 2008

Partiendo de la existencia de importantísimas barreras de entrada en el mercado (ver más abajo), la CMT especulaba con que no fuera necesaria la identificación de problemas de competencia en el caso de que pudiera existir un número de operadores suficiente que garantizase que el mercado tendía hacia la competencia efectiva. A este respecto, debía recordarse que en España no existía una competencia interplataformas que permitiera tomar en consideración la presión competitiva procedente de otras plataformas de entrega (cable, ADSL o satélite). Y lo anterior, sumado a la propia intensidad de las barreras de entrada, a la evolución de las cuotas de mercado y de los precios, al grado de competencia real y

potencial, a los importantes costes de transferencia y al mismo proceso de concentración o consolidación que vivía el mercado, permitieron a la CMT “*extraer la conclusión de que en el mercado de referencia se dan las condiciones para afirmar que no tiende hacia la competencia efectiva*”.

A lo anterior debía sumarse la insuficiencia del Derecho de la Competencia, por sí solo, para solventar cualquier comportamiento anticompetitivo que pudiera llegar a plantearse en el mercado. Lo anterior obedecía a la generalización de las prácticas anticompetitivas desplegadas por *Abertis* y a la variedad de formas que las mismas podían adoptar, así como al hecho de que la intervención *ex post* de las autoridades de la competencia o bien pudiera no llegar a darse o bien pudiera llegar a darse tarde. Partiendo de que la competencia era “*por el mercado*”, cualesquiera de esas prácticas podía imposibilitar la entrada al mismo infligiendo perjuicios irreparables al juego de la competencia en él. Era cierto, como manifestaba *Abertis*, que la Comisión únicamente había intervenido en dos conflictos durante la regulación del mercado 18, pero debía precisarse que justamente los problemas se suscitaron en un momento crítico de negociación del operador entrante *Axión* con diversas sociedades concesionarias de televisión. Es decir, la no existencia de comportamientos anticompetitivos generalizados más bien podía deberse a la dinámica del mercado con ventanas de oportunidad reducidas, que a la falta de conflictividad del mismo. En este sentido, una actuación preventiva e inmediata de la ANR se presentaba como esencial, pues de esta manera se aseguraba que en el periodo de negociación un operador entrante estuviera en condiciones de ofrecer una oferta competitiva.

El largo plazo de los contratos con los difusores suponía que el entrante pudiera ver cerrada la ventana de oportunidad. Además, como los difusores estaban en la obligación de garantizar los niveles de cobertura normativamente impuestos en la transición a la TDT, bien podía ser que los mismos no quisieran contratar con los alternativos que no les aseguraran, a su vez, esos niveles y esto podía precisamente suceder a consecuencia de las prácticas anticompetitivas de *Abertis*. Frente a esto, *Abertis* contaba con una red de difusión con una cobertura muy relevante desplegada durante un periodo de derechos exclusivos que había sido ya prácticamente actualizada en su totalidad de acuerdo con los requisitos impuestos por la normativa a los difusores.

Por otro lado, si bien, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003, se había subordinado a la observancia de una serie de condiciones la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de *Abertis* de *Retevisión I, S.A.U* (ver más abajo), sin embargo, estas condiciones se circunscribían a la Comunidad Autónoma de Cataluña y no afectaban a la totalidad del mercado de referencia definido en la Resolución, por lo que se revelaban insuficientes para hacer frente a los problemas detectados en el mismo.

(2) Identificación de los problemas de competencia

(a) En la ronda de revisión de 2006

Para esta labor de identificación de los principales problemas de competencia, la CMT se remitió a la Posición Común sobre la aproximación a las medidas apropiadas en el nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas aprobada por la Agrupación Europea de ANRs el 1 de abril de 2003 - *ERG Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework*. Los dos identificados fueron los siguientes:

- 1.º **La negativa de acceso o suministro.** *Abertis* estaría fuertemente motivada para denegar el acceso a su red de centros emisores y reemisores a los terceros operadores interesados en prestar el servicio portador de difusión de señal de TV a los operadores de TV con título habilitante para emitir por ondas hertzianas. Así, los ingresos perdidos por no facilitar ese acceso se verían más que compensados por los beneficios derivados de monopolizar el mercado de referencia. Y, de hecho, no existía constancia de que *Abertis* hubiera celebrado acuerdos de acceso a sus puntos de difícil réplica, pese a tratarse de una posibilidad prevista en la legislación vigente. En cuanto a la denegación del suministro de servicio portador a los difusores de TV, por lo ya expuesto, para que el mismo pudiera llegar a plantearse como una amenaza seria habría más bien que partir de un servicio de difusión de TV terrestre no sujeto a concesión, es decir sin ninguna carga o connotación de servicio público.
- 2.º **Empleo de tácticas dilatorias.** Aún sin llegar al extremo de denegar el acceso, cabría que *Abertis* incurriera en tácticas dilatorias, a fin de retrasar ese acceso, demorando las negociaciones, no facilitando la información técnica necesaria para acceder a los centros o fingiendo problemas técnicos. Lo anterior adquiriría una especial relevancia si se consideraba que los contratos concertados con los operadores de TV solían ser de larga duración, siendo vital el momento de la celebración de dicho contrato que coincidía con la renovación o concesión del título habilitante. Así pues, *Abertis* estaría, también por esta vía, motivada para retardar el acceso al mercado de referencia de terceros operadores en ese momento especialmente sensible.

En la Resolución de 18 de marzo de 2008 sobre el conflicto interpuesto por la entidad *Red de Banda Ancha de Andalucía S.A. (Axión)* en relación con las obligaciones de información de *Abertis* para el acceso a sus centros (MTZ 2007/952) se constató, en efecto, que la información proporcionada por *Abertis* a terceros era insuficiente para asegurar el acceso a sus centros.

(b) En la ronda de revisión de 2008

En esta ronda de revisión, la CMT mantuvo como principales problemas de competencia los identificados en la ronda anterior, sobre los que abundó, pero también apuntó algunos otros. En todo caso, todos los problemas, salvo el riesgo de subsidios cruzados, se relacionaban con la extensión vertical de la posición de dominio de *Abertis*, que controlaba el insumo esencial para dar servicios finales a los difusores. Así:

- 1.º **Negativa de suministro/acceso.** La CMT insistió en que la competencia era por el mercado, con lo que *Abertis* estaba fuertemente incentivada para denegar el acceso a su red a los terceros operadores, asegurándose para sí los ingresos procedentes de los difusores. Ante la negativa de acceso, al alternativo sólo le quedaría la opción de instalar su centro en otro emplazamiento. Sin embargo, lo anterior no se consideraba asumible por la cuantía de la inversión y por la necesidad de reorientar el parque de antenas de los hogares en la zona afectada hacia la posición de ese otro centro. Por otra parte, estos factores probablemente disuadirían al difusor de contratar con el competidor de *Abertis*. Lo anterior se ponía de relieve en el escaso número de contratos de acceso que había celebrado *Abertis*: tres acuerdos individuales de acceso con el principal operador demandante de estos servicios, *Axión*.

- 2.º **Recurso a tácticas dilatorias.** Respecto a las tácticas dilatorias, las asimiló, en cuanto a sus efectos, a las negativas de acceso; se trataría de “*negativas de acceso constructivas*”. En resumen, dada la existencia de ventanas de oportunidad por el largo plazo de los contratos celebrados con los difusores, el retraso a la hora de proporcionar el acceso podía igualmente dejar a los alternativos fuera del mercado de referencia. Las tácticas dilatorias, en especial al abrirse cualquier ventana de oportunidad, le garantizarían a *Abertis* el rentabilizar su posición monopolista en las negociaciones a mantener con los difusores.
- 3.º **Discriminaciones de calidad o de precios.** Aun en un escenario regulado, en el que *Abertis* no pudiera recurrir a las anteriores prácticas anticompetitivas, aún cabría que la misma pudiera protagonizar estas discriminaciones. La discriminación de calidad podía ser particularmente importante. Dado que los difusores eran los que quedaban obligados a asegurar los diversos niveles de cobertura en el marco de implantación de la TDT, la existencia de problemas técnicos sólo respecto de los difusores que hubieran contratado con competidores de *Abertis* podría llevar a que les fuera revocada la concesión, teniendo en cuenta, además, la dificultad para esos difusores de probar si la causa del incumplimiento eran imputables al comportamiento del operador histórico o a errores en la planificación del nuevo operador. La discriminación de calidad también podría darse a través del ofrecimiento, por parte de *Abertis*, de espacio al operador entrante en emplazamientos o cotas peores que los empleados por el operador con PSM para la prestación de determinados servicios, resultando en una menor calidad de los mismos.
- 4.º **Subvenciones cruzadas.** Este era el único problema no relacionado con la posición dominante vertical de *Abertis*. Hasta el apagón analógico, en abril de 2010, el servicio portador lo era tanto para los servicios televisivos analógicos como digitales. Sin embargo, ante la inminencia del apagón, era poco probable que los alternativos a *Abertis* estuvieran interesados en proporcionar servicios portadores para difusión analógica. Como *Abertis* seguiría proporcionando hasta esa fecha los servicios portadores para ambas modalidades de difusión, analógica y digital, los riesgos había que situarlos en la posibilidad de que *Abertis* extendiera en horizontal su posición dominante, aprovechando los beneficios y rentas obtenidos en los servicios portadores para analógico, donde no enfrentaría competencia, a fin de financiarse y de protagonizar abusos de exclusión en servicios portadores para digital, donde sí la tendría. Este riesgo de subsidios cruzados se daba también a escala territorial: sólo *Abertis* prestaba servicios de cobertura nacional y podía aprovechar para bajar los precios en aquellas placas en las que enfrentara una mayor competencia de operadores autonómicos, excluyendo o impidiendo la entrada a los alternativos, y para subirlos en las que hubiera de soportar una menor presión competitiva.

(3) Imposición de obligaciones específicas

(a) En la ronda de revisión de 2006

Para todo lo referente a este punto, la CMT partió de la base constituida por la Directiva Marco, la Recomendación y las Directrices estudiadas en otros lugares de la tesis. Sin perjuicio, pues, de remitirnos a lo dicho allí cabría resaltar las pautas que, en criterio de la ANR española, debían presidir la imposición de esas obligaciones específicas. Éstas eran, principalmente:

- **Proporcionalidad.** Las medidas adoptadas habían de ser proporcionadas a la naturaleza de los problemas de competencia detectados, de modo que, de las diversas medidas posibles, debía elegirse la menos gravosa prestando atención, para esa elección, también a los efectos que de la misma pudieran derivarse en los mercados conexos. Por otra parte, las medidas adoptadas debían ser de tal naturaleza que la parte regulada se encontrara más incentivada para cumplirlas que para soportar las consecuencias de su incumplimiento.

Dejamos ya estudiada en la parte general dedicada a la evaluación del juego de la competencia dentro de los mercados de las comunicaciones electrónicas el fenómeno de la extensión del PSM a los mercados vinculados. Sobre este particular advirtió la CMT de que la existencia de un recurso esencial – en el sentido de indispensable para la prestación de los servicios de referencia – podía determinar que la presencia de un mismo operador en ambos mercados pudiera afectar al juego de la competencia en el mercado de referencia. Para que un producto o servicio pudiera considerarse recurso esencial para la provisión del servicio portador del de difusión de TV, habían de cumplirse tres requisitos, a saber: **(1)** debía resultar imprescindible para el desarrollo de la actividad en el mercado de referencia; **(2)** debía ser controlado por un único operador, no existiendo fuentes de suministro alternativas; y **(3)** la réplica del recurso había de resultar inviable desde el punto de vista económico. Este carácter esencial cabría plantearlo con la red de transporte en los términos en los que más arriba se definió. Sin embargo dada la indiferencia en este ámbito de la tecnología soporte faltaría el factor del control por un solo operador, a diferencia de lo sucedido con el servicio portador de difusión, que sólo se prestaba sobre plataforma terrestre.

- **Preferencia de las medidas con proyección sobre los mercados mayoristas.** Debía darse preferencia a las medidas que proyectasen sus efectos sobre los mercados mayoristas frente a las que fueran a hacerlo sobre los minoristas, de modo que estas últimas sólo debían adoptarse cuando las primeras no garantizaran una competencia efectiva en el mercado de referencia. En este sentido, una vez constatada la ausencia de competencia entre infraestructuras por la existencia de importantes barreras de entrada, la ANR debía garantizar el acceso efectivo a los recursos – “inputs” – mayoristas. Se exceptuaba de lo anterior el caso de que la infraestructura del operador dominante pudiera replicarse por la de otro operador diferente, caso en el que tendría que ser esto último lo que hubieran de alimentar las medidas adoptadas.

Sobre la base del anterior planteamiento, y partiendo de los problemas que más arriba se dejaron identificados, las medidas (obligaciones específicas) acordadas por la CMT fueron las siguientes:

- 1.º **Obligación de facilitar el acceso.** En la escala de remedios con eficacia para paliar los efectos anticompetitivos de una operación determinada, la “concesión de acceso a los competidores a determinados activos físicos” se sitúa sólo por detrás de la “venta de activos”. En determinadas situaciones ésta o no es posible o no es necesaria para resolver el problema de competencia. La Comisión considera suficiente que los competidores tengan acceso a determinados activos propiedad de las partes, de forma que se encuentren en posición de ejercer una competencia efectiva. Por lo general se trata de concentraciones con efectos verticales, donde el control por parte de la empresa

fusionada de activos en un mercado de *inputs* le permite consolidar su posición en el mercado relevante.

Así, por ejemplo, en el asunto *Elf Aquitaine Thyssen/Minol AG* [decisión de 4-9-1992, asunto IV/M.235, Art. 6.1.6), DOCE 1992 C 232/15 bis], *Elf* adquiría el control de la red de estaciones de servicio privatizadas en Alemania del Este. La Comisión autorizó la operación una vez que *Elf* se comprometió a dar acceso a sus competidores en el mercado de estaciones de servicio a su red de depósitos de gasolina, en condiciones de mercado y durante un período de dos años. Las condiciones de acceso quedaban sujetas a un arbitraje por terceros en caso de diferencias. Este compromiso se enmarcaba en una situación en que la Comisión pensó que las cuotas de mercado de la empresa fusionada presentaban una tendencia clara a la baja, debido al proceso de cambio de la economía en Alemania del Este. La posición dominante, por lo tanto era transitoria, y la Comisión consideraba suficiente un compromiso limitado en su alcance y en el tiempo para autorizar la operación (V. Briones, Folguera, Font, Navarro; Op. Cit. Págs. 277 y Ss.).

En lo que ahora toca, *Abertis* quedaría obligada a permitir a sus competidores el acceso a los recursos necesarios mediante el pago de una contraprestación adecuada a la naturaleza de los recursos utilizados. A estos efectos, el Art. 12 de la Directiva Acceso contemplaba de modo específico las que llamaba “obligaciones relativas al acceso a recursos específicos de las redes y su utilización” (*vid supra*). El respeto al principio de proporcionalidad imponía que dicho acceso se diera sólo con relación a los recursos de imposible réplica que eran los que, de verdad, vetaban la entrada de los competidores potenciales.

- 2.º **Obligaciones sobre precios.** En cuanto a la determinación de un precio adecuado por la utilización de los recursos, partiendo de que *Abertis* estaría incentivada para establecer unos excesivos a fin de evitar la entrada de competidores, la CMT terminó por imponer las obligaciones de orientar los precios a costes (se correspondía con la obligación de control de precios y contabilidad de costes prevista en el Art. 13 de la Directiva Acceso; *Vid Supra*) y de mantener cuentas separadas para las actividades relacionadas con el acceso y la interconexión (Art. 11 de la Directiva Acceso; *Ídem Vid Supra*).
- 3.º **Obligación de no discriminación.** Para evitar que *Abertis* incurriera en tácticas dilatorias como las mencionadas más arriba, la obligación específica debía ser la de no discriminación prevista en el Art. 10 de la misma Directiva Acceso (*ídem vid supra*) por fuerza de la cual la propia *Abertis* debía aplicar condiciones equivalentes en circunstancias similares a otros operadores que prestasen servicios semejantes, de modo que la calidad y características de la información y servicios suministrados a estos últimos coincidiesen con los que *Abertis* aplicaba a los suyos propios y a los prestados a sus filiales y asociados. En particular, la no discriminación debía referirse tanto a la calidad del servicio, como a los plazos de entrega y demás condiciones del suministro.
- 4.º **Obligación de transparencia.** La misma adquiriría sentido para reforzar la de no discriminación y tenía un valor de instrumento de esta última. El contenido de la obligación de transparencia se concretaba en la obligación por parte de *Abertis* de remitir a la CMT todos los acuerdos de acceso e interconexión que suscribiera con

terceros. En lo demás, se trataba de la obligación de transparencia prevista en el Art. 9 de la Directiva Acceso conforme a lo que ya vimos.

(b) En la ronda de revisión de 2008

La CMT reiteró los principios que debían presidir la imposición de obligaciones específicas conforme a lo que, ya antes, en la ronda de revisión de 2006 había manifestado, remitiéndose a la Posición Común [*ERG Common Position on the Approach to Appropriate Remedies in the New Regulatory Framework*, aprobada en la Sesión Plenaria ERG 8, de 1 de abril de 2003 y revisada en mayo de 2006 (ERG (06) 33 *Revised ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the ECNS regulatory framework*)].

En cuanto a la suficiencia de los remedios, con carácter general la CNC, había considerado que las obligaciones que se proponía imponer a *Abertis* no habían tenido de manera suficiente en cuenta la estructura del mercado y los insuficientes efectos que sobre la competencia en el mismo habían tenido las obligaciones ex ante establecidas en febrero de 2006. La CNC consideraba que las medidas propuestas por los servicios de la CMT podrían resultar insuficientes para permitir la existencia de una competencia efectiva en los mercados analizados.

Así, por ejemplo, al objeto de hacer efectivas las obligaciones impuestas relativas al control de precios y la separación de cuentas, habían sido necesarias cuatro Resoluciones de la CMT: (i) aprobando el formato y método contable (resolución de 1 de junio de 2006 en Expediente AEM 2006/649 sobre los Principios, Criterios y Condiciones del modelo de Contabilidad de Costes nacional de *Abertis Telecom, S.A.U.*); (ii) valorando el modelo contable propuesto por *Abertis* (resolución de 14 de junio de 2007); (iii) aprobando la WACC para el ejercicio 2006 (resolución de 19 de julio de 2007 por la que se aprobó la Resolución sobre la propuesta de *Abertis Telecom, S.A.U.* en el expediente AEM 2007/600 de tasa Anual de Retorno a aplicar en el cómputo de los costes de capital en la contabilidad de costes del ejercicio 2006) y, finalmente, (iv) aprobando la verificación de la contabilidad de este operador (Resolución de 20 de noviembre de 2008). De esta forma, la imposición de obligaciones de transparencia adicionales resultaba necesaria para evitar la conflictividad detectada en la aplicación de las obligaciones impuestas en la Resolución de 2 febrero de 2006.

Entrando ya en el alcance de las obligaciones específicas finalmente impuestas, se aclaraba que los remedios para los problemas de competencia detectados se referían al escenario digital, salvo en el caso de los subsidios cruzados para los que las obligaciones específicas iban referidas tanto al escenario digital como al analógico. Así:

- 1.º **Obligación de facilitar el acceso.** La CMT apuntó que, en un escenario en el que la competencia basada en infraestructuras fuera probable y la duplicación de la infraestructura del incumbente pareciera factible, las obligaciones debían generar incentivos que asistieran al proceso de transición a un mercado en competencia sostenible y a la inversión en infraestructuras. Por el contrario, cuando debido a la presencia persistente de economías significativas de escala o alcance y otras restricciones a la entrada no fuera posible lo anterior, las ANRs debían asegurar un acceso suficiente a los *inputs* mayoristas. Esta medida iba directamente encaminada a combatir el problema de competencia consistente en la negativa al suministro.

La obligación de acceso se aplicaría a toda la red nacional de centros difusores de *Abertis*, entendiendo incluidos todos los centros a través de los cuales *Abertis* prestase el servicio soporte de difusión de la señal de televisión, con independencia del título que ostentase *Abertis* sobre tales infraestructuras. En particular y conforme a lo dispuesto en la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 25 de octubre de 2007 (RO 2007/356), *Abertis* debería incluir los derechos de uso y los recursos de red de que disponía en el espacio que le correspondía por su condición de socio usuario en la infraestructura de telecomunicaciones *Torre Collserola*, cuyo acceso a terceros *Abertis Telecom, S.A.U.* debía garantizar a precios orientados a costes conforme a lo dispuesto en la Resolución de 2 de febrero de 2006.

Además, lo único relevante para que tal obligación entrara en juego sería que la solicitud fuera para la prestación de servicios portadores de difusión televisiva, siendo indiferente su nivel de cobertura territorial o la tecnología empleada.

Dentro de las infraestructuras de *Abertis*, las que eran realmente irreplicables eran las que conformaban los recursos de obra civil (emplazamientos y torres), sobre todo si se atendía a los ya citados factores de orientación de antenas y los costes del cambio antes mencionados. Por otra parte, otros recursos de la red de *Abertis*, como los sistemas radiantes y la cadena de equipos eran fácilmente accesibles en el mercado tanto en lo relativo al equipamiento necesario, como a la arquitectura de red.

Las formas que este acceso podía adoptar eran, en esencia, dos: **la coubicación** y la **interconexión** (*vid supra* lo dicho al tratar del entorno normativo). Además, la obligación de acceso, ya en forma de coubicación ya de interconexión, suponía otras con un contenido instrumental: una información suficiente en relación con los accesos (en particular, factibilidad de la coubicación), así como establecer los procedimientos estándar que facilitasen las solicitudes por parte del operador alternativo [V. Resolución MTZ 2007/952 de 18 de marzo de 2008 relativa a las obligaciones de información de *Abertis* para el acceso a sus centros (modificada por Resolución AJ 2008/468 de 19 de junio de 2008)].

- a) La **coubicación** suponía el arrendamiento de espacio para la ubicación física de los equipos de los operadores habilitados legalmente en los espacios físicos disponibles existentes en las infraestructuras de la red del operador con PSM y comprendía, en términos generales, la provisión de acceso al punto de energía, así como de las condiciones de seguridad y de acondicionamiento necesarios para la instalación de los equipos empleados por el operador solicitante del acceso (ver gráfico de la CMT en adenda a este apartado).

En consecuencia, los servicios requeridos para la coubicación de un operador alternativo se vertebraban sobre los tres elementos siguientes, **servicio de espacio en caseta, servicio de espacio en torre y servicio de acceso a punto de energía**:

- i) **Servicio de espacio en caseta**. Consistía en la puesta a disposición del operador de un espacio debidamente habilitado para la instalación de equipos de telecomunicaciones (transmisores, reemisores, receptores, sistemas de gestión, etc.) en una sala del emplazamiento correspondiente. Asimismo debía facilitarse la ubicación de otros elementos diferentes de los equipos de

telecomunicaciones que el operador requiriera para la provisión del servicio (multiplexores de RF, energía, etc.);

- ii) **Servicio de espacio en torre.** Consistía en la puesta a disposición de un espacio en una torre debidamente habilitada para la instalación de antenas de telecomunicaciones. Los espacios en torre ofrecidos debían permitir la instalación de paneles para la difusión de TV o bien de otro tipo de antenas que pudieran requerirse tales como parabólicas para recepción satélite o yagui para recepción terrestre, si bien ambas tipologías podrían igualmente ubicarse en otros puntos, tales como la cubierta de la caseta, en función de la disponibilidad de espacio; y
 - iii) **Servicio de acceso a punto de energía.** Consistía en la puesta a disposición del operador de un punto de conexión al suministro de energía en forma de corriente alterna, en un cuadro eléctrico de *Abertis*. El suministro eléctrico podría ser ordinario, cuando dependiera exclusivamente del fluido eléctrico que se recibiera por la acometida, o bien asegurado, cuando se mantuviera durante un cierto período de tiempo ante un corte del suministro eléctrico en el emplazamiento, mediante la instalación de equipos de aseguramiento y/o grupos electrógenos.
- b) La **interconexión** suponía la conexión física y lógica de las redes del operador alternativo con las del operador con PSM en aquellos puntos de la red de difusión de televisión donde la misma fuera viable. Y se consideraba viable la interconexión de la red del operador alternativo en los multiplexores y antenas para la difusión de señal de televisión, sin perjuicio de las que las partes libremente y de forma no discriminatoria pudieran acordar la interconexión en otros puntos de acceso.

Por tanto, el punto común para la interconexión de ambas redes era la entrada del **conjunto multiplexor-sistema radiante** (ver gráfico en adenda al apartado):

- i) **El multiplexor.** Era el elemento que permitía filtrar y adaptar diversas señales de televisión para difundirlas por un único sistema radiante. El multiplexor tenía un diseño específico que estaba en función de las características técnicas de los programas que se agregaban: frecuencia o canal de emisión, potencia, número de programas a multiplexar y separación de frecuencia entre ellos. Estas características podían variar de un multiplexor a otro, lo que implicaba que en cada caso el multiplexado se debía analizar de manera independiente. La interconexión de un nuevo equipo transmisor a una cadena multiplexora ya existente podía requerir que se añadieran a ésta nuevos elementos combinadores o sumadores de señal. Estos elementos incluían filtros y elementos de interconexión, cuyas características electromagnéticas ofrecían un desacoplo o aislamiento entre las entradas y la salida de señales hacia la línea de transmisión y, finalmente, a la antena. En consecuencia, la incorporación al punto de interconexión de la señal que entregaba el operador solicitante del servicio de interconexión podía requerir de un análisis previo.
- ii) **El sistema radiante.** Estaba constituido por el cable o los cables principales de alimentación, que se conectaban a la salida del multiplexor, por el

distribuidor, los latiguillos y finalmente por las antenas o paneles de radiación. El sistema radiante era un conjunto de elementos que permitía configurar el diagrama de radiación de un canal determinado para ajustarlo a las características técnicas de su concesión administrativa. Los sistemas radiantes de televisión permitían radiar simultáneamente diversos programas que estuvieran dentro de una determinada banda de frecuencias, efectuándose su emisión con parámetros técnicos (diagramas de radiación) similares. El hecho de añadir un nuevo programa al conjunto de programas que difundía un sistema radiante no representaba mayor problema, siempre y cuando el diagrama de radiación se adaptase a las necesidades del nuevo operador.

En definitiva, en el modelo de interconexión, el operador demandante del acceso empleaba los sistemas multiplexor y radiante de *Abertis*, aunque requiriendo de la utilización de un espacio en el interior de la caseta para la ubicación de sus propios equipos de telecomunicaciones (transmisores, receptores, etc.), así como de sus sistemas de recepción satélite, terrestre o de señal GPS para la sincronización de los transmisores.

En la modalidad de interconexión, la falta de control del alternativo sobre los elementos técnicos de la red le dejaba muy poco margen a la hora de diferenciar su oferta de la del incumbente *Abertis*. La interconexión no permitía la diferenciación y no daba valor añadido, y podía generar ineficiencias al aumentar la cadena de intermediación, en opinión de la CMT, sobre la base de los siguientes argumentos:

- i) **En primer lugar**, el alto perfil técnico de los difusores demandantes de los servicios portadores les evitaría el tener que acudir al asesoramiento técnico del prestador del servicio portador. Además, se trataba de un mercado en el que los términos del servicio estaban muy regulados por las concesiones que recibían los operadores de televisión, por lo que difícilmente podía haber espacio para la diferenciación.
- ii) **En segundo lugar**, el nivel de calidad de los servicios portadores dependía, principalmente, del diseño y dimensión de la red, con lo que ese nivel de calidad quedaría fuera del alcance del alternativo, que no podría generar valor añadido, y seguiría dependiendo del incumbente.
- iii) **En tercer lugar**, en virtud de la obligación de no discriminación impuesta en la ronda de revisión de 2006, el incumbente *Abertis* debía suministrar a los alternativos interconexión en el nivel mayorista a un precio equivalente al que aplicaría a la sección descendente o filiales de la propia *Abertis*, de modo que esos alternativos pudieran competir con todas éstas en la prestación de los servicios portadores minoristas a los difusores. Partiendo de lo anterior, esos alternativos podrían reducir sus márgenes, entre lo pagado a *Abertis* por los servicios mayoristas de interconexión y lo cobrado a los difusores, obligando a la sección descendente de *Abertis* a hacer lo mismo e introduciendo un factor de procompetitividad en el mercado de los servicios portadores. Sin embargo, el margen de beneficio, el valor añadido y el factor de diferenciación entre la interconexión a escala mayorista y el servicio portador a los difusores a escala minorista sería tan reducido que lo anterior prácticamente no resultaría un

factor a considerar. En este escenario, lo más probable sería que los difusores se dejaran de intermediarios y contrataran, por una parte, la interconexión con *Abertis* y el servicio ascendente de transporte con el operador que mejor les pareciera.

- iv) **En cuarto lugar**, la llamada teoría de la escalera de inversión podía hacer pensar que el alternativo que se hiciera con la interconexión a escala mayorista, sin un excesivo coste de inversión en infraestructuras, podría capturar cuota de mercado e ir generando economías de escala, alcance o densidad que le permitieran ir progresivamente reinvertiendo los beneficios en la coubicación o, incluso, en infraestructuras propias (como sucedía en el bucle local de abonado con la reventa, el acceso indirecto, el desglose compartido, el desglose completo y, al fin, con el enlace de titularidad propia). Sin embargo, la concentración de la demanda (los destinatarios finales eran los difusores y no cada uno de los televidentes; a diferencia de lo sucedido con el acceso a IT, en que lo eran cada uno de los abonados) y el escaso margen de beneficio limitaban severamente esas economías y las posibilidades invertir en coubicación o en infraestructuras propias.

En opinión de la CMT, el conjunto de infraestructuras a que *Abertis* debía dar acceso en virtud de la obligación impuesta, bien en régimen de coubicación o interconexión, debían ser suficientes para asegurar, de forma efectiva, la replicabilidad de los requerimientos de cobertura que los difusores, demandantes del mercado de referencia, tenían impuestos. Existían indudables dificultades para que, mediante el recurso a la coubicación, pudiera llegar a emularse la red de servicios portadores de *Abertis*. Ante esto se barajó la opción de un servicio de interconexión que, bajo ciertas circunstancias, pudiera ser opcional con respecto al de coubicación.

La CMT consideró que lo anterior podría llegar a estar justificado: **(i)** cuando el emplazamiento tuviera un carácter insustituible; **(ii)** cuando existiera una saturación del espacio disponible; **(iii)** en relación con aquellos centros de la red nacional de *Abertis* destinados a satisfacer los criterios de cobertura de población superiores al 93% previsto por la normativa sectorial (porque en, en este último tramo, por las densidades de red exigidas, no se consideraba eficiente la duplicación de las infraestructuras que no llevaría ni a mayores coberturas ni tampoco a incrementos de la demanda).

Por otra parte, aunque la Comisión europea llamaba a la limitación temporal de la obligación de interconexión, a fin de que los alternativos tuvieran incentivos para invertir en su propia infraestructura, la CMT entendió que tal limitación temporal podría no ser efectiva dada la irreplicabilidad, incluso en el largo plazo, de los centros de pequeño tamaño. Por esta razón se había optado por una extensión sin limitación temporal de la obligación de interconexión, combinada con la obligación de coubicación, en los centros más atractivos de la red de *Abertis*. En definitiva, en aquellos casos en los que fuera viable la entrada de un tercer operador, la solución elegida era la de la coubicación, al ser, en fin, la que suponía un peldaño más alto en la escalera de inversión. En aquellos otros en los que no lo fuera, se dejaba abierta la opción de la interconexión, que era una medida más propensa a facilitar la entrada en el mercado.

Por todo lo anterior, concluía la CMT que la introducción generalizada de la interconexión no alentaría el juego de la competencia en el mercado, pero que si alentaría ese mismo juego su introducción selectiva en términos como los expuestos.

Estas conclusiones de la CMT no fueron compartidas por la CNC, para la cual la interconexión debía ser de aplicación generalizada y no tener carácter subsidiario, al menos durante un período de tiempo suficiente como para permitir a los operadores alternativos emprender de forma gradual el despliegue de sus propias infraestructuras una vez hubieran tenido la oportunidad (a través de la interconexión) de competir por *Abertis* en la captación de clientes.

La CNC cuestionaba los argumentos esgrimidos por los Servicios de la CMT para justificar la no aplicación generalizada de la obligación de interconexión, en la medida en que, dadas las condiciones de los contratos firmados por *Abertis* con las sociedades concesionarias del servicio de televisión, una parte importante de los equipos de TDT podrían estar ya amortizados o muy próximos a su amortización. No debía, por tanto, desestimarse la imposición de una obligación general de acceso a la red de *Abertis* mediante interconexión.

La CNC entendía que para alcanzar un equilibrio óptimo entre fomento de la competencia efectiva en el mercado de difusión y fomento de la inversión en infraestructuras alternativas, no era suficiente con admitir la interconexión en los emplazamientos donde la coubicación no fuera técnica o económicamente viable, sino que debía ser de aplicación generalizada y no de modo subsidiario.

La CMT no había justificado en ningún momento por qué, dadas las elevadas barreras a la entrada (que la CMT reconocía que se habían incrementado respecto al pasado), la coubicación era viable para permitir la entrada de un nuevo operador, especialmente si se tenía en cuenta el elevado riesgo de no amortización de las inversiones, si no se conseguían captar clientes en las ventanas de oportunidad, y dados los incentivos que tenía *Abertis* para dificultar la coubicación para impedir que el operador alternativo llegase a la ventana de oportunidad, como de hecho parecía desprenderse de las experiencias pasadas.

De la misma manera, la CMT no recogía en su análisis de la modalidad de interconexión el factor relacionado con las limitaciones en cuanto al tiempo que sería exigible para el despliegue de un potencial operador alternativo a *Abertis*, en especial en el marco de la ventana de oportunidad que pudiera surgir en abril de 2010 con motivo del previsto apagón analógico.

En particular la CNC ponía de manifiesto las dificultades derivadas del amplio alcance de las obligaciones de cobertura geográfica previstas en el Plan Técnico Nacional de la televisión digital terrenal y la rapidez exigida para el despliegue de la misma y la amplia cuota de pantalla alcanzada por la Televisión digital. En abril de 2010 un potencial entrante en el mercado nacional habría de garantizar una cobertura del 98 % de la población para la televisión pública estatal y del 96 % para las privadas, lo que involucraba un número de emplazamientos y estaciones muy elevado.

En este contexto resultaba crucial tener en cuenta el factor tiempo asociado a la puesta en marcha de las diferentes modalidades de acceso para configurar una red de esta

naturaleza. Resultaba evidente que la modalidad de coubicación requería de unos plazos temporales significativamente superiores a los que exigía una modalidad de interconexión, diferencia más notable en la medida en que la interconexión se permitía a niveles más altos de la red (por ejemplo, en un único punto nacional, en puntos regionales o en centros emisores principales).

La CMT había insistido en que los sistemas radiantes y sus equipos asociados de TDT no fueron financiados en la época de monopolio y no estaban amortizados. Sin embargo, la CNC, como ya se ha dicho, entendía que estos argumentos podían no ser válidos, en la medida en que dadas las condiciones de los contratos firmados por *Abertis* con los operadores de televisión, una parte importante de los equipos de TDT podrían estar amortizados o muy próximos a su amortización.

La CMT había rechazado la teoría de la escalera de inversión porque existía el riesgo de que *Abertis* no pudiera recuperar las inversiones realizadas si otorgaba interconexión. Sin embargo la CNC entendía que el rechazo a la teoría de la escalera de inversión, sobre la base de lo anterior, parecía erróneo, en la medida en que era con la coubicación, en la que el operador alternativo no pagaba por el uso de los equipos de difusión de *Abertis*, con la que existía el riesgo de que *Abertis* no recuperase las inversiones, si el operador alternativo conseguía captar un cliente sin retorno para *Abertis*.

En particular, dado que para la captación de clientes era necesario garantizar una cobertura de difusión muy amplia en un escaso periodo de tiempo, la interconexión a la red del antiguo monopolista, *Abertis*, resultaba un elemento imprescindible de cara a posibilitar la entrada de un operador alternativo, especialmente a escala nacional o en las Comunidades Autónomas más grandes. Sin embargo, esto no significaba que la interconexión del nuevo entrante en toda la red de *Abertis* hubiera de perdurar indefinidamente. En este sentido, la CMT podría estudiar imponer a *Abertis* la obligación de dar interconexión en los centros donde la coubicación resultase viable sólo por un periodo de tiempo determinado desde que se iniciase efectivamente la interconexión.

De esta manera, el operador alternativo tendría la posibilidad efectiva de competir con *Abertis* en la captación de clientes, pues podría replicar su cobertura de difusión en un periodo de tiempo reducido, y una vez que dispusiera del cliente, emprender de forma gradual el despliegue de sus propias infraestructuras en modalidad de coubicación, ya que tendría garantizado un retorno que le permitiría amortizar los costes hundidos de este despliegue.

En este sentido, los precios mayoristas que fijase la CMT y los costes de despliegue de las diferentes alternativas de acceso a los emplazamientos de *Abertis*, eran los que debían fomentar la inversión de terceros operadores en el despliegue de red propia sin impedir su entrada efectiva en el mercado de difusión.

Por otra parte, procedía, a criterio de la CNC, analizar la adecuación de las obligación de interconexión desde la perspectiva de los agentes implicados y los competidores potenciales.

Los operadores de servicios de ámbito autonómico podían constituir la principal fuente de presión competitiva ante *Abertis* en el mercado nacional, como la práctica parecía haber demostrado en el pasado. Para que esta presión competitiva fuera posible, era necesario que los operadores de ámbito regional pudieran configurar una oferta de ámbito nacional en unas condiciones de tiempo apropiadas, oferta que se facilitaría mediante la existencia de una oferta mayorista de servicios de interconexión.

Una segunda alternativa competitiva posible sería que los propios radiodifusores pudieran contratar un servicio de interconexión para prestarse a sí mismos el servicio portador de difusión, contratando el transporte con un tercero. Esta opción, citada en el propio informe de la CMT, no parecía contemplarse como una opción para incrementar el grado de competencia en el mercado y para facilitar la introducción de competencia en el mercado de transporte de señales. También, desde esta perspectiva, la interconexión podía facilitar la existencia de un mayor grado de competencia en el mercado.

Por las razones señaladas, la CNC entendía que la única vía para facilitar una verdadera presión competitiva sobre *Abertis* era la obligación general de acceso a la red de *Abertis* mediante interconexión, con precios mayoristas orientados a costes.

- 2.º **Obligación de no discriminación.** Este remedio iba encaminado a combatir no sólo los problemas de competencia consistentes en tácticas dilatorias, como en la ronda de revisión de 2006, sino además los consistentes en discriminaciones de calidad y de precios. Con esta sola matización, el alcance de esta medida era, por lo demás, idéntico. A fin de que pudiera verificarse el cumplimiento de esta obligación, debía *Abertis* poner a disposición de la CMT los acuerdos que suscribiera con terceros en el plazo de diez días desde su formalización.
- 3.º **Obligación de transparencia.** Dada la dificultad de que la CMT pudiera constatar y observar los niveles de calidad del servicio prestado, al ser éste un parámetro de difícil comprobación, se imponía a *Abertis* la obligación de transparencia en la prestación de los servicios de acceso a su red. Dicha obligación implicaba que *Abertis* debía proceder a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación del servicio mayorista de acceso suficientemente desglosada para garantizar que no se exigiera pagar por recursos que no fueran necesarios para el servicio requerido. Los operadores debían poder disponer y exigir toda la información necesaria sobre las condiciones de acceso a los centros de *Abertis* - incluidos los precios, potencia radiada aparente máxima, mapas, software de cobertura, etc. - a través de instrumentos de información abiertos y, en la medida de lo posible, estandarizados. Además debía especificarse cuáles eran los centros en los que, conforme a lo apuntado más arriba, la opción de interconexión se presentaba como alternativa a la de coubicación.
- 4.º **Obligaciones sobre precios.** Estas eran, básicamente, las adoptadas en la ronda de revisión de 2006. La contabilidad de costes con un grado suficiente de desagregación de servicios y elementos de red debía permitir la estimación de los costes de producción de los citados servicios y la orientación de precios a costes a fin de evitar los problemas de competencia relacionados con los precios excesivos o la discriminación de precios que dificultaran o impidieran el acceso.

En cuanto al modelo de costes, y en relación con los estándares de costes históricos y corrientes, *Abertis* quedaba obligada a lo establecido en la Resolución de 1 de junio de 2006 sobre el formato y método contable a utilizar por *Abertis* en el sistema de contabilidad de costes (Expediente AEM 2006/649); así como en la Resolución de 14 de junio de 2007 sobre el sistema de contabilidad de costes nacional de *Abertis* (Expediente MTZ 2007/298).

Estas obligaciones tenían su razón de ser en la difícil replicabilidad de la red de *Abertis* y habrían de extenderse no sólo a la ubicación, sino también a la interconexión, pues ésta estaba justificada principalmente respecto de los centros en los que la ubicación no era posible.

La obligación de mantener cuentas separadas para las actividades de acceso a los recursos específicos de su red buscaba evitar el problema de los subsidios cruzados. En particular, *Abertis* debía estar a lo establecido en la Resolución AEM 2008/1230 de 20 de noviembre de 2008, así como a sus sucesivas revisiones.

En tanto que operador integrado verticalmente, *Abertis* debía poner de manifiesto los costes y márgenes de las diferentes actividades que realizaba y, en particular, asegurar que los relativos al acceso mayorista estaban claramente identificados y separados de los costes de otros servicios.

En este sentido, también había llegado a plantearse la CNC la imposición de medidas dirigidas a asegurar la prestación por *Abertis*, con precios orientados a costes, de servicios mayoristas de multiplexación y transporte desde la cabecera de red a favor de los operadores de difusión, en la medida en que era necesario evitar que esta integración vertical se convirtiera en una barrera a la entrada.

También debía observarse la propuesta de la CNC concerniente a la posible separación funcional dentro de *Abertis* entre las actividades de multiplexación, transporte y gestión de infraestructuras de difusión, por un lado, y la comercialización minorista de servicios de difusión, por otro. Dado que los operadores de televisión exigían estándares de calidad muy altos, la CNC se planteaba incluso que fuera necesario estudiar qué tipo de medidas habría que aplicar para evitar que *Abertis* utilizase sus servicios mayoristas ya fueran de acceso, transporte o multiplexación para deteriorar la calidad de los servicios que prestaban sus competidores. En este sentido, a juicio de la CNC cabía plantearse en qué medida podría ser necesaria la citada separación funcional.

La CMT recordaba, sin embargo, que la separación funcional necesariamente había de ser una medida de aplicación excepcional en casos persistentes de discriminación, supuesto de excepcionalidad que hasta el momento no se había dado en el mercado de referencia, y donde quedase suficientemente acreditado que las medidas a disposición de las ANRs conforme al procedimiento general de revisión de mercados no eran suficientes para solucionar los problemas de competencia detectados, supuesto que tampoco era de aplicación al caso que se planteaba.

- 5.º **Obligaciones en el mercado de los servicios finales.** Todos los anteriores eran remedios que proyectaban sus efectos sobre el mercado mayorista, es decir, en las relaciones entre los alternativos y el operador con PSM. Sin embargo, constituía una

importante novedad con respecto a la ronda de revisión de 2006 la imposición de obligaciones con efectos en el mercado descendente de los servicios portadores finales, o lo que era igual, en las relaciones con los difusores demandantes de los servicios portadores.

La posibilidad de adoptar estas medidas con proyección en los mercados descendentes estaba justificada en el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas cuando las medidas con proyección sobre los mercados ascendentes no fueran bastantes a garantizar el juego de la competencia. La CMT consideró que garantizar el acceso de los alternativos a la red de *Abertis* no era bastante para garantizar que esta no desplegara abusos de posición dominante de carácter excluyente en el mercado de referencia, tales como precios predatorios, pinzamientos o vinculación y empaquetamientos abusivos.

Para evitarlos se imponía a *Abertis* como obligación adicional la de comunicar *ex ante* a la CMT los preacuerdos alcanzados con sus clientes (las sociedades concesionarias de televisión), así como cualquier modificación de los contratos que ya tenía firmados tanto para la difusión analógica como digital, a fin de que, antes de que los contratos devinieran firmes, la CMT pudiera supervisar el correcto funcionamiento del mercado de referencia y de los mercados conexos. En el caso de no constatarse un funcionamiento correcto, por la existencia de tales prácticas anticompetitivas, lo anterior daría a la CMT la opción de modificar las obligaciones mayoristas a fin de que los alternativos pudieran replicar la oferta de *Abertis*.

Además, estaba justificada la supervisión de los contratos que *Abertis* tenía concertados para la modalidad analógica a fin de evitar los problemas de subsidios cruzados comentados más arriba entre sus actividades en analógico y digital.

Se imponía la comunicación del preacuerdo con un mes de antelación con respecto a la fecha de formalización del contrato vinculante y, además, la comunicación del contrato perfeccionado en los diez días siguientes a su formalización, a fin de garantizar que se correspondía con el preacuerdo.

Por último, y aún cuando ello no fuera más que una reiteración de las normas generales del Derecho *Antitrust* sobre abusos de posición dominante, se quiso imponer de modo expreso la prohibición de incurrir en prácticas restrictivas, como serían las fijaciones de precios abusivos o predatorios o los estrechamientos de márgenes o los empaquetamientos abusivos o injustificados (imposición de servicios no requeridos, precios abusivos del paquete, irreplicabilidad del paquete a partir de elementos mayoristas, etc.).

Si los precios predatorios dan lugar a una particular forma de abuso de exclusión, los precios excesivos o abusivos dan lugar a una de las formas del abuso explotativo. Ahora bien, cabrá también imaginar como supuesto de abuso explotativo no sólo los precios excesivamente altos aplicados a los compradores o clientes, sino también los excesivamente bajos impuestos a los proveedores cuando la empresa disfrute de posición dominante en el mercado de compra. La diferencia de estos últimos con los precios predatorios radicaría en que los predatorios son precios excesivamente bajos aplicados en sentido descendente, mientras que aquéllos lo son en sentido ascendente.

Las Orientaciones de la Comisión sobre abuso excluyente se ocupan, en efecto, de la práctica consistente en la aplicación de precios predatorios a fin de excluir a los competidores. En estos casos se trata de que la empresa dominante incurra deliberadamente en pérdidas o deja de obtener el beneficio que cabría esperar a corto plazo con el objeto de excluir a los competidores del mercado o el de impedir la inminente entrada de un competidor potencial. Si bien de esta práctica podría resultar un beneficio para los clientes finales en el corto plazo, dado que los mismos se beneficiarán de precios más bajos, en el medio o largo plazo los mismos saldrán perjudicados, y en esto cabría cifrar el carácter anticompetitivo del cierre del mercado, pues, una vez excluido el competidor actual o desterrada la amenaza de entrada del potencial, lo lógico será que la empresa dominante vuelva a imponer las condiciones iniciales o, incluso, que protagonice recortes de producción, subidas de precio o rebajas de calidad o innovación para recuperar los ingresos dejados de obtener con la práctica predatoria.

Determinados factores, también citados en las Orientaciones, podrían jugar para agravar el efecto cierre del mercados, tanto en este como en otros casos de abuso de exclusión, como podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el comportamiento se proyecte sobre proveedores o clientes esenciales de los competidores bloqueando el acceso de éstos a aquéllos (la práctica de una política de precios predatorios sólo respecto de un cliente esencial de un competidor para captarlo, la imposición de cláusulas de suministro exclusivo respecto de un proveedor esencial del competidor, etc.), la constatación del cierre tras la observación empírica del mercado (expulsión o debilitamiento de competidores actuales, ausencia de nuevas entradas, etc.) o por pruebas directas (documentación intervenida a la empresa, comunicaciones en prensa de sus directivos, etc.), el margen de beneficio obtenido con el abuso y su plazo de duración, etc. Se tratará de factores estos últimos que tendrán que ser ponderados en función de la clase de abuso excluyente de que se trate y, más allá de esto, de las circunstancias del caso concreto.

Realmente, en los mercados a que se refiere la tesis, no es mucha la virtualidad que pueda llegar a tener estas prácticas. Si nos fijamos en el segmento de la difusión televisiva en abierto, al menos actualmente, no es concebible que las cadenas incurran en esta clase de prácticas para excluir a otras del mercado de la publicidad televisada teniendo en cuenta el sacrificio económico que ello les supondría y el hecho de que la oferta de esta clase de servicios suela ser inferior a la demanda. Lo mismo cabría decir en el mercado de la TV de pago; difícilmente podría una TV de pago aplicar precios predatorios en sus relaciones con los abonados teniendo cuales son los costes que han de soportar, sobre todo para la adquisición de contenidos *Premium*. Tampoco en los mercados ascendentes respecto de los de la difusión resulta especialmente imaginable la práctica de este abuso de exclusión: ni en los de contenidos, por la necesidad de amortizar los fuertes gastos de producción de los mismos, ni en los de los servicios portadores de señal audiovisual, donde tienden a firmarse contratos por un periodo más o menos representativo de tiempo entre el operador de telecomunicaciones y el organismo de radiodifusión a lo largo del cual no parece posible mantener un precio predatorio constante. No obstante, ya vemos, la CMT advertía de este riesgo, el cual, de algún modo, llegó a confirmarse en los dos casos de abuso excluyente de *Abertis* frente a *Axión*, mediante el recurso a descuentos abusivos empleados con los difusores por *Abertis* (no se trataba exactamente del recurso a precios predatorios).

e) El mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso de la toma de control de Retevisión por Abertis (caso Retevisión)

i) Consideraciones previas sobre el enfoque de las concentraciones en los mercados de las telecomunicaciones

Como sabemos, en el caso de mercados de las telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas la sistemática que arranca de la Directiva Marco es una en la que las Autoridades Nacionales de Reglamentación, como la CMT española, deben realizar un análisis apriorístico de los mercados a fin de constatar si son o no competitivos. Constatado que no lo son deberán imponer remedios u obligaciones específicas a los operadores con poder significativo de mercado. En la tesis, cuando nos referimos a la definición, análisis y evaluación del juego de la competencia en estos mercados de las comunicaciones electrónicas, lo hacemos centrándonos, sobre todo, en ese estudio apriorístico.

Sin embargo, y como dejamos también observado, junto a ese examen apriorístico realizado por las ANRs habrá que situar el que protagonicen las autoridades nacionales o europeas de la competencia al enfrentarse a casos concretos de prácticas restrictivas (abuso o colusión) o de proyectos de concentración protagonizados por operadores de telecomunicaciones. Para decidir sobre estos, esas mismas autoridades deberán valerse de las herramientas generales (Reglamentos y Directrices europeas y normas legales y reglamentarias nacionales) que venimos citando.

Sin embargo, aún en estos casos, las especiales características de los mercados de las comunicaciones electrónicas pueden aconsejar un enfoque algo especial. En esta línea se inscriben los esfuerzos de ciertos tratadistas norteamericanos que, si bien referidos a las *Merger Guidelines*, resultan perfectamente extrapolables a los mercados europeos. A estos esfuerzos, en cuanto debían traducirse en un ensanchamiento del mercado relevante, nos referimos más arriba (*“La particularidad de la industria de las comunicaciones electrónicas en cuanto que industria red y su incidencia en la identificación del mercado relevante”*). Puede resultar oportuno que ahora nos refiramos a los mismos en cuanto afecten a las tareas de análisis y evaluación del juego de la competencia en mercados de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones en supuestos de concentración, como era precisamente el caso *Retevisión*.

En este sentido, también se propone atemperar esos parámetros de las “Merger Guidelines”. El planteamiento de éstas, muy similar, salvo alguna variación, a la de los instrumentos europeos a que nos hemos referido, es la de identificar las empresas que participan en el mercado. Éstas son no sólo las que ofrecen los productos actualmente (*“committed entrants”* o entrantes comprometidos), sino también las que, ante la aplicación de un IRSNTP por parte de las anteriores, pueden ofrecerlos dentro del horizonte temporal de un año sin gastos significativos o costes hundidos de entrada o salida (*“uncommitted entrants”* o entrantes disponibles; noción ésta relacionada, por el grado de inmediatez de la amenaza, más con la

de la sustituibilidad de la oferta de los instrumentos europeos que con la de la competencia potencial a que se refieren esos mismos instrumentos; *Vid Supra*).

A partir de lo anterior se aplican una serie de parámetros relacionados con el grado de concentración del mercado expresado a través del IHH de modo muy similar a como se hace en los instrumentos europeos que se han venido refiriendo a lo largo de la tesis (Reglamento Europeo de Concentraciones, Reglamento de Aplicación y Directrices): **(a)** si el IHH es inferior a 1.000 no será necesaria una valoración de los efectos anticompetitivos de la operación; **(b)** si está entre 1.000 y 1.800 sólo será necesario ponderar esos efectos anticompetitivos para el caso de que la operación entrañe un incremento del IHH en más de 100 puntos (lo que se denomina coeficiente *delta* en esos mismos instrumentos europeos); **(c)** si se encuentra por encima de 1.800 puntos se impondrá la valoración de los efectos anticompetitivos cuando la operación suponga un incremento del IHH de más de 50 puntos, presumiéndose la existencia de poder de mercado si ese mismo incremento es de más de 100 puntos.

El dato de que en las *Guidelines*, aunque se contemple su existencia, no se ofrezcan pautas para la identificación de esos entrantes disponibles o no comprometidos o “*uncommitted entrants*” lleva a que las autoridades norteamericanas de la competencia, en la práctica, prescindan de los mismos en esta fase de análisis o estructura del mercado con el efecto de que su poder de mercado no será tomado en cuenta a la hora de fijar, para atenuarlo, el grado de concentración del mercado de referencia. Esa valoración se posterga, más bien, para todo lo concerniente a las eficiencias derivadas de la existencia de competencia potencial (con lo que, en la práctica, se asimila al modelo europeo sobre esta materia).

Dado el carácter “*distressed*” del sector de las telecomunicaciones y la necesidad, conforme a lo que venimos viendo, de una mayor indulgencia con respecto a las operaciones de concentración, surge la necesidad de recurrir al máximo a todos los esfuerzos de la doctrina científica con vistas a calibrar ya en esta fase la amenaza que representan para los competidores actuales esos otros disponibles o no comprometidos. Por ejemplo, en un mercado con un volumen de ventas de 4 donde A vende 1, B vende 1 y C vende 2 y en el que se identifica a un entrante disponible o no comprometido, a este último se le atribuiría una cuota de 1 resultado de dividir el volumen total de ventas por el número total de participantes (incluidos los no comprometidos); a continuación se calcularía el grado de concentración del mercado [sobre las dificultades analíticas inherentes a la inclusión de los “*uncommitted entrants*” para el cálculo de las cuotas de Mercado, puede verse: A. Douglas Melamed & James W. Lowe: “*Uncommitted Entry: An Idea Whose Time Has Passed*” 8-9 (unpublished manuscript, submitted to the 2004 FTC Merger Enforcement Workshop, Mar. 16, 2004); sobre que el cómputo de las cuotas de esos competidores disponibles puede basarse en la capacidad o en cualquier otro medio válido de anticipar la producción de los mismos puede también consultarse: John E. Kwoka: “*Non-Incumbent Competition: Mergers Involving Constraining and Prospective Competitors*”, 52 Case W. Res. L. Rev. 173, 181-182 (2001) (apuntando a que el cómputo de las cuotas de los entrantes disponibles debe basarse en la capacidad o en “*otro método válido de anticipar la producción*”)].

Otras reformas propuestas por la doctrina [Tomas M. Jorde & David J. Teece: “*Antitrust Policy and Innovation: Taking Account of Performance Competition and Competitor Cooperation*”. 147/1 Journal of Institutional and Theoretical Economics 118-144 (1991)] en este punto de la estructura y análisis del mercado suponen, ya sí, apartarse de la literalidad de las *Guidelines*: se propone cambiar de uno a cuatro años el plazo que acabamos de referir

para la toma en cuenta de competidores disponibles porque, se dice, el de uno se considera “*excesivamente corto para casi cualquier caso de serio avance técnico*” (bien es cierto que la propuesta es la de aplicar el de cuatro años como plazo supletorio con posibilidad de modificarlo atendiendo a las características del producto de que se trate); se pretende relajar los umbrales que definen la existencia de poder de mercado, etc.

En definitiva, de lo que se trata no es más que de aplicar una visión prospectiva a unos mercados, los de las telecomunicaciones, que, por la impronta de la innovación, son más rápidos e inestables que los genéricos para centrar la atención, más que en la estructura de mercado resultado de la existencia de un número de competidores actuales en un momento dado, en aprehender la dinámica de los mismos. Esta misma filosofía deberá llevar a una interpretación extensiva de los factores de neutralización de los efectos anticompetitivos de las concentraciones a que nos referiremos más adelante.

ii) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en el caso Retevisión

En su informe relativo al expediente C 81/03, el TDC vino a pronunciarse sobre la toma de control por *Abertis Telecom*, a través de su filial *Tradia*, del cien por cien del capital social de *Retevisión I, S.A.*, que era filial de *AUNA*. La operación no llegaba a tener dimensión comunitaria conforme a los umbrales definidos en el reglamento de concentraciones entonces vigente: Reglamento CEE nº 4064/89, de 21 de diciembre, sobre control de las operaciones de concentración entre empresas, modificado por el Reglamento (CEE) nº 1310/97 (sobre la noción de dimensión comunitaria: Briones, J.; Folguera J.; Font A.; Navarro E.; “*El control de concentraciones en la Unión Europea*”; Madrid, 1999; Marcial Pons; Cap. 4; Págs. 93 y Ss.; sobre esta misma noción y su relieve jurídico, puede también verse Bello Martín-Crespo, P.: “*Concentración de empresas de dimensión comunitaria*”; Pamplona, 1997; Aranzadi; Caps. VII y VIII, Págs. 539 y Ss.; así como Calvo Caravaca A. L.; Goñi Urriza N.: “*El control de las concentraciones de dimensión europea*”; Madrid, 1999; Universidad Carlos III-BOE, Cáp. IV, Págs. 229 y Ss.).

Las partes de la operación eran dos, a saber, *Abertis Telecom* (empresa adquiriente) y *Retevisión I, S.A.*, (empresa objetivo). Los datos de ambas y los de *Tradia* eran:

- a) **Abertis Telecom**: era una filial al 100% de *Abertis Infraestructuras*. Esta última era una de las principales empresas de España en la gestión de infraestructuras de transporte y comunicación y cotizaba en bolsa, siendo sus principales accionistas *La Caixa*, con un 20,26 %, el grupo *ACS-Dragados*, con un 11,3 % y la *Caixa D’Estalvis de Catalunya*, con el 5,69 %. El volumen de ventas de *Abertis Infraestructuras* en España en el 2002 fue de 979, 91 millones de euros, de 945,2 en el año 2001 y de 806,2 en el año 2000. *Abertis Telecom* era la cabecera del grupo *Abertis* en telecomunicaciones y participaba en *Xfera*, con un 5,75 %, y, con un 100%, en el capital social de *Difusió Digital, Societat de Telecomunicacions (Tradia)*.
- b) **Tradia**: estaba controlada por la Generalitat de Cataluña, pero esta última vendió su participación a *Abertis* que se hizo, así, con el 100 % de la compañía. *Tradia* desarrollaba sus actividades, sobre todo en Cataluña, en el ámbito del transporte y la difusión de señal de televisión y radio, así como en radiocomunicaciones móviles para grupos de usuarios como cuerpos de seguridad, protección civil, etc. La *Corporación Catalana de Radio y Televisión* tenía suscrito un acuerdo con el *Centre de*

Telecomunicacions de la Generalitat de Catalunya para la prestación del servicio portador y el *Centre*, a su vez, lo tenía subcontratado con *Tradia*. Para la prestación del servicio *Tradia*, que sólo era titular de los equipos, arrendaba los emplazamientos al *Centre* quien, por otro lado, se reservaba el derecho a obtener en las infraestructuras espacio para la instalación de servicios de interés de la Generalitat. Los ingresos de *Tradia* en 2002 en el segmento del transporte y difusión de señal audiovisual fueron de 15 millones de euros.

- c) **Retevisión Audiovisual**: tenía como actividad principal el transporte y difusión de las señales de televisión y radio, y pertenecía al operador de telecomunicaciones *AUNA*. Los principales accionistas de *AUNA* eran: *Endesa*, con el 30 % del capital, el *Banco Santander Central-Hispano*, con un 23 % y *Unión Fenosa*, con el 19 %. En 1989, la aparición de las televisiones privadas hizo necesario crear una sociedad independiente que asumiera las labores de difusión de la señal hasta entonces integradas en la red técnica de Radiotelevisión Española (*RTVE*). Así nació el Ente Público de la *Red Técnica Española de Televisión (Retevisión)* confiriéndole, en régimen de monopolio, la gestión y explotación de la red pública de telecomunicación de transporte y difusión de señal audiovisual. En 1997, la historia de *Retevisión* dio un giro, al decidir el Gobierno que se constituyera en el embrión del segundo operador de telecomunicaciones para romper el monopolio de *Telefónica*. Así se produjo su privatización y adjudicación a un grupo encabezado por *Endesa*, *Unión Fenosa* y la italiana *STET*. De esta manera, y a partir de 1998, *Retevisión* pasó a convertirse en el segundo operador de telefonía fija. En 1998 perdió el monopolio del servicio portador de la señal y empezaron a aparecer una serie de empresas que prestaban esos mismos servicios, sobre todo en el ámbito autonómico. *Retevisión* disponía de una red analógica y digital de cobertura nacional, con una serie de emplazamientos de telecomunicaciones de los que una parte importante eran centros emisores y reemisores dedicados a los servicios de transporte y portador de los servicios de difusión sonora y televisiva. De estos emplazamientos, la mayor parte los tenía en propiedad (antena, caseta y equipos; no el terreno) y algunos arrendados a terceros. Sus principales clientes, en lo que al servicio portador de difusión de señal de TV y radio se refería, eran las cadenas de radio y de televisión de ámbito nacional así como las cadenas de televisión de diversas Comunidades Autónomas, a los que proporcionaba servicio tanto con tecnología analógica como con tecnología digital. Adicionalmente, la compañía ofrecía servicios de contribución y distribución o transporte de señal (sobre la definición de estos, véase más arriba).

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso Retevisión

En 2002, los ingresos generados en el segmento de la transmisión – comprendiendo tanto servicio de transporte como el portador de difusión de señal – ascendieron a 251,88 millones de euros, siendo 9 el número de operadores. De esos ingresos, el 67 % provenían de la prestación del servicio portador de difusión de señal y el 33 % de la prestación del servicio de transporte. Por otro lado, dentro de ese mercado global de la transmisión, el 88 % de los ingresos procedía de los servicios relacionados con la señal de TV y el 12 % restante de los concernientes a la señal de radio.

En términos de ingresos, en el mercado global de los servicios de transmisión las cuotas de mercado correspondientes a los principales operadores eran las siguientes: **(a) Retevisión**: un 75,63 % en 2000, un 72,24 % en 2001 y un 65,8 % en 2002; **(b) Telefónica**: un 19,49 % en 2000, un 16,23 % en 2001 y un 19,6 % en 2002; **(c) Tradia**: un 4,16 % en 2000, un 5,43 % en 2001 y un 6 % en 2002; **(d) Red de Banda Ancha de Andalucía**: un 0,72 % en 2000, un 4,67 % en 2001 y un 4,8 % en 2002; **(e) Net Radio Medialatina**: un 1,43 % en 2001 y un 2,8 % en 2002; **(f) Otros operadores**: un 1 % en 2002.

En 2002, en el segmento del transporte de señal, *Tradia* y *Retevisión* sumaron el 28,5 % del total de los ingresos y el 19,1 % del número de clientes. Lo anterior suponía la inexistencia de poder de mercado en manos de cada uno de ellos por separado; siendo 9 el número de operadores activos en este segmento en ese mismo año 2002.

También en 2002, y en cuanto a los servicios portadores de difusión de TV, *Retevisión* obtuvo un 90 % de los ingresos, *Tradia* un 4,31 %, *Red de Banda Ancha de Andalucía* el 5,48 % y *Net Radio Medialatina* el 0,17 %.

La situación en 2006 – cuatro años después del caso *Retevisión* – era la siguiente según resultaba del Informe anual de la CMT. Contra la pauta de retroceso imperante en el resto de mercados de las comunicaciones electrónicas, los servicios de transmisión de señal audiovisual (servicio de transporte + servicio portador de difusión) crecieron en 2006 el 34,8 % (frente al incremento de sólo el 2,6 % verificado en 2005) para alcanzar los 323,8 millones de euros (74,9 millones de euros correspondían al servicio de transporte -23,1 %- y 248,9 millones -76,9 %- de euros al servicio portador de difusión). Este incremento obedeció a la presencia de nuevos difusores de ámbito nacional y autonómico difundiendo en analógico (p.e. *La Sexta*) pero, sobre todo, en digital.

Los servicios de transporte de la señal audiovisual registraron un crecimiento del 27,9 % respecto a 2005 para alcanzar la facturación referida de 74,9 millones de euros. Se constataba que *Overon* (entidad en participación creada por *Abertis* y *Mediapro*; *Vid Supra*) había pasado a ser el primer operador del mercado con una facturación de 25,9 millones de euros y una cuota de mercado del 34,5 %. *Abertis*, por su parte, facturó 21 millones de euros, repartidos entre sus filiales *Retevisión I* y *Tradia*, y cedió el 24,7 % de su facturación respecto a 2005. No obstante, este retroceso era consecuencia de la transferencia de activos a *Overon*. Con la participación accionarial de *Abertis* en *Overon*, del 51%, la presencia del grupo *Abertis* en el mercado se traducía en un peso del 62,6 % del volumen total de ingresos del sector. De los competidores de los operadores controlados por *Abertis* el más importante era *Telefónica Servicios Audiovisuales* que avanzó el 5 % con respecto al período anterior, con una facturación de 18,9 millones de euros.

Por último, en servicio portador de difusión, los ingresos en 2006 fueron de 248,9 millones de euros, lo que supuso un incremento del 36,9 % respecto a 2005. Se observaba que el crecimiento del mercado se circunscribía a *Abertis*, que con 212,1 millones de euros incrementaba su facturación el 46 % respecto al ejercicio anterior (de esa cifra 192,7 millones correspondieron a *Retevisión I* y 19,4 millones a *Tradia*). Durante 2006 *Axión* llegó a generar un volumen de negocios de 21,2 millones de euros, lo que supuso un crecimiento del 4,3% respecto a 2005. Con carácter general, en relación con los servicios de difusión se observaba que durante 2006 *Abertis* reforzó su peso en el mercado acaparando el 85,3 % de la facturación.

Pasando al examen de la **estructura de la oferta** para la prestación de los servicios de transmisión (transporte y difusión), los datos sobre cuotas de mercado expuestos más arriba permitían concluir que la misma estaba concentrada en muy pocos operadores; debiéndose distinguir los referidos a la TV de los relacionados con la radio. Centrándonos sólo en los primeros por ser los más conducentes a nuestros objetivos, hacer las siguientes reflexiones.

- a) En TV de ámbito nacional, el único operador que prestaba los servicios de transmisión era *Retevisión*; sin que ningún operador de TV hubiera recurrido a la autoprestación. Es decir, que *Retevisión* ocuparía una clara posición de dominio (valdría con remitirse a lo dicho por la CMT sobre *Abertis* conforme a lo que dejamos expuesto más arriba).
- b) En TV de ámbito autonómico, existían diversos proveedores de capital público que prestaban servicios a las cadenas autonómicas (Vg. *Axión-Red de Banda Ancha de Andalucía* difundía los dos canales de Radio Televisión de Andalucía: *Canal Sur* y *Canal 2 Andalucía*). Por otro lado, *Retevisión* prestaba servicios de ámbito autonómico en Madrid, Valencia, Canarias y Castilla- La Mancha.
- c) A escala local, la autoprestación alcanzaba casi el 71 % del servicio prestado. En este ámbito, la difusión requería, por lo general, un solo centro emisor dado que los derechos de emisión de que disponía el titular se circunscribían a áreas locales pequeñas que podían ser cubiertas por un solo centro.

Y en cuanto a la **estructura de la demanda**, la misma estaba conformada por los operadores de TV y radio. De los segundos, por las mismas razones que acaban de decirse para la estructura de la oferta, prescindiremos. En cuanto a los operadores de TV por ondas hertzianas debía distinguirse entre los ámbitos nacional, autonómico y local:

- a) Para obtener cobertura nacional, los demandantes de los servicios analógicos eran las dos cadenas de *RTVE* así como los operadores privados (*Sogecable*, *Antena 3* y *Telecinco*) y los de los servicios digitales eran todos los anteriores además de *Vevo TV* y *Net TV*.
- b) En el ámbito autonómico, los demandantes de los servicios prestados en tecnología analógica eran, por aquel entonces: *Canal Sur*, *Telemadrid*, *TVG*, *Televisión de Catalunya*, *Euskaltelebista*, *Televisión Valenciana*, *Televisión Canaria* y *Castilla La Mancha Televisión*. En tecnología digital, la única cadena autonómica que estaba emitiendo era *Telemadrid*.
- c) Por último en el ámbito local, existía una situación pendiente de regularización mediante la concesión de las oportunas licencias en TV digital local antes de 2004. Aquí existían entre unas 400 y unas 600 televisiones locales que, en un alto grado, se autoprestaban el servicio.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado mayorista de servicios soporte para el transporte, a través de cualquier medio de transmisión, y para la difusión terrestre de las señales de radio y televisión en el caso Retevisión

Por la existencia de un alto grado de autoprestación dentro del segmento del servicio portador de difusión de ámbito local, el TDC entendió que las restricciones posibles al juego de la competencia podían girar en torno a **la desaparición dentro del ámbito autonómico catalán de uno de los operadores activos en la transmisión de señal y a la obstaculización al nacimiento de un segundo operador de transmisión de señal de TV con cobertura nacional:**

- a) **La desaparición dentro del ámbito autonómico catalán de uno de los operadores activos en la transmisión de señal.** En cuanto al primero de esos dos aspectos, sólo *Tradia* y *Retevisión* tenían red para la difusión de señal de TV en la región catalana. De ahí que el control de ambos por un solo operador pudiera suponer una importante restricción al juego de la competencia y así lo habían sostenido la CMT en su informe de 29 de julio de 2003 y el Servicio de Defensa de la Competencia en el de 30 de julio de 2003.

En opinión del TDC, para decidir sobre los posibles efectos restrictivos al juego de la competencia había de atenderse a la mayor o menor contestabilidad o expugnabilidad del mercado en función de la existencia de barreras de entrada. A este respecto, las principales barreras existentes (económicas; existencia de infraestructura difícilmente reproducible) habrían de quedar neutralizadas por aplicación del marco normativo europeo – Directiva Marco, recomendación y directrices – mediante el uso compartido de los emplazamientos y de los equipos de transmisión.

En cuanto a la titularidad de los emplazamientos, el resumen de las observaciones del Tribunal podía ser el siguiente. La red de difusión la conformaban una serie de emplazamientos y equipos para la transmisión de la señal. El emplazamiento, asentado sobre el terreno, se componía de varias torres con diferentes alturas y de una serie de instalaciones auxiliares como casetas y caminos. Los equipos de transmisión y propagación se instalaban, sin grandes dificultades técnicas en esas torres, siempre que hubiera espacio disponible, siendo diferentes los equipos de transmisión analógica de los de transmisión digital. Todos los emplazamientos de *Tradia* en Cataluña eran de titularidad pública del *Centre*.

En cuanto al acceso a los emplazamientos, la competencia inmediata en el ámbito autonómico iba a depender del acceso a los emplazamientos necesarios para dar la cobertura requerida por la concesión del operador de televisión. En este sentido, las posibilidades de acceso a las infraestructuras irreplicables y a las de *Retevisión* no variaban por efecto de la concentración. Si podría constituir un obstáculo significativo a la entrada de nuevos competidores el arrendamiento por el *Centre* a *Tradia* de sus infraestructuras por un largo periodo de tiempo.

Respecto de las infraestructuras irreplicables, la *Torre Collserola* era una S.A. no controlada por ninguna de las partes objeto de la concentración siendo *Telefónica* su principal accionista. Este centro y todas las demás estructuras irreplicables facilitaban

el acceso a todos los operadores que llegaran a solicitarlo. También la normativa garantizaba el acceso a las infraestructuras de *Retevisión*. Además, en su contrato de arrendamiento con *Centre*, *Tradia* se obligaba (al margen de la reserva para servicios de interés de la Generalitat) a facilitar el acceso a cualquier tercero que lo solicitara y que estuviera dispuesto a abonar las tarifas vigentes. No obstante, el TDC entendió que la apertura de estos arrendamientos a terceros diferentes de *Tradia* supondría una mayor garantía para el juego de la competencia.

- b) **La obstaculización al nacimiento de un segundo operador de transmisión de señal de TV con cobertura nacional.** Pasando ya al examen del segundo de los problemas enunciados al comienzo de este epígrafe, la obstaculización al nacimiento de un segundo operador de transmisión de señal de TV con cobertura nacional, comentar lo siguiente. El TDC desechó que de lo anterior pudieran derivarse restricciones para el juego de la competencia toda vez que *Tradia*, a escala nacional, no ejercería presión competitiva alguna sobre *Retevisión*. Las limitaciones al comportamiento independiente de esta última más bien provenían del fuerte poder negociador de la demanda y de la existencia de una importante competencia potencial.

En cuanto a lo primero, vino a observar el TDC: *“Cabe concluir de esta forma que se trata de un mercado con un pequeño número de demandantes, ya que en su gran mayoría se autoprestan, que actúa en buena parte a través de asociaciones. Así, las televisiones analógicas privadas de ámbito nacional, asociadas en la UTECA, suelen negociar de forma conjunta con RETEVISIÓN las condiciones de los contratos, disponiendo de una gran fuerza negociadora. Esta peculiar estructura de la demanda, altamente concentrada, ha llevado a la propia CMT a señalar que dispone de un poder compensatorio muy notable que hace que el operador de infraestructuras no pueda actuar independientemente en el mercado aunque disponga de cuotas de mercado muy elevadas. La demanda siempre estará además relativamente concentrada ya que las concesiones de espectro son limitadas”*.

Y en cuanto al factor de la competencia potencial, tomando todo el ámbito de la transmisión de la señal de TV – prescindimos de la de radio por lo ya dicho –, el TDC comenzó observando que, al tratarse de un mercado de reciente liberalización, los datos sobre las cuotas de mercado de *Retevisión* debían ser tomados con ciertas reservas ya que estaban apareciendo nuevos operadores con el consiguiente retroceso de las cuotas de mercado de aquélla ya en 2002. Además, estos nuevos operadores pertenecían a grupos económicos muy importantes como era el caso del *Grupo Telefónica* dentro del segmento del transporte de señal. A más a más, dentro del concreto segmento del transporte de señal de TV existía una importante competencia entre distintas plataformas tecnológicas de entrega (ondas terrestres, satélite y cable).

Al margen de los dos factores anteriores, poder de la demanda y competencia potencial, otras fuentes de limitación de la capacidad de *Retevisión* para comportarse con independencia de sus competidores y clientes provenían de las obligaciones legales de facilitar el acceso a sus infraestructuras y de la intervención también legal de sus precios.

Frente a todas estas argumentaciones se situaban las de alguno de los interesados (*Medialatina*) y las del propio Servicio de Defensa de la Competencia en cuanto a que la operación dificultaba la aparición de un segundo operador “por placas” a escala

nacional mediante la integración de diversos operadores autonómicos como consecuencia del acercamiento de la placa catalana a *Retevisión*. El TDC pasó por encima de estos argumentos apuntando que, aún integrando las placas autonómicas, lograr una cobertura similar a la de *Retevisión* implicaría unos esfuerzos en cuanto a inversión de carácter inverosímil, lo que hacía poco creíble esta opción.

A la luz de todas estas consideraciones, el TDC entendió que la autorización de la operación debía condicionarse a la renuncia por *Abertis* a acumular los derechos sobre las infraestructuras de *Retevisión* y *Tradia* en el ámbito territorial de Cataluña, con el deber de desprenderse del derecho de arrendamiento de las infraestructuras propiedad del *Centre* del que *Tradia* era titular o, alternatively, excluir las infraestructuras de *Retevisión* en Cataluña.

f) El mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual en los casos Axión/Abertis/abuso I y II

i) Identificación de los sujetos de las prácticas restrictivas en los casos Axión/Abertis/abuso I y II

En ambos casos, el supuesto era el de unas supuestas prácticas abusivas realizadas por *Abertis* para dificultar la entrada de *Axión* en el mercado de los servicios de transporte y portadores de difusión de señal audiovisual. El sujeto activo de la referida práctica restrictiva era, por tanto, *Abertis*, a cuyos datos de identificación expuestos más arriba sería dable remitirse.

- ***Abertis Telecom SAU*.** *Abertis* era el primer grupo de infraestructuras de transporte y comunicaciones de Europa y líder en España en la gestión de infraestructuras. Con una capitalización bursátil de 12.331 millones de euros, a cierre de 2005 y 11.000 empleados, el grupo *Abertis* estaba formado por más de 60 empresas que operaban en los sectores de autopistas, infraestructuras de telecomunicación, aeropuertos, aparcamientos y desarrollo de plataformas logísticas.

Por su parte, *Abertis Telecom SAU* era entonces filial al 100 % de *Abertis* y una compañía integrada por sus filiales al 100 %, *Retevisión I S.A.* y *Difusió Digital Societat de Telecomunicacions SA (Tradia)*. Era operador habilitado para la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual y propietaria de 3.217 emplazamientos en España, para el transporte y difusión de señales de TV y radio, instalaciones constitutivas de una red de telecomunicaciones con cobertura nacional, gran parte de la cual provenía de la antigua red monopolística de difusión de *Retevisión*.

En el caso *Axión/Abertis/Abuso II* la situación no había cambiado de modo significativo con respecto a la que se acaba de describir. En 2007, el grupo *Abertis* había alcanzado unos ingresos por operaciones de 3.620 millones de euros, con unos activos de 20.828 millones de euros y un beneficio contable neto de 756,5 millones de euros. Dentro de él, podía resaltarse un reforzamiento de la posición en el mercado de *Abertis Telecom SAU*, con avances en el mercado de la capacidad satelital, al ser accionista de los operadores de satélites *Hispasat*, con un 28,4 % y *Eutelsat*, con un 31,6 %. También contaba con una participación en *Torre de Collserola, S.A.*, del 41,8

%, a través de *Retevisión*, y con el control de la sociedad *Overon*, en la que participaba con un 51 %.

Los demandantes de servicios en el mercado de referencia eran los difusores televisivos clientes de *Abertis*, necesitados de sus servicios de transmisión de señal de TV, y el principal perjudicado o sujeto paciente del abuso de exclusión su competidora *Axión* que veía dificultado su acceso al mercado:

- ***Axión*** era una sociedad dedicada a la difusión de señales audiovisuales y a la explotación de servicios de telecomunicaciones, nacida de la fusión, en 2005, de *Red de Banda Ancha de Andalucía*, empresa concebida para la difusión de las señales de la radio y televisión de Andalucía, y *Medialatina*, empresa de ámbito nacional, que adquirió la red de radiodifusión de la *Cadena Ser*. Controlaba una red de transporte y difusión de señales, alternativa a la de *Abertis* en el área de Andalucía, y era operador habilitado para prestar el servicio soporte para el transporte y la difusión terrestre de la señal audiovisual, operando mediante acuerdos de acceso y coubicación con otras empresas, entre ellas *Abertis*, en el resto del territorio nacional. Era filial al 65 % de *Televisión de France*, (TDF), el mayor operador en Francia de infraestructuras para la prestación del servicio soporte de señales de radio y televisión.
- ***Sogecable, Telecinco, Antena 3, Net Televisión y Veo Televisión***. Eran operadores privados habilitados por el Plan Técnico de la televisión digital aprobado por el Real Decreto 944/2005 para la explotación del servicio público de televisión digital de ámbito nacional; de ellos, los tres primeros emitían de modo simultáneo en analógico y digital y los dos últimos sólo en modo digital. Todos eran clientes actuales de *Abertis* y potenciales de *Axión*.

ii) Reseña general de las prácticas restrictivas en los casos *Axión/Abertis/abuso I y II*

En conjunto, en los casos *Axión/Abertis/abuso I y II*, la autoridad se enfrentó a diversas prácticas restrictivas relacionadas con varias secuencias de contratos entre *Abertis* y los difusores y que podríamos sistematizar así: **(i)** la imposición de plazos excesivamente largos de duración de todos los contratos; **(ii)** la conducta consistente en exigir sin justificación objetiva cuantiosas penalizaciones a su clientes en el caso de rescisión anticipada de los contratos, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores (en los 5 contratos de 2006 con *Sogecable, Telecinco, Antena 3, Net TV* y *Veo TV* y en el de 2005 con *La Sexta*); **(iii)** la conducta de pactar con sus clientes un descuento por duración de los contratos, con el efecto de sustraer a estos clientes a la posible acción comercial de los competidores (en los 4 contratos de 2007 con *Antena 3, Veo TV, La Sexta* y *Net TV/Canal 66* y en los 3 contratos de 2008 con *Sogecable, Telecinco* y *Net TV/Canal 68*); **(iv)** la conducta de ofrecer sin justificación objetiva descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse la placa nacional, con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas; **(v)** la efectiva inclusión de descuentos por contribución a la implantación de la TDT (en los 4 contratos de 2007 con *Antena 3, Veo TV, La Sexta* y *Net TV/Canal 66* y en los 3 contratos de 2008 con *Sogecable, Telecinco* y *Net TV/Canal 68*).

Las anteriores prácticas motivaron las siguientes actuaciones de las autoridades de la competencia:

1 **Caso Axión/Abertis/Abuso I.** En el contexto de este asunto se plantearon las siguientes:

- a. ***Expediente de medidas cautelares (MC 36/06).*** Sobre todo las cláusulas de penalización por resolución anticipada motivaron que el Servicio de Defensa de la Competencia incoara este expediente en el que propuso que las mismas fueran dejadas sin aplicación a fin de no propiciar un cierre del mercado a los potenciales competidores (principalmente *Axión*). Estas razones no fueron atendidas por el TDC para quien la medida propuesta tenía un alcance que excedía del propiamente cautelar (aseguramiento del eventual fallo recaído en el procedimiento principal), toda vez que la eliminación de dichas penalizaciones podía llevar a que los contratos fueran inmediatamente resueltos y a una modificación irreversible del mercado.
- b. ***Expediente sancionador n° 2644/05.*** Al margen del expediente de medidas cautelares anterior, en relación con las prácticas antes referidas el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el sobreseimiento del expediente principal mediante acuerdo de 5 de marzo de 2007, a la vista de hechos posteriores al Pliego de Concreción de Hechos y del informe remitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT).

En este acuerdo se concluía que el principal fundamento del sobreseimiento era la inexistencia de efectos de las prácticas de cierre de mercado imputadas, en tanto que *Axión* había podido entrar en el mercado relevante mediante la firma con dos de los clientes, en un mercado caracterizado por un muy limitado número de clientes potenciales. Además, se afirmaba que cada una de las prácticas imputadas podrían estar objetivamente justificadas: **(i)** porque el pacto sobre la rescisión unilateral anticipada con penalización se podía interpretar en sentido pro competitivo (permitía desligarse del contrato); **(ii)** porque las inversiones necesarias para prestar el servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual digital justificaban los descuentos por extensión temporal o territorial de los contratos; o **(iii)** porque las economías que permitía la prestación del servicio a todo el territorio nacional, en vez de por placas regionales, justificaban también esos descuentos por extensión territorial. En estas circunstancias, la Dirección de Investigación concluía que el principio de presunción de inocencia conducía a que no pudiera sostenerse la calificación de dichas prácticas como una conducta abusiva, procediendo por ello el sobreseimiento del expediente sancionador.

- c. ***Expediente del recurso n° R 720/07 (y acumulados R 721/07 y R 723/07).*** Frente al anterior sobreseimiento recurrieron *Axión*, *Telecinco* y *Sogecable*, solicitando del TDC su revocación y la devolución del expediente al SDC para que prosiguiera su instrucción. Por Providencia del Pleno del TDC de 30 de marzo de 2007 de admisión a trámite de los tres expedientes de recurso (n° R 720/07, n° R 721/07 y n° R 723/07) se acordó también su acumulación al primero de ellos. El expediente del recurso n° R 720/07 (y acumulados R 721/07 y R 723/07) fue resuelto por el Consejo de la CNC mediante Resolución de fecha 6 de noviembre de 2007, en el sentido de estimar los recursos y, en consecuencia,

revocando el acuerdo de sobreseimiento del SDC de 5 de marzo de 2007 objeto de recurso, interesando de la DI la continuación del procedimiento llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para concluir el esclarecimiento de las cuestiones expresadas en las Fundamentos de Derecho de la Resolución.

- d. ***Expediente 646/2008.*** Con fecha 14 de octubre de 2008 *Axión* presentó escrito solicitando la suspensión del plazo máximo para dictar la Resolución que pusiera final al procedimiento sancionador, en tanto se tramitaba el expediente de concentración C 110/08 por el que *Abertis* adquiriría el 100 % de las acciones de *Axión*, solicitud finalmente desestimada por la CNC.

Terminó recayendo finalmente la resolución del CCNC de 19 de mayo de 2009 en el expediente 646/2008, que traía causa de la denuncia presentada por *Axión* contra *Abertis*, en la que se imputaba a la empresa denunciada la realización de conductas exclusionarias prohibidas por el art. 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y por el art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que tendrían por objeto y efecto impedir la entrada del denunciante u otros competidores potenciales en el mercado de difusión de señales de servicio público de televisión terrenal (analógica o digital) de ámbito nacional, en el que era operador dominante.

- 2 **Caso *Axión/Abertis/Abuso II (Expte. 2748/06 Axión Abertis II)***. En la resolución de 30 de marzo de 2011 se trataba también de un expediente sancionador por abuso de posición dominante iniciado por denuncia de *Axión* frente a *Abertis* de fecha 20 de diciembre de 2006. A raíz de la instrucción desarrollada en el marco del anterior expediente sancionador 2644/2005 (caso *Axión/Abertis/abuso I*) surgieron nuevos hechos en que se basó la denuncia de *Axión* complementaria de la que inicialmente había presentado. Al ser hechos nuevos impedían un tratamiento conjunto. Se trataba también de la oferta por *Abertis* de ampliaciones de servicios con descuentos a precios predatorios con la finalidad de excluir a *Axión* o a cualquier otro competidor del mercado de referencia: (i) en los cuatro contratos de 2007 con *Antena 3*, *Veo TV*, *La Sexta* y *Net TV/Canal 66* por los conceptos de no resolución anticipada y de contribución a la implantación de la TDT y (ii) en los 3 contratos de 2008 con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV/Canal 68* por el concepto de contribución a la implantación de la TDT (el concepto de no resolución anticipada había sido ya considerado en el caso *Axión/Abertis/abuso I*). *Abertis* ofrecía a sus clientes ampliaciones de cobertura desde el 80 % que ya tenía sin incrementos de precio respecto de los servicios ya prestados. En un primer momento, al igual que con el expediente 646/2008, se solicitó el sobreseimiento del expediente como consecuencia del expediente de concentración C 110/08 por el que *Abertis* adquiriría el 100 % de las acciones de *Axión*, solicitud ésta que fue también desestimada por la CNC.

ii) Análisis estático de la estructura del mercado de los servicios de transporte y difusión de señal audiovisual en los casos *Axión/Abertis/abuso I y II*

(1) Situación general

En el expediente de medidas cautelares (MC 36/06), en el caso *Axión/Abertis/abuso I*, en lo que se refiere al análisis del mercado, lo que hizo la autoridad nacional de competencia en su resolución, declarando improcedente y revocando la decisión de sobreseimiento del SDC, fue prácticamente reproducir los datos facilitados por la CMT en la ronda de revisión de 2006, con lo que valdría con remitirse a lo dicho más arriba. Por otra parte, en la resolución de mayo de 2009 sobre el expediente principal en ese mismo caso *Axión/Abertis/abuso I* (Expte. 646/2008) sí se realizó un análisis más detallado de la situación del mercado sobre la que se proyectaba la supuesta práctica restrictiva.

El escaso lapso temporal transcurrido entre esta resolución y la de la misma ANC en el caso *Axión/Abertis/abuso II* (Expte. 2748/06 *Axión Abertis II*) justifica que, para evitar repeticiones, agrupemos los análisis de la estructura del mercado en ambos casos para, partiendo de ello, pasar ya a la evaluación del juego de la competencia y de las prácticas abusivas en ambos supuestos.

Así, había que partir de la siguiente distribución de los cuatro múltiples digitales:

	Canal 66	Canal 67	Canal 68	Canal 69
Canal TDT 1.º	RTVE	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 2.º	VEO	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 3.º	VEO	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 4.º	NET	LA SEXTA	NET	LA SEXTA

Además, *RTVE* tenía asignado un canal múltiple completo con posibilidad para efectuar desconexiones territoriales de ámbito autonómico, que hacía uso de los canales radioeléctricos 57 a 65.

El Plan Técnico Nacional de la TDT (PTNTDT), en su artículo 6 y, posteriormente, la disposición adicional segunda del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, establecían la cobertura mínima poblacional a alcanzar por el servicio de TDT. Las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal debían alcanzar, de acuerdo con la Disposición Transitoria 4ª del RD 944/2005 de aprobación del PTNTDT, al menos, la cobertura que resultaría del siguiente calendario:

FASE	PORCENTAJE DE COBERTURA	FECHA LÍMITE
1. ^a	80 %	31/12/2005
2. ^a	85 %	31/07/2007
3. ^a	88 %	31/07/2008
4. ^a	90 %	31/12/2008
5. ^a	93 %	31/07/2009
6. ^a	95 %	03/04/2010
7. ^a	96 %	03/04/2010

Hasta la fecha del “apagón analógico”, previsto para el 3 de abril de 2010, como la difusión de cada canal radioeléctrico tenía que hacerse de manera preferente, por razones técnicas, por un mismo operador, el contrato del servicio debía hacerse también con el acuerdo de cada una de las empresas que difundían sus programas por el mismo canal radioeléctrico. Así, por ejemplo, para celebrar el contrato de servicios portadores sobre el Canal 66 se exigía el acuerdo entre *RTVE*, *NET* y *VEO*.

El escenario previsto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 944/2005, era que, con posterioridad al “apagón analógico”, cada una de las sociedades concesionarias del servicio de televisión de ámbito estatal, pudiera acceder a la explotación exclusiva de un canal múltiple de cobertura nacional mediante red de frecuencia única (sin desconexiones territoriales). De la misma forma estaba previsto que *RTVE* accediera a la explotación exclusiva de dos canales múltiples, uno de ellos con posibilidad de desconexiones territoriales de ámbito autonómico y el otro mediante red de frecuencia única. En este escenario, dejaría de ser necesario que más de una empresa compartiera el mismo múltiple y, por ende, el acuerdo de más de un operador para la celebración del contrato de servicios portadores.

La posición dominante de *Abertis* en el mercado resultaba indiscutible atendiendo a factores ya expuestos en otros epígrafes. Había sido el único operador en el mercado desde la liberalización en 2000, con la única excepción de los contratos celebrados con *Axión*, limitados a tres operadores de los cinco, a un porcentaje de cobertura del 5 % y a unos meses de vigencia, como veremos. A lo anterior debía sumarse la existencia de importantísimas barreras de entrada envolviendo este mercado y la fuerte limitación de la competencia potencial (v. *infra*).

La siguiente tabla presentaba para 2007 las cuotas de mercado por ingresos en los mercados de transporte y difusión de la señal audiovisual para mercados geográficos de todo ámbito (Fuente: Informes trimestrales de la CMT para 2007).

<i>Ingresos y cuotas de mercado de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual</i>				
	<i>Transporte</i>		<i>Difusión</i>	
	<i>Ingresos (millones de €)</i>	<i>%</i>	<i>Ingresos (millones de €)</i>	<i>%</i>
<i>Abertis</i>	22,01	22	235,73	87
<i>Overón</i>	53,74	53	5,97	2
<i>Axión</i>	1,77	2	21,98	8
<i>Telefónica</i>	19,72	19	-	-
<i>Resto</i>	4,69	5	8,74	3
<i>Total</i>	101,94	100	272,42	100

Los ingresos del principal competidor de *Abertis*, *Axió*n, por servicios mayoristas audiovisuales estaban representados en la siguiente tabla que, con respecto a la anterior, incluía el detalle de la distribución entre servicios analógicos y digitales (Fuente Informe anual de la CMT de 2007):

Distribución de ingresos por servicios mayoristas audiovisuales 2007 (mill €)			
AXION	Ingresos totales	Ingresos digital	Ingresos analógico
Difusión	22	1,4	20,6
Transporte	1,8	nd	nd

(2) La relación contractual con Sogecable

La situación contractual con **Sogecable** era la que se pasa a describir.

Este operador había celebrado un contrato con *Retevisión I* para el programa del que era concesionaria a 1 de febrero de 2001. Para la señal analógica su duración era hasta el 3 de abril de 2005 (cinco años de duración), mientras que para la señal digital era hasta el 3 de abril de 2007 (siete años de duración). No se preveían penalizaciones por resolución anticipada.

A petición de *Sogecable*, *Abertis* presentó en abril de 2005 ofertas para la cobertura del 95 % referida a los servicios de transporte y portadores de difusión de señal en analógico por placas regionales. En ellas se preveían importantes descuentos por la contratación conjunta, para todo el territorio nacional, que representaban un porcentaje apreciable del total obtenido de sumar el precio ofertado para la difusión en cada una de las placas regionales.

Adicionalmente, a petición de *Sogecable*, *Abertis* presentó en noviembre de 2005 ofertas para la cobertura del 80 % referida a los servicios de transporte y portadores de difusión de señal en digital por placas regionales. En ellas se incluían también importantes descuentos por la contratación conjunta, para todo el territorio nacional, que representaban un porcentaje apreciable del total obtenido de sumar el precio ofertado para la difusión en cada una de las placas regionales.

Posteriormente, con fecha 1 de diciembre de 2005, *Abertis* remitió una oferta a *Sogecable* para los tres canales digitales de los que era concesionaria *Sogecable* - el que ya tenía y los dos adicionales que le fueron adjudicados mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 - con un 80 % de la cobertura para todo el territorio nacional, con la excepción de Andalucía, Extremadura y Castilla - La Mancha. En esta última oferta no se incluía ningún tipo de descuento.

Lo que finalmente sucedió fue que el contrato de 01 de febrero de 2001 fue reemplazado por otros dos de 30 de marzo de 2006 entre las mismas partes, *Sogecable* y *Abertis*. Uno de esos contratos se refería al 80 % de cobertura para los tres canales digitales (el que ya tenía y los dos adicionales que le fueron adjudicados mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005) que ostentaba *Sogecable* en el Canal 67 (ver tabla de más arriba) y duraba desde el 30 de noviembre de 2005 hasta el 3 de abril de 2010. En este contrato *Sogecable* podía optar por la resolución anticipada pero con sujeción a plazos de preaviso y penalizaciones. El otro contrato iba referido al canal analógico de *Sogecable*, tenía la misma duración que el anterior referido al digital, pero, a diferencia de éste, no incluía penalizaciones por resolución anticipada.

Entre enero y julio de 2007, *Sogecable* celebró con *Axión* un contrato para la ampliación de la cobertura de la TDT del 80 al 85 % (ver la tabla más arriba). En virtud de este contrato *Axión* llegó a prestar el servicio a *Sogecable* entre agosto de 2007 y marzo de 2008. Sin embargo, este contrato se condicionaba, inicialmente, al acuerdo con el otro operador incluido en el canal 67, a saber, *La Sexta*, y, posteriormente, al resultado del concurso abierto por *Sogecable* para la selección de un único operador para toda la cobertura por encima del umbral del 85 % de población.

En octubre de 2007, *Sogecable* inició formalmente un proceso para la adjudicación del contrato de servicio portador referido a toda la cobertura de sus tres canales digitales. De haber tenido lugar la adjudicación a favor de un operador diferente de *Abertis* (*Axión*), *Sogecable* habría tenido que afrontar las penalizaciones por resolución anticipada previstas en el contrato de 30 de marzo de 2006.

Lo que sucedió fue finalmente que *Sogecable* y *Abertis* celebraron el contrato de 7 de marzo de 2008 que incluía todos los servicios de transporte, multiplexación y portadores de los tres canales digitales de la primera y para todos los hitos de cobertura y, en su caso, para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 944/2005. La duración del contrato iba desde el 1 de abril de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2016 y se podía prorrogar, a petición de *Sogecable*, hasta el 3 de abril de 2020. En este contrato no se preveían penalizaciones por resolución anticipada. Sin embargo, se insertaban medidas con el mismo o similar efecto en la medida en que *Sogecable* sólo tenía derecho a ellas en tanto en cuanto no se desligara del contrato: (i) un descuento del precio aplicado a *Sogecable* a cambio del mantenimiento de la vigencia del contrato; (ii) una reducción durante 24 meses de la tarifa aplicada a *Sogecable* como “contribución a la implantación de la TDT”; (iii) reducciones de tarifas caso de reducir *Abertis* el número de centros emisores o en el de ofrecer mejores condiciones a otro operador de TV.

De todo el anterior entramado contractual, lo contemplado en el **Caso *Axión/Abertis/abuso I*** fue: (i) la excesiva duración del contrato de 2006 para los tres canales digitales o programas de *Sogecable* en el múltiple 67 y la cláusula de penalización incluida en el mismo; (ii) la oferta de descuentos para la contratación de toda la placa nacional y (iii) las cláusulas de descuento por no resolución anticipada del contrato de 2008. Lo examinado en el **Caso *Axión/Abertis/abuso II*** fue la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT en el contrato de 2008.

(3) La relación contractual con Telecinco

La situación contractual con **Telecinco** era la que se pasa a describir.

Este operador había celebrado un contrato con *Revisión I* para el programa del que era concesionaria a 1 de febrero de 2001. Para la señal analógica su duración era de cinco años y para la señal digital de siete años de duración. No se preveían penalizaciones por resolución anticipada.

El anterior contrato fue reemplazado por otros dos de 11 de abril de 2006 entre las mismas partes. Uno de esos contratos se refería al 80 % de cobertura para los tres canales digitales que ostentaba *Telecinco* en el Canal 68, el que ya tenía y los dos adicionales que le fueron

adjudicados mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 (ver la tabla de más arriba). Este contrato duraba desde el 30 de noviembre de 2005 hasta el 3 de abril de 2010. En este contrato *Telecinco* podía optar por la resolución anticipada, pero con sujeción a plazos de preaviso y penalizaciones. El otro contrato iba referido al canal analógico de *Telecinco*, tenía la misma duración que el anterior referido al digital, pero, a diferencia de éste, no incluía penalizaciones por resolución anticipada.

Entre enero y julio de 2007, *Telecinco* celebró con *Axión* contrato para la ampliación de la cobertura de la TDT del 80 al 85 % (ver tabla de más arriba). En virtud de este contrato, *Axión* llegó a prestar el servicio a *Telecinco* entre agosto de 2007 y marzo de 2008. Sin embargo este contrato se condicionaba, inicialmente, al acuerdo con el otro operador incluido en el canal 68, a saber, *Net TV*, y, posteriormente, al resultado del concurso abierto para la selección de un único operador para toda la cobertura.

Lo que sucedió fue finalmente que *Telecinco* y *Abertis* celebraron el contrato de 24 de enero de 2008, que incluía todos los servicios de transporte, multiplexación y portadores de los tres canales digitales de la primera y a todos los hitos de cobertura, y, en su caso, para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 944/2005. La duración del contrato iba desde el 1 de abril de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2016 y se podía prorrogar, a petición de *Telecinco*, hasta el 03 de abril de 2020. En este contrato no se preveían penalizaciones por resolución anticipada. Sin embargo, se insertaban medidas con el mismo o similar efecto, en la medida en que *Telecinco* tenía derecho a ellas en tanto en cuanto no se desligara del contrato: **(i)** un descuento del 2,5 % del precio aplicado a *Telecinco* a cambio del mantenimiento de la vigencia del contrato; **(ii)** una reducción durante 24 meses de la tarifa aplicada a *Telecinco* como “contribución a la implantación de la TDT”; **(iii)** reducciones de tarifas caso de reducir *Abertis* el número de centros emisores o en el de ofrecer mejores condiciones a otro operador de TV.

De todo el anterior entramado contractual, lo contemplado en el ***caso Axión/Abertis/abuso I*** fue: **(i)** la excesiva duración del contrato de 2006 para los tres canales digitales o programas de *Telecinco* en el múltiple 68 y la cláusula de penalización incluida en el mismo; **(ii)** las cláusulas de descuento por no resolución anticipada del contrato de 2008. Lo examinado en el ***caso Axión/Abertis/abuso II*** fue la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT en el contrato de 2008.

(4) La relación contractual con Antena 3

La situación contractual con ***Antena 3*** era la que se pasa a describir.

Este operador había celebrado un contrato con *Retevisión I* para el programa del que era concesionaria a 1 de febrero de 2001. Para la señal analógica su duración era de cinco años y para la señal digital de siete años. No se preveían penalizaciones por resolución anticipada.

A petición de *Antena 3*, *Abertis* presentó en mayo de 2005 ofertas para la cobertura del 95 % referida a los servicios de transporte y portadores de difusión de señal en analógico por placas regionales, con importantes descuentos por la contratación conjuntamente para todo el territorio nacional, que representaban un porcentaje apreciable del total obtenido sumando el precio ofertado para la difusión en cada una de las placas regionales.

Finalmente, el contrato de 1 de febrero de 2001 fue reemplazado por otros dos de 11 de abril de 2006 entre las mismas partes. Uno de esos contratos se refería a la cobertura del 80 % para los tres canales digitales - el que ya tenía y los dos adicionales que le fueron adjudicados mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 - que ostentaba *Antena 3* en el Canal 69 (ver la tabla más arriba) y duraba desde el 30 de noviembre de 2005 hasta el 3 de abril de 2010. En este contrato, *Antena 3* podía optar por la resolución anticipada, pero con sujeción a plazos de preaviso y penalizaciones. El otro contrato iba referido al canal analógico de *Antena 3*, su duración iba desde el 3 de abril de 2005 hasta el 3 de abril de 2010 y, a diferencia de aquél, no incluía penalizaciones por resolución anticipada.

El 28 de marzo de 2007 se firmó un nuevo contrato que modificaba el anterior al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los tres canales digitales de que era titular *Antena 3*, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3.ª del R.D. 944/2005. En el contrato, se recogía, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional, y ampliaba su duración hasta final de 2015.

El contrato de 28 de marzo de 2007 incluía un descuento del 2,5 % de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contemplaban una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93 % en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extendían por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, *Antena 3* quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.

El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente: “... en cada fase de ampliación del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto. Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 36 meses comprendido entre el mes de abril de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de setenta mil quinientos cuarenta y dos euros (70.542 €) mensuales para el conjunto de los tres canales). Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”.

De todo el anterior entramado contractual, lo contemplado en el **caso Axión/Abertis/abuso I** fue: (i) la excesiva duración del contrato de 2006 para los tres canales digitales o programas de Antena 3 en el múltiple 69 y la cláusula de penalización incluida en el mismo; y (ii) la oferta de descuentos para la contratación de toda la placa nacional. Lo examinado en el **caso Axión/Abertis/abuso II** fue la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT y por la no resolución anticipada en el contrato de 2007.

(5) La relación contractual con Net TV

La situación contractual con Net TV era la que se pasa a describir.

Este operador había celebrado un contrato el 6 de noviembre de 2003 con *Retevisión I* para el canal digital del que era concesionaria adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000. Su duración era de 10 años y se preveían penalizaciones por resolución anticipada.

El 24 de enero de 2006 ambas empresas firmaron dos nuevos contratos. El primero reemplazó al de 6 de noviembre de 2003. Este contrato era para la cobertura del 80 %, iba referido a su programa en el canal 66 y tenía una duración de 5 años, con posibilidad de resolución anticipada aplicando penalizaciones. El segundo contrato era también para la cobertura del 80 %, iba referido a su programa en el canal 68, el cual le había sido adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005 y tenía también una duración de 5 años, hasta el 3 de abril de 2010, con posibilidad de resolución anticipada aplicando penalizaciones.

El 31 de julio de 2007, *Net TV* celebró con *Axión* un contrato para la ampliación de la cobertura de la TDT del 80 al 85 % para ese canal 68 que compartían la propia *Net TV* y *Telecinco* (ver más arriba la tabla). Esto es, el contrato tenía por objeto únicamente un 5 % de cobertura adicional al 80 % que ya tenía contratada con *Abertis* desde 2006, alcanzando así *Net TV* el 85% de cobertura de la población nacional que exigía el PTNTDT. En virtud de este contrato *Axión* llegó a prestar el servicio a *Net TV* entre agosto de 2007 y marzo de 2008. Sin embargo este contrato se condicionaba al resultado del concurso abierto para la selección de un único operador para toda la cobertura, la del 80 % que tenía *Abertis* y hasta el nivel del 93 % (ver también tabla más arriba).

Con fecha 27 de junio de 2007, se firmó entre *Net TV* y *Abertis* un nuevo contrato que modificaba el contrato de enero de 2006 correspondiente al canal digital de *Net TV* en el canal múltiple SFN66, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para el citado canal digital, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3.^a del R.D. 944/2005. En el contrato, se recogía, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional, y ampliaba su duración hasta final de 2015.

El contrato incluía un descuento del 2,5 % de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contemplaban una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93 % en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extendían por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, *Net TV* quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.

El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente: “... en cada fase de ampliación del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación

efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto. Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 33 meses comprendido entre el mes julio de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 25.652 €/mes. Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”

Finalmente, *Net TV* y *Abertis* celebraron el 23 de enero de 2008 un nuevo contrato que incluía todos los servicios de transporte, multiplexación y portadores de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los canales digitales de que era titular *Net TV* dentro del canal múltiple 68, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3ª del R.D. 944/2005.

Este contrato sustituía al contrato suscrito entre *Net TV* y *Retevisión* en enero de 2006 para proporcionar cobertura del 80% de la población para el canal dentro del SFN68, y su duración se extendía hasta final de 2016. En este contrato no se preveían penalizaciones por resolución anticipada. Sin embargo, se insertaban medidas con el mismo o similar efecto en la medida en que *Net TV* tenía derecho a ellas en sólo en tanto en cuanto no se desligara del contrato: **(i)** un descuento del 2,5 % del precio aplicado a *Net TV* a cambio del mantenimiento de la vigencia del contrato; **(ii)** una reducción de 23.514 euros mensuales por un canal durante 24 meses de la tarifa aplicada a *Net TV* como “contribución a la implantación de la TDT”; **(iii)** reducciones de tarifas caso de reducir *Abertis* el número de centros emisores o en el de ofrecer mejores condiciones a otro operador de TV.

De todo el anterior entramado contractual, lo contemplado en el ***caso Axión/Abertis/abuso I*** fue: **(i)** la excesiva duración del contrato de 2006 para los dos canales digitales o programas de *Net TV* en el múltiple 66 y en el múltiple 68 y la cláusula de penalización incluida en el mismo; y **(ii)** la inclusión en el contrato de 2008 sobre el Canal 68 de un descuento por no resolución anticipada. Lo examinado en el ***caso Axión/Abertis/abuso II*** fue: **(i)** la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT y por la no resolución anticipada en el contrato de 2007 sobre el canal 66; **(ii)** la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT en el contrato de 2008 sobre el canal 68.

(6) La relación contractual con Veo TV

La situación contractual con **Veo TV** era la que se pasa a describir.

Este operador había celebrado un contrato el 22 de diciembre de 2003 con *Retevisión I* para el canal digital del que era concesionaria adjudicado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000, comprendiendo transporte y servicio portador de difusión. Su duración era de 10 años y se preveían penalizaciones por resolución anticipada, salvo cuando la causa de la resolución viniera motivada por la extinción del título habilitante para la prestación del servicio otorgado a *Veo TV*.

El 13 de marzo de 2006 ambas empresas firmaron un nuevo contrato que reemplazó al de 22 de diciembre de 2003. Este contrato incluía, además de los dos canales digitales de televisión concedidos a *Veo TV*, en virtud de la aplicación del PTNTDT, el múltiple digital completo que le sería concedido tras el apagón analógico en abril de 2010 conforme a lo

previsto en la DA 3.^a del R.D. 944/2005. Este contrato entró en vigor el 30 de noviembre de 2005 y su vigencia estaba prevista hasta el 31 de diciembre de 2015 (10 años). Se preveía la posibilidad de que las partes instaran la resolución anticipada del contrato cuando en el plazo fijado no hubieran llegado a ponerse de acuerdo respecto al nuevo precio a aplicar a la extensión de cobertura al 90 %, cuando el Plan de Extensión de Cobertura aprobado supusiese una variación superior a determinado porcentaje de los centros determinados en el contrato o, alternatively, la de someter la cuestión al laudo de la CMT que fijaría las condiciones económicas de la ampliación de modo vinculante. De optarse por la resolución, la parte que lo hiciera habría de indemnizar a la otra con determinada penalización.

El 29 de marzo de 2007, se firmó un nuevo contrato que modificaba el anterior de 2006, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital para esos dos canales correspondientes a los hitos intermedios de cobertura de la población nacional previstos en la D.A. 2.ª del RD 944/2005. En el contrato, se recogía, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional. Se contemplaban una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93 % en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extendían por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, *Veo TV* quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.

El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente: “... en cada fase de ampliación del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto. Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 36 meses comprendido entre el mes de abril de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 47.028 € mensuales por los dos canales. Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”.

De todo el anterior entramado contractual, lo contemplado en el **caso Axión/Abertis/abuso I** fue la excesiva duración del contrato de 2006 para los dos canales digitales o programas de Veo TV en el múltiple 66 y la cláusula de penalización incluida en el mismo. Lo examinado en el **caso Axión/Abertis/abuso II** fue la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT y por no resolución anticipada en el contrato de 2007.

(7) La relación contractual con Gestora de Medios Audiovisuales La Sexta

La situación contractual con **Gestora de Medios Audiovisuales La Sexta** era la que se pasa a describir. Por otra parte, los contratos con este operador audiovisual no habían sido considerados en el **caso Axión/Abertis/abuso I**.

El 13/12/2005 *La Sexta* y *Retevisión I* firmaron un contrato para proporcionar el servicio de transporte y difusión de la señal digital correspondiente al 80 % de la cobertura de la población nacional, que se refería a dos canales digitales (adjudicados a *La Sexta* por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2005).

Con fecha 29/03/2007, se firmó un nuevo contrato que modificaba el anterior, al objeto de incluir los servicios de transporte y difusión de la señal digital correspondientes a todos los hitos de cobertura de la población nacional previstos en la normativa vigente, para los dos canales digitales de que era titular *La Sexta*, y, en su caso para el canal múltiple digital completo que le pudiera ser adjudicado en abril de 2010 conforme a lo previsto en la DA 3.ª del R.D. 944/2005. En el contrato, se recogía, entre otras cuestiones, el precio pactado para las diferentes fases de cobertura de la población nacional y ampliaba su duración hasta final de 2015.

El contrato incluía un descuento del 2,5 % de las cantidades facturadas en atención a la vigencia contractual pactada. Igualmente se contemplaban una serie de descuentos transitorios sobre el precio nominal acordado para las diferentes fases de cobertura hasta el 93 % en concepto de régimen transitorio de implantación de la TDT. Estos descuentos se extendían por un periodo de 36 meses finalizando el 31 de marzo de 2010. En caso de resolución anticipada del contrato, *La Sexta* quedaba obligada a la devolución de las cantidades correspondientes a dichos descuentos. Estos descuentos no estaban sujetos a condición previa alguna.

El detalle de los descuentos por promoción de la TDT acordados era el siguiente: “... en cada fase de ampliación del servicio (80%, 85%, 88%, 90%, 93%), las partes acuerdan que la contraprestación pactada para cada fase se reducirá, desde el inicio de la prestación efectiva del servicio con la nueva cobertura en un 75% durante los dos primeros meses, en un 55% durante los meses tercero y cuarto; y en un 30% durante los meses quinto y sexto. Sin perjuicio de ello, la aplicación de estas reducciones a la contraprestación pactada para el 80% se realizará de forma lineal durante un periodo de 36 meses comprendido entre el mes de abril de 2007 y el mes de marzo de 2010, a razón de una cantidad fija de 47.028 € mensuales por los dos canales. Una vez finalizados los periodos descritos en los párrafos precedentes, la prestación del servicio devengará en su integridad la contraprestación pactada en la cláusula 3.1”

De todo el anterior entramado contractual, lo contemplado en el *caso Axión/Abertis/abuso I* no fue nada. Lo examinado en el *caso Axión/Abertis/abuso II* fue la inclusión de descuentos por contribuir a la implantación de la TDT y por no resolución anticipada en el contrato de 2007.

iii) Evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado de los servicios de transporte y difusión de señal audiovisual en los casos Axión/Abertis/abuso I y II

(1) En el caso Axión/Abertis/abuso I

(a) La evaluación preliminar de la CNC en la revocación de la decisión de sobreseimiento del SDC

En lo que concierne a la decisión del CCNC de revocar la decisión del servicio de sobreseer el expediente (recurso nº R 720/07 y acumulados R 721/07 y R 723/07; *vid supra*), la evaluación del juego de la competencia fue limitada dado que se trataba sólo de determinar si tal decisión de sobreseimiento se encontraba o no justificada.

El Servicio de Defensa de la Competencia había fundado esta última en dos clases de razones, a saber: **(a)** la firma en 2007 de contratos entre *Axion* y *Telecinco* y *Sogecable* para la ampliación de cobertura del 80 al 85 % (ver más arriba); y **(b)** la existencia de justificación objetiva para las diversas medidas incorporadas a los contratos conforme a los datos resultantes del informe de la CMT:

- (a) **Firma de contratos en 2007 entre Axion y dos difusores.** En cuanto a lo primero, el Consejo entendió que el hecho de que dichos contratos hubieran llegado a firmarse no determinaba que no hubiera llegado a mediar un abuso de su posición dominante (abuso de exclusión) por parte de *Abertis*. Fundó esta apreciación en toda una serie de pronunciamientos de las autoridades de la competencia tanto nacionales (Resolución de 26 de febrero de 1999 - expediente 413/97 *Airtel/Telefónica* – del mismo TDC confirmada en sede judicial por el TS y la AN) como europeas (Sentencia del TPI de 30 de enero de 2007 - T 24/93 - en el caso *France Telecom* y Sentencia de 17 de diciembre de 2003 - T-219/99 – en el asunto *British Airways*) a tenor de los cuales lo relevante para calificar determinada conducta como abusiva no era tanto que la misma hubiera efectivamente vetado el acceso al mercado de los competidores, como que la hubiera dificultado, aun cuando ésta hubiera llegado finalmente a producirse.

En este sentido *vid.* Waelbroeck, M. M., y Frignani, A., *Derecho europeo de la ...*, op. cit., pp. 359-360, al mantener que “*La tentativa de abuso no es punible como tal. Ello no significa que en un comportamiento objetivamente susceptible de explotar a los consumidores o de obstaculizar a los competidores sólo sea condenable si consigue el efecto deseado. Tal comportamiento, incluso interrumpido antes de dar sus frutos, puede producir efectos perjudiciales, principalmente, intimidando a los terceros o debilitando su capacidad de resistencia. Así pues, las amenazas, las tácticas de acoso o de intimidación podrán constituir infracciones al artículo 86 del TCE [actual artículo 82], aunque no consigan el efecto deseado*”.

Por otra parte, se hacía preciso tener en cuenta que los contratos firmados entre *Axión*, por una parte, y *Sogecable* y *Telecinco*, por otra, sólo podían llegar a ser efectivos en el caso de que los compañeros de múltiple digital de éstas últimas llegaran también a firmar con *Axion*. En este sentido, *Vevo TV* había ya manifestado que veía difícil la resolución anticipada de su contrato con *Abertis* y *La Sexta* que no estaba dispuesta a contratar con *Axión*.

- (b) **Existencia de justificación objetiva.** Un factor importante, a la hora de dictaminar sobre la justificación objetiva de las prácticas contractuales desarrolladas por *Abertis*, era el del importe de las inversiones a acometer por *Abertis* para hacer frente al plan de despliegue de la TDT a través de los cinco canales múltiples que emitían con cobertura nacional.

Abertis empleaba 159 centros para prestar el servicio de difusión de la señal de la TDT nacional con una cobertura del 85 %, empleando parte de estos centros adicionalmente para prestar otros servicios. *Abertis* afirmaba que estas inversiones no eran reutilizables, por lo que “*el valor residual de los activos integrantes de cada uno de los proyectos sería inexistente, dado que difícilmente podrían ser utilizados para la prestación de otro tipo de servicios*”. En cambio, para la ANC se trataba de inversiones

comunes para todos los clientes de TDT nacional de *Abertis*, por lo que no eran privativas de ningunos de ellos.

En cuanto a la existencia de esta justificación objetiva, las argumentaciones del TDC fueron en el sentido siguiente. En primer lugar, la prueba de esa justificación objetiva incumbía a quien la alegaba (Sentencia T-201/04 *Microsoft*, de 17 de septiembre de 2007) y lo cierto es que *Abertis* no había llegado a aportar datos que respaldaran dicha justificación. Así:

- i. en cuanto a la penalización por resolución anticipada incluida en los contratos de 2006 de *Abertis* con *Sogecable*, *Telecinco*, *Antena 3*, *Net TV* y *Veó TV*, no había llegado a probarse que las misma estuviera legitimada por la necesidad de amortizar la inversión por parte de *Abertis* en infraestructuras que luego no podía recuperar, ni que no se tratara de medidas encaminadas a hacer recaer sobre los clientes la garantía de rentabilidad de dichas inversiones o a neutralizar la ventaja económica que estos pudieran obtener al optar libremente por un operador más eficiente;
- ii. en lo referente a la duración de los contratos mencionados en el apartado anterior y de los suscritos por *Abertis* con tres de esos operadores – *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* - en 2008 y a los descuentos por larga duración incluidos en dichos contratos, tampoco *Abertis* había llegado a acreditar que se tratara de medidas proporcionadas a la recuperación de las inversiones y no enfocadas a dificultar que los difusores pudieran hacer valer su opción por otro operador más eficiente;
- iii. en relación con los descuentos por contratación nacional o empaquetamiento de placas, en lugar de la contratación autonómica, aún admitiendo que los mismos pudieran llegar a encontrar su justificación en la existencia de economías de escala (*Abertis* argumentó que eran casi idénticos los costes de transmisión para una sola comunidad autónoma que para las diecisiete), tampoco en este caso se aportaban datos en los que asentar la proporcionalidad de la medida.

Sobre la base de los anteriores razonamientos, el Consejo ordenó, tal y como se ha anticipado, la continuación del procedimiento.

(b) Las conductas imputadas

Pasando ya a la decisión del expediente 646/2008, en el que se indagó sobre la existencia de abuso de posición dominante, del entramado contractual descrito en anteriores epígrafes resultaría: **(i)** *Abertis* había realizado en 2005 ofertas a *Sogecable* y *Antena 3* que implicaban sensibles descuentos por la contratación de los servicios de transporte y portadores de difusión a escala nacional; **(ii)** los contratos firmados por *Abertis* en 2006 con *Sogecable*, *Telecinco*, *Antena 3*, *Veó* y *Net* contenían cláusulas de penalización, que no se recogieron luego en los contratos de 2007 y 2008 ni en los previamente celebrados en 2001 con esos operadores; **(iii)** además, la duración de los contratos de 2006 oscilaría entre más de 4 años y los 10 años del contrato de *Veó*; **(iv)** la larga duración de los contratos de 2008 (8 años prorrogables por 4 más) llevaba asociada la aplicación de importantes descuentos.

En primer lugar, se trataba, por tanto, de determinar si existía una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de *Abertis Telecom, S.A.U.*, consistente en abusar de su posición de dominio imponiendo, sin justificación objetiva, sobre todo, las

condiciones enumeradas en los apartados **(ii)** a **(iv)** del párrafo anterior, con el efecto de impedir la posible acción comercial de nuevos competidores y su entrada en el mercado.

En segundo término, respecto de la contemplada bajo el apartado **(i)** se trataba asimismo de precisar si llegaba a darse una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de *Abertis Telecom, S.A.U.*, consistente en abusar de su posición de dominio ofreciendo en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas.

(c) Apreciación de las conductas del primer bloque: excesiva duración de los contratos, penalizaciones por resolución anticipada y descuentos asociados a la vigencia de los contratos

En cuanto al primer bloque de conductas – excesiva duración de los contratos y penalizaciones y descuentos asociados a la misma –, las valoraciones del CCNC fueron las que se pasan a exponer.

En todo caso, la interrelación entre esos tres componentes era evidente, p.e.: **(i)** la pérdida de un descuento por el ejercicio de la facultad de resolución anticipada podía *de facto* operar como una penalización; **(ii)** una penalización razonable podía operar como contrapeso a una excesiva duración del contrato; **(iii)** la pérdida del descuento pactado podía ser un modo de asegurar una excesiva duración para los contratos; etc.

Lo relevante para determinar el carácter abusivo no era tanto la forma que la práctica contractual pudiera revestir, como el efecto de cierre del mercado frente a los competidores actuales o potenciales. Esto cobraba un especial relieve al haberse puesto de manifiesto esas prácticas en un momento en el que *Axión* había intentado acceder al mercado de ámbito nacional a través, sobre todo, de los contratos celebrados con *Telecinco*, *Sogecable* y *Net TV* en 2007 para el 5 % de cobertura. Por lo anterior se imponía un análisis global del entramado contractual a los efectos de decidir si el mismo daba lugar a abuso de posición dominante.

Como acaba de decirse, tres de los cinco operadores privados digitales de TV, *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV*, habían llegado a firmar contratos en 2007 con *Axión*, contratos que sólo estuvieron en vigor unos meses y para el porcentaje de cobertura objeto de ampliación del 5 %, del 80 % al 85 %. Dichos contratos, como se vio más arriba, se condicionaban al resultado de la licitación que convocarían los difusores para todo el ámbito de cobertura. Se había pactado que *Axión*, para el caso de salir adjudicataria de esta licitación, abonaría el importe de la indemnización que los operadores de televisión hubieran de pagar a *Abertis* en el momento de ejercer su facultad de rescisión unilateral sin causa de los contratos firmados con aquélla en 2006. Esto no llegó a suceder porque, finalmente, todos los operadores contrataron con *Abertis*, que fue quien terminó ganando el concurso. Además, en el caso particular de *Telecinco*, ésta podía desligarse libremente del contrato con *Axión* sin ninguna penalización, salvo la devolución de las cantidades que *Axión* hubiera tenido que abonar por la previa rescisión del contrato entre este operador y *Abertis*. Tampoco esto llegó a suceder por las mismas razones antes expuestas.

Abertis había argumentado en cuanto a los contratos celebrados en el bienio 2007-2008 entre ella misma y los tres difusores privados antes mencionados que los mismos no tenían

carácter restrictivo, pues tales contratos tenían su origen en el concurso convocado por esos tres difusores en octubre de 2007. Esa convocatoria de concurso por los difusores había determinado que la competencia fuera por el mercado y no en el mercado o, lo que era igual, que esa misma competencia jugara *ex ante* en el momento de acceder al mercado. *Axión* podía haber evitado este concurso, en el caso de los tres operadores que habían contratado con ella en 2007, si hubiese cumplido la obligación recogida en los contratos suscritos con tales operadores para el incremental del 80 al 85 % de la población nacional presentando una oferta para un 93 % y un 96 % de cobertura poblacional antes de una fecha determinada. *Axión* no presentó tal oferta, por lo que no cabía hablar de exclusión. Además, subrayaba *Abertis* que *Axión* tenía concedido un derecho de tanteo para igualar la oferta de la propia *Abertis*.

Sin embargo, la CNC entendió que *Axión* no podía haber evitado esa convocatoria de concurso por los operadores de TV en octubre de 2007. Esto obedecía a que los contratos celebrados por *Axión* con *Sogecable* y *Telecinco* se subordinaban a condición resolutoria, de modo que los mismos quedarían sin efecto en el caso de que *Axión* no llegara a ser el único operador en los canales múltiples en los que ambos difusores disponían de programas de TDT (canales 67 y 68). Lo anterior se relacionaba con la imposibilidad de prestación de servicios sólo para alguno de los operadores del múltiple y no para el resto de los integrados en el mismo. En este sentido fue determinante la negativa de *La Sexta*, cuyo accionista de referencia era *Mediapro*, que, a su vez, había creado con *Abertis* la sociedad en participación *Overon*, activa en el mercado español de los servicios de transporte de la señal audiovisual, con una cuota del 53 % del mercado en 2007, seguida en segundo lugar por *Abertis* con el 22 % y, en tercer lugar, por *Axión* con el 2 %. Esta negativa llevó a que *Sogecable* terminara por convocar el concurso del que salió *Abertis* como adjudicataria.

Por otra parte, *Axión* llegó a firmar con *Net TV* un acuerdo el 31 de julio de 2007, pero el mismo se limitaba al múltiple o canal 68, que *Net TV* compartía con *Telecinco* y, únicamente, para la cobertura incremental del 80 % al 85 % de la población entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de diciembre de 2007, aunque luego manifestó *Axión* que prestó el servicio hasta marzo de 2008. También el contrato de *Axión* con *Telecinco* se firmó en 2007, se refería a los tres canales digitales de la segunda en el múltiple 68 y a la cobertura incremental del 80 % al 85 % y permitió a la primera prestar servicios a la segunda entre agosto de 2007 y marzo de 2008. En el múltiple digital 66, que *Net TV* compartía con *RTVE* y con *Veo TV*, el operador que estaba contratado por esos tres operadores era *Abertis*. En el contrato de 31 de julio de 2007 entre *Axión* y *Net TV* ésta se reservaba el derecho a negociar con otros operadores a partir del 1 de agosto de 2008 para todas las coberturas previstas en el PTNTDT, lo que hizo convocando el concurso para su canal 68. Esta convocatoria de *Net TV* realizada en octubre de 2007 llevó a que también *Telecinco* la convocara sin tener que afrontar penalizaciones frente a *Axión*.

Era cierto que en sus contratos de 2007 con *Axión*, *Telecinco*, *Sogecable* y *Net TV* habían concedido un derecho de tanteo a favor de *Axión* para que pudiera igualar la oferta del operador que resultara adjudicatario. Sin embargo, no podía admitirse que *Axion* pudiera llegar en la práctica a ejercitar este derecho de adquisición preferente. Lo anterior lo explicaba por la irreplicabilidad de la red de *Abertis*.

A pesar de haber transcurrido más de dos años desde que la CMT aprobara las obligaciones impuestas a *Abertis* de ofrecer servicios mayoristas en virtud del análisis mercado 18 (resolución de 2 de febrero de 2006), resultaba que el regulador no había podido disponer de

la información necesaria para resolver sobre los precios de acceso y garantizar su orientación a costes. No había sido hasta el 20 de noviembre de 2008 que la CMT había podido aprobar la verificación de la contabilidad de costes de *Abertis* del año 2006, con la obligación de introducir determinadas modificaciones antes del 31 de diciembre de 2008.

Debía añadirse a lo anterior que, para ejercitar ese derecho de tanteo, *Axión* habría tenido que abonar las penalizaciones a que habrían quedado obligados los difusores frente a *Abertis* por la resolución anticipada de sus contratos para el 80 % de cobertura celebrados en 2006 (2 millones de euros en el caso de *Net TV* y 6 millones de euros cada uno, en el caso de *Sogecable* y *Telecinco*). Y, a los anteriores efectos, debía considerarse que los precios ofertados para las diferentes coberturas oscilaban entre 13 y 18 millones de euros para un canal múltiple completo, en un mercado donde la componente fuerte del precio era la cobertura del 80 % de la población inicial, en torno a 12 millones por múltiple y año, ya que las coberturas adicionales hasta el 96 % implicaban precios que crecían relativamente muy poco en comparación con el número de emplazamientos. Por ejemplo, para el 95 % el precio anual era de 17,2 millones por múltiple y año.

Decía la CNC: “*La mera enumeración de las Resoluciones dictadas por la CMT en el mercado 18 es suficiente para ilustrar esta situación regulatoria, y las dificultades que ha tenido que sortear el regulador sectorial: 1 junio 2006: la CMT establece el método a usar por Abertis para la contabilidad de costes; 14 junio 2007: la CMT aprueba el sistema de contabilidad de costes de Abertis a efectos garantizar la orientación a costes; 19 julio 2007: la CMT aprueba las vidas útiles y la tasa anual de retorno para la contabilidad de costes de 2006; 26 julio 2007: la CMT deniega la petición de Abertis de suspensión de la Resolución de junio de 2007 que aprueba el sistema de contabilidad de costes; 20 septiembre 2007: la CMT aprueba la tasa anual de retorno para la contabilidad de costes de 2007; 18 octubre 2007: la CMT estima parcialmente el recurso de Abertis contra la Resolución de junio de 2007 que aprueba el sistema de contabilidad de costes; 25 octubre 2007: la CMT resuelve que Abertis ha de incluir Torre Collserola entre las infraestructuras a las que debe ofrecer acceso a precios orientados a costes; 22 noviembre de 2007: la CMT desestima el recurso de Abertis contra Resolución de 19 de julio de 2007 que aprueba la tasa de retorno; 20 diciembre 2007: la CMT aprueba las vidas útiles para contabilidad de costes de 2007; 7 febrero 2008: la CMT desestima el recurso de Abertis contra Resolución de 20 de septiembre de 2007 que aprueba tasa de retorno para 2007; 18 marzo 2008: la CMT resuelve el conflicto de Axión frente a Abertis por negativa de Abertis a facilitar a Axión suficiente información para el acceso a sus centros; 10 abril 2008: la CMT estima el recurso Abertis para la suspensión de entrega de información sobre centros de Abertis en lo referente a diagramas de radiación de antenas; 29 abril 2008: la CMT desestima el conflicto planteado por Axión solicitando acceso en Torrespaña bajo la modalidad de interconexión, al entender suficiente el acceso mediante colocación; 19 junio 2008: la CMT estima parcialmente el recurso Abertis a la Resolución 10 marzo 2008 relativa a información sobre sus centros; 16 octubre 2008: la CMT desestima el recurso Axión contra la Resolución de abril de 2008 relativa al acceso en Torrespaña en modalidad de interconexión; 20 noviembre 2008: la CMT aprueba la verificación de resultados contabilidad de costes de Abertis de 2006, contemplando determinadas modificaciones a ser implementadas por Abertis*”.

La CNC rechazó también que la competencia fuera por el mercado y defendió que lo era por el cliente, pues cada difusor tendía a contratar con un único operador, al menos en la placa regional, de modo que perfectamente podía llegar a suceder que coexistieran diversos

operadores en el mercado nacional. De hecho, se había dado que *Axión*, tomando impulso desde su placa regional, intentara asaltar el mercado nacional para competir con *Abertis*.

Del mismo modo, no estimó las alegaciones de *Abertis* en cuanto al poder compensatorio de la demanda, que había llevado a que tres de los cinco difusores, precisamente los tres que habían contratado con *Axión*, pudieran haber llegado a convocar ese concurso público en 2007. Lo cierto era que los nuevos contratos finalmente celebrados entre esos tres difusores y *Abertis* en 2008 habían incorporado modificaciones significativas que beneficiaban a esta última preservando su posición monopolista y manteniendo el cierre del mercado al impedir el acceso de competidores a través de la ventana de oportunidad que se abría con el apagón analógico de abril de 2010. Éste, de acuerdo con el PTNTDT, suponía la adjudicación de un solo múltiple digital completo a cada uno de los operadores privados, lo que hacía innecesario el acuerdo entre ellos, y la de un múltiple digital adicional a RTVE (DA 3ª del RD 944/2005 por el que se aprobaba el PTNTDT).

En primer lugar, desaparecía la opción de que los difusores pudieran llevar a cabo una resolución anticipada y unilateral de los nuevos contratos suscritos afrontando las penalizaciones correspondientes. *Abertis*, a través de una interpretación más o menos sesgada, había llegado a postular que su eliminación había tenido lugar por el efecto anticompetitivo de tales cláusulas de penalización. Sin embargo, la CNC salió al paso de estos argumentos, al sostener que las cláusulas de penalización podían llegar a ser procompetitivas siempre que su importe fuera razonable y constituyeran una vía sensata de desligarse de contratos de una excesiva duración.

En segundo lugar, se habían introducido modificaciones concernientes a la duración del contrato que incrementaban el efecto cierre en beneficio de *Abertis*. Las propuestas iniciales de contratos incluían una cláusula de duración hasta el 31 de diciembre de 2016 junto con las penalizaciones por resolución anticipada referidas en el párrafo anterior. En los contratos definitivos se eliminaron las cláusulas de penalización por resolución anticipada a la par que se admitía que, a voluntad del operador de TV, se pudiera prorrogar el contrato por cuatro años más, hasta abril de 2020. Como contrapartida, *Abertis* concedía un descuento del 2,5 % atendiendo a la vigencia contractual pactada y, además, un descuento adicional como “ayuda a la implantación de la TDT” (ver más arriba) que se traducía en una reducción de tarifa entre abril de 2008 y marzo de 2010. Lo relevante era que el operador de TV tenía que devolver tales descuentos en el caso de desistir anticipadamente del contrato, por lo que *de facto* operaban como penalizaciones independientes y añadidas a la indemnización de daños y perjuicios que pudiera resultar procedente. Ejercían, en fin, tales cláusulas un efecto disuasorio sobre los operadores de TV para que no contrataran con otro operador en el momento de abrirse la ventana de oportunidad de 2010.

Un tercer grupo de modificaciones favorables a *Abertis* era más heterogéneo: se eliminaba la exigencia de garantías, incluidas las solidarias prestadas por un tercero, en relación con la ejecución del contrato; se introducían ciertas facilidades para permitir la resolución anticipada por *Abertis*, etc.

Por otra parte, *Abertis* llegó a argumentar que la totalidad de las cláusulas que en sus contratos se tachaban de abusivas se incluían también en los contratos con *Axión*. Lo anterior no fue atendido por el CCNC por la consolidada doctrina jurisprudencial de la especial responsabilidad de las empresas dominantes, que suponía que determinadas conductas, que eran lícitas si las ejecutaba una empresa sin tal poder de mercado, eran ilícitas al ser

implementadas por una empresa que ostentase el dominio del mercado, y más si era tan manifiesto como el de *Abertis*, pues los efectos exclusionarios o de cierre de mercado no eran en absoluto comparables en uno y otro supuesto.

A la vista de todo lo anterior, concluyó la CNC que las cláusulas de penalización por terminación anticipada de los contratos que se firmaron en 2006 y la excesiva duración de los firmados en 2008, reforzada mediante los citados descuentos, tenían un indudable efecto de cierre del mercado.

(d) La existencia de justificación objetiva para las conductas del primer bloque: excesiva duración de los contratos, penalizaciones por resolución anticipada y descuentos asociados a la vigencia de los contratos

Sentado, como queda reflejado en el anterior epígrafe, que estas conductas, que llamamos del primer bloque, tenían un efecto de cierre del mercado, lo siguiente era determinar si tales comportamientos podían llegar a estar objetivamente justificados, de modo que los mismos no llegaran a investirse de carácter abusivo.

Los términos de lo anterior debían dirimirse en el contexto de las Orientaciones de la Comisión sobre las prioridades de control en su aplicación del art. 82 del TCE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes: *“En su aplicación del artículo 82, la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta. Esta justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores. En este contexto, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante”*.

Respecto a las inversiones precisas, la CMT, en los informes previos a la resolución de la CNC, había llegado a considerar que la amortización de los equipos que *Abertis* debía adquirir para dar servicio a un cliente podría llegar a justificar el pacto de penalizaciones por rescisión anticipada del contrato o los descuentos encaminados a garantizar la duración de ese mismo contrato. Sin embargo, la CMT no era concluyente respecto a la cuantía que tales penalizaciones y descuentos estaba justificado llegar a tener.

La CNC comenzó afirmando que el análisis de la justificación objetiva debía referirse a cada una de las prácticas restrictivas, de modo que, si cada una de ellas la tenía por separado, no cabía concluir que pudieran dejar de tenerla en conjunto. Lo anterior, sin embargo, no iba en detrimento de la necesidad de un examen centrado en los efectos sobre el mercado que pudiera llevar a un examen global del conjunto de cláusulas contractuales, cuando todas ellas pudieran tener como objeto o efecto el del cierre de ese mercado.

En este sentido, debía partirse de que el mercado de referencia era un mercado caracterizado por la existencia de ventanas de oportunidad escasas. Éstas coincidían con momentos muy precisos en los que o bien se incrementaban las concesiones o bien se renovaban las existentes, todo ello de acuerdo con las posibilidades que brindaba la disponibilidad de espectro radioeléctrico. Abierta la ventana de oportunidad, se llevaba a efecto la contratación con el operador que saliera ganador del concurso por tiempo limitado y durante este tiempo las barreras a la entrada eran elevadas.

Habían llegado a darse tres ventanas de oportunidad para competir por el difusor cliente:

1. **Primera ventana.** Se abrió con la implantación de la TDT en 1999. En octubre de 1998 se había aprobado el primer PTNTDT, mediante Real Decreto 2169/1998, que ya contemplaba unos objetivos de cobertura del 50 % en junio de 2000 y del 80 % en diciembre de 2001. En julio de 1999, *TVE* recibió dos programas en digital, y las tres televisiones privadas existentes recibieron un programa en digital cada una de ellas. Aparte de lo anterior, los canales radioeléctricos 66 a 69 permitían dieciséis programas de televisión digital nacionales. De ellos, catorce fueron adjudicados en septiembre de 1999 a *Onda Digital (Quiero TV)*, que estuvo emitiendo programación entre noviembre de 1999 y junio de 2002. En junio de 2002 *Net TV* y *Veo TV* comenzaron a prestar servicio en otros dos programas dentro de uno de dichos canales, completando así los dieciséis mencionados. Estos dos difusores contrataron el servicio portador de difusión digital con *Abertis*, situación que perduró a lo largo de los años siguientes. Hasta abril de 2001, *Abertis* había tenido el monopolio legal para prestar el servicio y la misma *Abertis* había llegado a desarrollar, sobre la base de su red analógica, una red para servicios digitales con una cobertura del 80 % de la población.
2. **Segunda ventana.** Se abrió en 2005, cuando el Gobierno concedió a los difusores privados los programas inicialmente asignados a la malograda *Quiero TV*, introduciendo al mismo tiempo a *La Sexta* como nuevo operador en el mercado. Sin embargo determinados factores limitaron el acceso a través de esta ventana temporal: (i) las coberturas y las frecuencias implicadas coincidían con las que ya había llegado a cubrir *Abertis* con su red entre 1999 y 2001; (ii) los breves plazos y las obligaciones de cobertura previstos en el PTNTDT (3 meses para presentar un plan, 1 mes más para iniciar emisiones, y otro mes para alcanzar el 80 % de cobertura para todos los programas) hacían difícil la entrada de otro competidor en el mercado; (iii) la exigencia, por razones técnicas, de que un solo operador difundiera el canal múltiple completo, unido a la coexistencia de varios radiodifusores en cada canal múltiple; (iv) la ausencia en esa fecha de obligaciones mayoristas de acceso a la red de *Abertis*, que no fueron impuestas hasta febrero de 2006; (v) los contratos en vigor ya firmados entre *Abertis* y los radiodifusores privados (excepto *La Sexta*) en 2001 y 2002 para la difusión de un programa digital a cada operador, y que hubieran tenido que ser resueltos de manera unilateral con la indemnización correspondiente conforme al Derecho de daños.

La existencia de estas fuertes barreras de entrada, junto con las prácticas de *Abertis* dirigidas a impedir el acceso al mercado, determinaba que las posibilidades de entrada en el mercado nacional para un competidor potencial de *Abertis* pasaran por entrar a través de una determinada zona geográfica en la que ya tuviese desplegada su propia red, como fue el caso de *Axión*, que intentó apoyarse en sus emplazamientos propios en Andalucía y Extremadura. Sin embargo, esta entrada no llegó a consolidarse. Influyeron sobre lo anterior los contratos de larga duración con cláusulas de penalización elevadas suscritos por *Abertis* con los difusores en 2006 y los descuentos por placas territoriales de que trataremos en el siguiente epígrafe. Además, no fue hasta 31 de diciembre de 2008 que la CMT dispuso de la contabilidad de costes de *Abertis* correspondiente al ejercicio 2006 sobre la que fijar la oferta mayorista de *Abertis* orientada a costes. Siendo el anterior el contexto, *Abertis* partió de una sólida ventaja con la que afrontar la nueva ronda de contratos en 2008, cuando firmó nuevos contratos con *Net TV*, *Telecinco* y *Sogecable*; contratos de muy larga duración (2016 ampliable a

2020), en los que se habían introducido modificaciones relevantes, beneficiosas para *Abertis*, respecto de los propuestos inicialmente por los radiodifusores, tal y como se vio.

3. **Tercera ventana.** La misma debía abrirse en abril de 2010 con el llamado apagón analógico, momento en que se ampliaría el número de canales múltiples disponibles, estando previsto que cada radiodifusor privado pudiera acceder en exclusiva a la explotación de un canal múltiple completo, y RTVE a dos canales (DA 3ª del RD 944/2005). Sin embargo esta ventana aparecía ya en gran parte cerrada a consecuencia de las prácticas introducidas ya en la segunda.

El anterior era pues el contexto global en el que debía determinarse la existencia de justificación objetiva para los comportamientos de *Abertis* declarados restrictivos por la ANC.

Respecto de las cláusulas de penalización por resolución anticipada, reconocía el CCNC derecho de *Abertis* a “*protegerse de los incumplimientos contractuales de las entidades con las que contrate*”, introduciendo al objeto las pertinentes cláusulas contractuales, sin embargo aclaraba que las mismas debían ser conformes con el principio de proporcionalidad y el derecho antitrust. La introducción de penalizaciones por resolución anticipada podía encontrar justificación objetiva en la necesidad de amortizar las inversiones acometidas para la prestación del nuevo servicio. Por ello debía de tratarse de nuevas inversiones orientadas directa y exclusivamente hacia la prestación del nuevo servicio, de modo que la pérdida del cliente hiciera temer por esa amortización. No alcanzaba esa justificación objetiva ni a las inversiones anteriores ni a las inversiones en la mejora de la red existente cuando ésta fuera la única apta para la prestación del servicio, pues en tal caso no existía un riesgo real de pérdida del cliente. De este modo la justificación objetiva sólo podía extenderse a las nuevas inversiones en red por parte de *Abertis* en aquellas zonas en las que su red hubiera de competir con la de otros operadores implantados.

Abertis subrayó que las inversiones realizadas para dar en diciembre de 2001 la cobertura del 80 % a los canales 66 a 69 asignados a *Quiero TV* eran costes hundidos que no era posible recuperar sobre la base de los contratos concertados con otros operadores. Aún tomando en consideración tales inversiones, a pesar de no ser nuevas inversiones, la CNC subrayó que en la primera ventana de oportunidad *Abertis* había recibido entre noviembre de 1999 y junio de 2002 los ingresos provenientes del contrato que tenía suscrito con *Quiero TV* para la difusión de catorce programas, y entre junio de 2002 y octubre de 2005 los ingresos provenientes de los dos programas adjudicados respectivamente a *Net TV* y *Veo TV*. A partir de noviembre de 2005, los dieciséis programas dentro de los canales 66 a 69 pasaron a ser completamente utilizados de nuevo por los radiodifusores privados (y 1 de ellos por *TVE*), prestándoles *Abertis* el servicio difusión de la señal a todos ellos.

Así pues, con independencia de la situación de la amortización contable de las inversiones realizadas por *Abertis* en los años 1999 a 2005, *Abertis* mantuvo sendos contratos durante este periodo para la difusión de señales de *Quiero TV*, *Net TV* y *Veo TV*, sin que llegara a acreditar que los ingresos obtenidos por estos contratos hubieran sido insuficientes para recuperar la inversión realizada y los correspondientes costes operativos, o en su caso la posible cuantía pendiente de recuperación con independencia del criterio contable utilizado para la amortización de los elementos correspondientes. En este sentido, debía observarse que la carga de la prueba de la justificación objetiva era para la empresa dominante.

En general, entendió la CNC que *Abertis* no justificó la cuantía y procedencia de las inversiones realizadas en su red hasta 2005. Además, y como había dicho la CMT “*No obstante, en el caso que nos ocupa, se ha de tener en cuenta que las infraestructuras que conforman la red de difusión se pueden utilizar, en la parte que supone mayores inversiones para el operador (mástiles, equipos de alimentación eléctrica, casetas, terrenos), para la prestación de otro tipo de servicios, como pueden ser servicios de comunicaciones móviles, de grupo cerrado de usuarios (trunking), de alquiler de espacio a otros operadores,.... Los equipos de transmisión de la señal son específicos del servicio de difusión, aunque su coste no es significativo en comparación con la infraestructura que sí es reutilizable.*” (RCMT mercado 18). Además, debía destacarse que *Abertis* había señalado que un porcentaje confidencial de las inversiones realizadas en 2005-2007, estaban, precisamente, destinados a mejoras en las infraestructuras de los emplazamientos, con lo que el criterio de la posible reutilización debía ponderarse también para ese periodo y con vistas a fijar la proporcionalidad de las penalizaciones. Además, habían sido las inversiones para cumplir las obligaciones de cobertura del 80 % previstas en el Plan Técnico de 1998 en los canales 66 a 69 las que habían permitido a *Abertis* obtener ventajas fundamentales para consolidar su posición dominante.

Abertis pretextó que los contratos celebrados entre *Axión* y dos operadores en enero de 2007 incluían penalizaciones incluso superiores. La CNC salió al paso de estos argumentos señalando: (i) que como esos contratos con *Axión* se limitaban a la ampliación de cobertura del 80 al 85 %, su precio era reducido con respecto a los de *Abertis*, y por ello también las penalizaciones; (ii) *Axión* no tenía la responsabilidad cualificada que sí tenía *Abertis* en cuanto que empresa dominante (ver más arriba); (iii) las fuertes barreras de entrada de acceso al mercado podrían haber llevado a la justificación objetiva de tales cláusulas.

En cuanto a la larga duración de los contratos, *Abertis* insistió en el poder compensatorio de la demanda y en que la misma venía impuesta por los difusores que querían que la duración del contrato coincidiera con la de su licencia. La CNC negó lo anterior sobre la base de argumentos expuestos más arriba. Además constaban en el expediente referencias a que los difusores habían manifestado su interés por contratar por un plazo inferior y que si finalmente aceptaron tales plazos, ello fue sobre la base de no aplicar *Abertis* unos precios que pudieran resultar abusivos. La DI había también concluido que una duración del contrato superior a 8 años, como el firmado con *Veo* en 2006, resultaba claramente excesiva en cuanto a la amortización de la inversión. En el caso de los tres contratos firmados en 2008 se había eliminado la posibilidad de rescisión anticipada de los contratos, lo que unido a su duración de 8 años ampliables, provocaba que el efecto de cierre del mercado fuera total y desproporcionado.

(e) Apreciación de las conductas del segundo bloque (descuentos por la contratación conjunta de placas territoriales) y de su posible justificación objetiva

La segunda de las infracciones que la Dirección de Investigación había imputado a *Abertis* en fase de instrucción consistía, como adelantamos, en “*en abusar de su posición de dominio ofreciendo en el marco de la negociación de los contratos firmados en 2006, sin justificación objetiva, descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse con el efecto de impedir la entrada de nuevos competidores en algunas de ellas*”.

Para la CNC, era también indudable que estos descuentos tenían un marcado carácter excluyente, en la medida en que producían un efecto cierre del mercado. Los mismos podían ser interpretados como descuentos ofrecidos a cambio de una exclusividad que obligaba a que el competidor de *Abertis* en una determinada placa, para ser competitivo, tuviera que compensar al difusor por la pérdida de descuento en su placa y aun en otras en las que ese mismo competidor no llegara a estar activo.

Así las cosas, de nuevo se planteaba la cuestión de si tales descuentos por contratación conjunta podían llegar a tener una justificación objetiva.

Respecto a las inversiones precisas, la CMT había llegado a considerar que la contratación global del servicio para todo el territorio nacional en lugar de contratación de dicho servicio por placas regionales suponía ciertas economías que podían llegar a justificar los descuentos por contratación conjunta. Sin embargo, como sucedía con las conductas del primer bloque, la CMT no era concluyente respecto a la cuantía que tales penalizaciones y descuentos estaba justificado llegaran a tener.

Siguiendo lo dispuesto en su Resolución de 6 de noviembre de 2007 (Expte. R 720/07, *Axión/Abertis*; y acumulados R 721/07 y R 723/07), el CCNC sostenía que lo que se trataba era de *“analizar si la cuantía de los mismos está justificada por los ahorros o si son un obstáculo, no justificado en su cuantía, destinado a impedir o dificultar la entrada del único competidor posible y con capacidad de competir por placas”*. La CNC insistía en que *Axión* sólo podía asaltar el mercado a través de sus redes en Andalucía y Extremadura. Además, la exigencia de un único suministrador para todos los programas de cada canal múltiple, y los ajustados plazos y requisitos de cobertura establecidos en el PTNTDT de julio de 2005, hacían de por sí difícil la posibilidad de entrada de cualquier competidor.

La información sobre costes facilitada por *Abertis* no permitía valorar hasta qué punto podían resultar justificados los descuentos por contratación conjunta de placas territoriales. La misma era exigua y no estaba desagregada por conceptos ni tampoco por placas territoriales, las cuales no eran homogéneas. *Abertis* refería los costes incurridos para la prestación del servicio en las 17 placas a la vez sin permitir considerar situaciones intermedias. En este sentido, se insistía que sobre ella pesaba la carga de la prueba de la justificación objetiva de su conducta. No era posible, partiendo de esa información, llegar a precisar cuáles eran los mayores costes incurridos por *Abertis* a consecuencia de dejar de prestar servicios en cada una de las placas territoriales. No obstante, la Dirección de Investigación había partido de la ficción de distribuir los costes totales previstos para la totalidad de placas entre cada una de ellas, fingiendo que las mismas fueran homogéneas. Sobre la base de lo anterior concluyó que el descuento ofrecido por *Abertis* no era económicamente eficiente y que su finalidad era solo exclusionaria, pues las economías de escala y densidad obtenidas no permitían compensar los mayores costes incurridos.

La justificación alegada por *Abertis* también quedaba desvirtuada mediante la comparación de los costes alegados por *Abertis* con sus propios contratos para la difusión de la señal de TDT autonómica. En términos generales, los servicios de difusión de TDT nacional y autonómica no presentaban más diferencias que el propio alcance geográfico. Por lo tanto, de acuerdo con la información aportada por *Abertis*, el precio anual del servicio de difusión de la señal TDT autonómica para un múltiple no podía ser inferior en ningún caso a cierto importe que se mantenía como confidencial. Sin embargo, esta empresa realizaba servicios de transporte difusión de la señal TDT autonómica hasta por un porcentaje de esta cantidad.

En consecuencia, la proporcionalidad de los descuentos no quedaba justificada con base en la información aportada por *Abertis*.

Abertis había ofrecido descuentos sólo para el caso de la contratación conjunta de las 17 placas territoriales y no de un número menor, 16 o menos. Esta última opción si hubiera permitido al menos a *Axión* un cierto margen de entrada. Lo anterior era ya de por sí revelador del intento de excluir a *Axión*. Y ello era así porque la contratación de más de una placa igualmente podía permitir a *Abertis* la obtención de importantes economías. La oferta de *Abertis* para la contratación conjunta de las 17 placas era un “todo o nada” que prácticamente no podía ser rehusada por ningún difusor sin incurrir en pérdidas. En ésta oferta se incluían precios medios para las diversas placas por debajo de lo que habrían sido los costes fijos independientes del alcance geográfico, hasta el punto de que la contratación conjunta prácticamente suponía la gratuidad de las placas en las que el principal competidor *Axión* estaba operativo.

En resumidas cuentas, a cada difusor se le planteaba la disyuntiva de contratar con dos operadores (*Abertis* y *Axión*) o con uno sólo (*Abertis*). En el primer caso, contrataría el servicio con *Abertis* para todas las placas en las que no estuviera presente *Axión* (Andalucía, Extremadura y, tal vez, Castilla-La Mancha) sin ninguna clase de descuento y, para esas otras placas, con *Axión*, que tendría que compensar el sobre coste por penalizaciones en concepto de rescisión anticipada de los contratos con *Abertis* firmados en 2001; por no hablar de la necesidad de compensar la pérdida de los descuentos ofrecidos por *Abertis* por la contratación de todas las placas. En el segundo caso, contrataría el servicio con *Abertis*, con un descuento que equivalía prácticamente a obtener el servicio gratuitamente en Andalucía y Extremadura, respecto al precio ofertado por *Abertis* sin incluir estas dos regiones.

(f) Efecto lesivo de las conductas para el juego de la competencia en el mercado e imposición de sanciones y medidas

Sentado que no existía justificación objetiva, se hacía finalmente preciso determinar en qué medida la conducta abusiva podía llegar a suponer un perjuicio para el bienestar de los usuarios. En primer termino el efecto de exclusión del mercado de los competidores de *Abertis* iba a permitir a ésta elevar los precios aplicados a los difusores, por encima de niveles de competencia. A su vez, lo anterior podría ser determinante de la subida de los precios aplicados a los anunciantes en el mercado de la publicidad televisada. Del mismo modo, podría ser que salieran otra clase de usuarios finales, los telespectadores, obligados a soportar mayores inserciones publicitarias a fin de que los difusores pudieran afrontar los mayores precios de los servicios portadores, aunque respecto de esto último operarían como freno las limitaciones legales sobre tiempos de publicidad, o que pagaran mayores precios por los productos y servicios publicitados. Debía también destacarse que tales conductas no generaban ninguna eficiencia. Lo anterior, sumado a las fuertes barreras de entrada y a la posición más que dominante de *Abertis*, permitió a la CNC concluir la existencia de abuso de posición dominante.

Sobre la base de lo anterior, la CNC impuso a *Abertis* la sanción económica de 22.658.863 € por las dos conductas imputadas. Además, para la remoción de los efectos anticompetitivos de la conducta de *Abertis*, impuso otras medidas. Lo cierto era que el efecto de cierre anticompetitivo del mercado producido por los contratos firmados por *Abertis*, en 2006 con *Veo TV* y en 2008 con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV*, se extendía más allá de la siguiente ventana de oportunidad de entrada al mercado, que tendría lugar en abril de 2010 con el

apagón analógico. Por eso la CNC consideró necesario y proporcionado imponer a *Abertis*, en el marco de los contratos antes referidos, el deber de reconocer a cada uno de estos operadores de televisión el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa su respectivo contrato. Este derecho podría ser ejercitado por el operador de televisión, mediante el preaviso que se pactase y, en defecto de pacto, con tres meses de antelación, en cualquier momento durante la vigencia del contrato, tanto para resolverlo por completo o para la totalidad del territorio nacional, como para resolverlo de forma parcial o para una o varias de las placas regionales.

(2) En el caso Axión/Abertis/abuso II

(a) Las conductas imputadas

Convendrá rememorar brevemente la situación contractual.

Como ya sabemos, *Abertis* celebró contratos en 2006 con *Sogecable*, *Telecinco* y *Antena 3*, respectivamente, para los tres canales digitales que tenían atribuidos cada uno de ellos, para el 80 % de cobertura contemplado en el PTNTDT, hasta la fecha del apagón analógico, es decir, el 3 de abril de 2010. En todos estos contratos los difusores podían optar por la resolución, pero con penalizaciones y plazos de preaviso. Estos contratos fueron sustituidos por otros de 2008 (2007 en el caso de *Antena 3*), que duraban hasta diciembre de 2016 con posibilidad de prórroga a voluntad del difusor hasta 2020 (en el caso de *Antena 3* duraba hasta el final de 2015), para todos los hitos de cobertura, para todos esos canales digitales y para el múltiple digital que llegara a ser atribuido a cada uno de esos difusores después del apagón analógico. En estos contratos se introducía un descuento al que sólo tendrían derecho los difusores en la medida en que no se desligaran del contrato y otro descuento más de reducción de la tarifa como contribución a la implantación de la TDT que duraba hasta el apagón analógico en abril de 2010.

Abertis también celebró en 2006 dos contratos con *Net TV*. Ambos se referían al 80 % de cobertura previsto en el PTNTDT y preveían penalizaciones en el caso de resolución anticipada por parte del difusor. El primero tenía una duración de 5 años y se refería al programa de *Net* en el Canal 66. El segundo duraba hasta el apagón analógico del 3 de abril de 2010 e iba referido al programa de *Net TV* en el Canal 68. Estos dos contratos fueron sustituidos por otros de 2007, para el Canal 66, y de 2008, para el Canal 68, que comprendían también el múltiple digital que se llegara a adjudicar a *Net TV* después del apagón analógico en abril de 2010, para todos los hitos de cobertura y con una duración prevista hasta final de 2015, en el caso del Canal 66, y diciembre de 2016, en el del Canal 68. En estos contratos se introducía un descuento al que sólo tendría derecho el difusor en la medida en que no se desligara del contrato y otro descuento más de reducción de la tarifa como contribución a la implantación de la TDT que duraba hasta el apagón analógico en abril de 2010.

Adicionalmente, debía recordarse que *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* celebraron con el competidos de *Abertis*, *Axión*, sendos contratos para el incremento de cobertura del 80 al 85 %, los cuales estuvieron vigentes sólo unos meses entre 2007 y 2008, al condicionarse su vigencia al resultado del concurso convocado por esos difusores para todos los hitos de cobertura y que, como sabemos, terminaron resolviéndose a favor de *Abertis*. Éste resultado vino muy mediatizado, como también sabemos, por la necesidad de acuerdo de todos los difusores que compartían el múltiple digital y por la existencia de penalizaciones por resolución anticipada en los contratos de 2006.

Abertis también celebró en 2006 un contrato con *Veo TV* que duraba hasta 2015 y que iba referido a los dos programas digitales que tenía atribuidos la segunda y, además, al múltiple digital que le fuera atribuido después del apagón analógico en abril de 2010. Bajo ciertas condiciones se preveía la posibilidad de resolución anticipada con penalización. Este contrato fue alterado por otro de 2007, también para esos dos canales y para el múltiple digital posterior al apagón y para todos los hitos de cobertura. En este contrato se introducía un descuento al que sólo tendría derecho el difusor en la medida en que no se desligara del contrato y otro descuento más de reducción de la tarifa como contribución a la implantación de la TDT que duraba hasta el apagón analógico en abril de 2010.

También al final de 2005 *Abertis (Retevisión)* y *La Sexta* habían firmado un contrato, para el 80 % de cobertura previsto en el PTNTDT para los dos canales digitales que tenía atribuidos la segunda. Este contrato fue alterado por otro de 2007, también para esos dos canales y para el múltiple digital posterior al apagón y para todos los hitos de cobertura. En este contrato se introducía un descuento al que sólo tendría derecho el difusor en la medida en que no se desligara del contrato y otro descuento más de reducción de la tarifa como contribución a la implantación de la TDT que duraba hasta el apagón analógico en abril de 2010. Se ampliaba hasta final de 2015 la duración del contrato de 2005.

Tras este repaso de la situación contractual será posible ya una delimitación de las conductas imputadas. Debía partirse de los descuentos ofrecidos para dificultar la entrada de *Axión* (ofertas de *Abertis* de fines de 2006) y luego incluidos en los contratos celebrados a lo largo de 2007 y 2008 con todos los difusores sin excepción, y que eran los dos siguientes: (i) descuentos por implantación de la TDT que iban referidos a la extensión de cobertura de la TDT del 80 al 96 % de la población nacional y que duraban hasta el apagón analógico de abril de 2010 incluidos en los contratos de 2007 y en los de 2008; (ii) los descuentos por respeto a la vigencia o duración de los contratos, pero sólo los de los contratos de 2007 porque los de 2008 ya se habían valorado en el caso anterior.

(b) La aplicación del principio de non bis in ídem

Abertis argumentó que las conductas imputadas habían sido ya valoradas por la CNC en el caso *Axión/Abertis/abuso I* (Expediente 646/08 del Consejo) y que las mismas no podían ser otra vez sancionadas por aplicación del principio de *non bis in ídem*, que vetaba la sanción dos veces de unos mismos hechos, de un mismo sujeto y con un mismo fundamento (requisitos establecidos por la jurisprudencia, y por el artículo 133 de la LRJAP-PAC). En resumen, habría identidad de sujeto, pues *Abertis* era el único sancionado en dicha resolución y el único imputado en este caso posterior, habría identidad de hechos, la inclusión de cláusulas con efectos supuestamente exclusionistas en los contratos con las TV, y por último habría identidad de fundamento, pues “*en ambos expedientes la conducta supuestamente abusiva consistía en fijar unas condiciones comerciales con las televisiones para la difusión de la TDT que supuestamente pretendía excluir a Axión del mercado*”.

En opinión de la DGI, en el anterior expediente sólo se habían analizado los aspectos relacionados con la duración contractual y las penalizaciones por resolución anticipada de cinco contratos de 2006 con *Antena 3*, *Sogecable*, *Telecinco*, *Net TV* y *Veo TV* y 3 contratos de 2008 con *Telecinco* y *Sogecable* y *Net TV* (Canal 68), así como los descuentos por contratación conjunta frente a la contratación por placas regionales ofertados por *Abertis* en 2006 para la cobertura del 80 % de la población.

Por el contrario la Dirección de Investigación afirmaba que en el anterior expediente no se habían valorado los contratos de 2007 con *Antena 3*, *Net TV* (Canal 66), *Veo TV* y *La Sexta*. Y, respecto de los contratos suscritos en 2008 con *Telecinco* y *Sogecable* y *Net TV* (Canal 68) señalaba que lo que se analizaba eran las cláusulas que se referían a los “descuentos por promoción de la TDT recogidos en los 3 contratos suscritos en 2008 por Abertis con *Telecinco*, *Sogecable* y *Net TV*, y que dichos descuentos tampoco han sido objeto de análisis o valoración por la Dirección de Investigación en el marco del expediente 2644/05, aunque su existencia se mencione en el citado expediente”. Por ello, en su opinión, las condiciones de aplicación de estos descuentos, con la obligación de devolución a *Abertis* de todas las cantidades descontadas en caso de resolución del contrato, constituían una nueva barrera de entrada al mercado impuesta por *Abertis* y con una prolongada duración.

El Consejo se remitió a su RCNC 646/08 en la que había expresado: “El Consejo considera que la valoración realizada por la DI, de toda la actividad de orden contractual desplegada por ABERTIS a lo largo del periodo examinado, es consistente con la necesidad de examinar las conductas de abuso de posición dominante, no tanto por la forma que adoptan, como por los efectos que pueden producir sobre la competencia en el mercado. Un mismo efecto anticompetitivo -la exclusión anticompetitiva del mercado de un competidor efectivo mediante la fidelización del cliente- se puede conseguir mediante distintas conductas. En este caso, tanto mediante la celebración de contratos de larga duración que incluyen cláusulas de penalización injustificadamente elevadas por resolución anticipada y unilateral (contratos de ABERTIS de 2006), como a través de la concesión de elevados descuentos sobre el precio pactado vinculados a una excesiva duración del contrato (contratos de ABERTIS de 2008). En consecuencia, resulta conforme a Derecho analizar globalmente la estructura contractual descrita con el objeto de poder apreciar todo su potencial efecto exclusionario a los efectos de los arts. 82 TCE y 6 LDC, para a continuación valorar si, con todo, ese efecto exclusionario conseguido por la vía de fidelizar o capturar al cliente (imponiendo elevadas penalizaciones por rescisión anticipada o concediendo elevados descuentos asociados a la mayor duración del contrato; esto es, imponiendo elevados costes de cambio de proveedor) está objetivamente justificado en las inversiones necesarias para prestar el servicio contratado en las condiciones pactadas y, por tanto, no se puede considerar anticompetitivo”. (Subrayado añadido).

En síntesis, “todos los contratos, los analizados entonces y los analizados ahora responden a una unidad de propósito de un mismo sujeto, a un actuar de Abertis que se prolongó en el tiempo dirigido a dificultar o impedir la entrada de un competidor, *Axión*”. Se trataba de un comportamiento que Abertis “fue desarrollando a medida que *Axión* intentaba entrar en el mercado, por lo fue plasmándose según su necesidad de celebrar nuevos contratos con las distintas TV, o de modificar los existente, y el hecho de no haber analizado explícitamente algunos de esos contratos en la anterior RCNC no impide apreciar la existencia de bis in ídem”. Por lo que, “en definitiva, los documentos que ahora ha analizado la DI constituyen otras manifestaciones de la conducta abusiva de Abertis ya sancionada, pero no una nueva conducta que pueda ser objeto de una nueva sanción”.

El resultado de la estrategia de *Abertis* era que solo él operaba ya en ese momento en la provisión de transporte y difusión de la señal audiovisual de TDT de ámbito nacional, es decir, *Axión* finalmente había salido del mercado. Esto había sido fruto de una conducta exclusionaria sancionada por el Consejo en su RCNC 646/08.

El Consejo, además de la multa en el anterior expediente, había intimado a *Abertis* para que se abstuviera de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente. Por ello, en la medida en la que los contratos analizados por la DI formaran parte de la conducta anteriormente sancionada resultaba evidente que las obligaciones dimanantes de la RCNC 646/08 eran de obligado cumplimiento para *Abertis* sobre todos los contratos que mantuvieran en vigor este tipo de cláusulas, ya fueran los analizados en ese expediente, o cualesquiera otros de similar naturaleza que hubiera firmado, puesto que configuraban la conducta abusiva ya sancionada y la Dirección de Investigación debía velar porque, efectivamente, así fuera.

(c) Valoración de las conductas del primer bloque: cláusulas de descuento por contribución a la implantación de la TDT y por no resolución anticipada en los contratos de 2007

Aún a pesar de no terminar sancionando a *Abertis* por la aplicación del principio de *non bis in idem*, tal y como acabamos de ver, la CNC se preocupó de hacer una valoración de las diversas imputadas por la Dirección de Investigación.

Si recordamos, en 2007, *Abertis* suscribió contratos con *Antena 3*, con *Net TV* (Canal 66), con *Veo TV* y con *La Sexta*. En estos cuatro contratos se introducía un descuento bajo la rúbrica de “*Régimen transitorio de implantación de la TDT*”, el cual había sido ya ofrecido en 2006 y que iba referido a la ampliación de la cobertura poblacional del 80 al 93 %, además del descuento por no resolución anticipada.

De lo que se trataba era aquí de determinar si la diferencia entre ingresos obtenidos y gastos incurridos por *Abertis* a lo largo del periodo considerado suponía la existencia de márgenes negativos de los que cupiera inferir la existencia de abuso con fines de exclusión de *Axión* y la ausencia de justificación objetiva:

- ❖ **Ingresos.** Para este análisis, la autoridad de la competencia hubo, en primer lugar, de determinar el precio correspondiente a la extensión de cobertura del 80 al 96 %, pues sólo ese 16 % de diferencia era materia de los contratos de 2007. Lo anterior lo determinó por diferencia entre, por una parte, el precio pactado para el 80 % de cobertura en los tres contratos de 2006 con *Antena 3*, *Net TV* y *Veo TV* y el de 2005 con *La Sexta* y, por otra parte los contratos suscritos en 2007 con esos mismos cuatro difusores. Una vez hecho lo anterior, aplicó al precio así obtenido los descuentos previstos en los contratos de 2007 por implantación de la TDT y por respeto a la vigencia del contrato. Así se obtenía la parte de los ingresos.

Existían determinadas diferencias de pequeña cuantía en el análisis de ingresos derivadas de las variaciones existentes en los diferentes contratos analizados, sin que afectasen a las conclusiones del análisis, las cuales se limitaban a los contratos con *Veo TV* y *Net TV*:

- ***Veo TV*:** En el ámbito de los ingresos, la principal diferencia se producía entre el caso de *Veo TV* y los otros tres radiodifusores, dado que el primero tenía ya reconocido el descuento del 2,5 % por duración contractual en su contrato de 2006 para la cobertura del 80 % de la población, mientras que en el resto de los casos este descuento fue introducido en los contratos de 2007.

- **Net TV.** En el caso de *Net TV* procedía señalar que la duración de la prestación del servicio y del descuento lineal por promoción de la TDT aplicable al 80 % de cobertura se iniciaba en julio de 2007, tres meses después que el resto de contratos analizados en el presente apartado. Sin embargo la cuantía del descuento mensual por canal por este concepto era ligeramente superior a la prevista en los otros tres contratos de manera que el descuento total por canal obtenido por *Net TV* durante los 33 meses en que se aplicaba era idéntico al previsto en los otros tres contratos durante 36 meses.
- ❖ **Costes.** En segundo lugar, estaba la parte de los costes evitables que debían tomarse en cuenta para el test de la conducta. Aquí había que diferenciar los ***costes de capital***, los ***costes operativos*** y los ***costes financieros***.
 - ***Costes de capital (Capex).*** Se tomaba el importe de cada una de las inversiones realizadas por *Abertis* para afrontar la extensión de cobertura del 80 % al 96 %, distinguiendo entre cada una de las fases o hitos comprendidos en ella. A partir de aquí, se tomaba la vida útil de cada uno de esos elementos adquiridos. Se seguía un criterio de amortización lineal resultado de dividir la primera cifra por la segunda para determinar el porcentaje de amortización anual de cada elemento. Sobre la base de lo anterior se determinaba el coste de la inversión realizada para cada uno de los hitos de cobertura, computando las amortizaciones correspondientes desde el inicio de cada una de esas fases. Para 2009, *Abertis* sólo había facilitado una estimación de las inversiones a realizar en ese año, pero sin desglosar cada uno de los elementos y su vida útil. Por lo anterior, la CNC estimó que la vida útil de esos elementos era igual al promedio de la vida útil de los diversos elementos adquiridos con anterioridad.
 - ***Costes operativos (Opex).*** Los anteriores eran los gastos de capital (Capex). A ellos debían sumarse los costes operativos (Opex) acumulados para cada uno de los hitos de cobertura entre el 80 y el 96 %, los cuales fueron facilitados por *Abertis*. El Opex imputable a cada hito de cobertura era igual al Opex incremental respecto del hito anterior.
 - ***Costes financieros.*** Por último, y por la complejidad de los cálculos y del análisis contable requerido para ello, no se tuvieron en cuenta en el análisis los costes de capital (financieros o de retribución de los fondos propios) como escenario más favorable a *Abertis*, a pesar de que dichos costes implicaban, en general, una proporción significativa sobre los costes totales en el mercado analizado.

Los resultados del análisis de costes resultaban muy similares en los cuatro contratos analizados, sin más diferencias que las que resultaban del diferente número de programas o canales digitales a los que se refería el contrato (*Antena 3* tres programas, *La Sexta* y *Vevo TV* dos programas cada uno de ellos y *Net TV* un programa o canal digital en el múltiple digital 66).

- ❖ **Márgenes.** La CNC concluyó que los descuentos implicaban un margen negativo entre ingresos y gastos de *Abertis* a lo largo de todo el periodo en que estaba prevista la aplicación de los mismos (la fecha de celebración de los contratos en 2007 y la de terminación de la aplicación del descuento en 3 de abril de 2010 con el apagón

analógico). Así en los casos de los cuatro difusores, *Antena 3*, *La Sexta*, *Vevo TV* y *Net TV*.

- ***Antena 3***. En el caso del contrato con *Antena 3*, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo (...) representaba un 10,5 % de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado eran ligeramente superiores en 43,7 miles de euros a los ingresos que *Abertis* hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80 % en las condiciones previstas en el contrato de 2006 (el precio efectivo por prestar dichos incrementos de cobertura del 80 al 96 % era de 43.700 € para los tres canales o programas digitales). Sin embargo, durante los 21 primeros meses del nuevo contrato los ingresos eran inferiores a los que hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80 % en las condiciones previstas en el contrato de 2006. La merma de ingresos en estos primeros meses ascendía a 864 miles de euros. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80 % de la población para todo el periodo analizado arrojaba un resultado negativo de 8,22 millones de euros para *Abertis*.
- ***La Sexta***. En el caso del contrato con *La Sexta*, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo (...) representaba un 10,5% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado eran inferiores a los ingresos que *Abertis* hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80% en las condiciones previstas en el contrato de 2005. La merma de ingresos ascendía a 518,5 miles de euros (el precio efectivo por prestar dichos incrementos de cobertura del 80 al 96 % era de -518.500 € para *La Sexta* por dos canales). Es decir, se pagaba menos por contratar toda la cobertura desde 0% hasta 96 % con el contrato de 2007 que lo que pagaba por la cobertura del 80 % con el contrato de 2006. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80 % de la población para el periodo analizado arrojaba un resultado negativo de 6,02 millones de euros para *Abertis*.
- ***Vevo TV***. En el caso del contrato con *Vevo-TV*, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante (...) representaba un 10,5% de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado eran inferiores a los ingresos que *Abertis* hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80 % en las condiciones previstas en el contrato de 2006. La merma de ingresos ascendía a 42,3 miles de euros (el precio efectivo por prestar dichos incrementos de cobertura del 80 al 96 % era de -42.300 € para *Vevo TV* por dos canales). Es decir, se pagaba menos por contratar toda la cobertura desde 0% hasta 96% con el contrato de 2007 que lo que pagaba por la cobertura del 80% con el contrato de 2006. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80 % de la población para el periodo analizado arrojaba un resultado negativo de 5,55 millones de euros para *Abertis*.

- **Net TV.** En el caso del contrato con *Net-TV*, el importe total de los descuentos a aplicar durante el periodo (...) representaba un 11,4 % de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. Los ingresos totales tras la aplicación de todos los descuentos previstos en el contrato de 2007, para todas las coberturas contratadas durante el periodo considerado eran inferiores a los ingresos que *Abertis* hubiera obtenido por la prestación de la cobertura del 80 % en las condiciones previstas en el contrato de 2006. La merma de ingresos ascendía a 239,4 miles de euros (el precio efectivo por prestar dichos incrementos de cobertura del 80 al 96 % era de -239.400 € por un canal). Es decir, se pagaba menos por contratar toda la cobertura desde 0% hasta 96% con el contrato de 2007 que lo que pagaba por la cobertura del 80% con el contrato de 2006. El margen entre ingresos tras descuentos y costes imputables a las coberturas superiores al 80 % de la población para el periodo analizado arrojaba un resultado negativo de 2,99 millones de euros para *Abertis*.

La Dirección de Investigación revisó los anteriores cálculos a partir del informe evacuado por la CMT al objeto de recoger en todos los contratos analizados los costes de capital por financiación y retribución de fondos propios, de acuerdo con la metodología y estimación realizada por la CMT en su informe. Estos costes no habían sido incluidos en la estimación de costes inicial debido a la complejidad derivada de su obtención, en particular para la determinación del parámetro Coste Medio Ponderado del Capital (WACC). Una vez que por parte de la CMT se habían aportado los datos necesarios para la correcta evaluación de estos costes, resultaba pertinente profundizar en el análisis inicial teniendo en cuenta esta variable.

Para ello, siguiendo el procedimiento señalado por la CMT, se había determinado la inversión y la amortización acumuladas de los activos fijos correspondientes a las diferentes fases de cobertura. A partir de ello se había determinado el valor neto contable de dichos elementos. Utilizando el WACC señalado por la CMT en su informe se había obtenido el coste del capital en cada anualidad. Dicho coste de capital se había imputado de manera proporcional a los periodos objeto de análisis. Como consecuencia de lo anterior, que no alteraba en lo esencial los datos anteriormente reflejados, los cálculos para cada uno de los cuatro difusores para los contratos de 2007 quedaban en lo siguiente:

Antena 3 contrato de 28.03.2007 - ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)					
MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-1.908,0	-4.098,4	-4.470,2	-930,6	-11.407,3

La Sexta contrato 29.03.2007 - ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)					
MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-1.408,9	-2.914,8	-3.162,7	-666,0	-8.152,4

<i>Veo TV contrato 29.03.2007 - ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)</i>					
MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-1.289,9	-2.756,1	-3.004,0	-626,4	-7.676,3

<i>Net TV contrato 27.06.2007 - ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)</i>					
MARGEN ABR2007-MAR2010	Abr-dic 2007	2.008	2.009	Ene-Mar 2010	Total 2007-2010
Ingreso contrato 2006 80% cobertura					
Ingreso contrato 2007 con descuentos					
Ingreso imputable >80%					
Costes Capex+CC+Opex					
Margen=Ingreso>80%-Costes	-626,9	-1.483,0	-1.607,0	-339,4	-4.056,4

Además, había *Abertis* pretendido que el plazo a considerar no era el que terminaba con la finalización del descuento, en abril de 2010, sino el de expiración de todo el contrato. Lo anterior podía llevar a una reducción de los costes anuales evitables alejando los márgenes del negativo. El CCNC reconoció que no era cuestión pacífica y que la misma se sometía por las autoridades de la competencia a la casuística del caso concreto (CE-COMP/38.233-*Wanadoo Interactiva*; TPI-T340/03 *France Telecom*,...), adaptándose a la realidad específica de cada caso. Aun así, hizo la probatura con uno de los contratos y, si bien los costes anualizados evitables resultaban inferiores a los de la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación, los márgenes seguían siendo sensiblemente negativos hasta la fecha de terminación del contrato en 2015.

(d) Valoración de las conductas del segundo bloque: cláusulas de descuento por contribución a la implantación de la TDT en los contratos de 2008

En segundo lugar, *Abertis* había incluido un descuento por contribución a la implantación de la TDT en los contratos celebrados en 2008 con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* (Canal 68) para todos los hitos de cobertura previstos en la normativa vigente. Estos descuentos tenían una vigencia que expiraba con el apagón analógico en abril de 2010 y los mismos habían sido ofrecidos por *Abertis* en 2007 después de que tales difusores hubieran celebrado contratos con *Axión* para la ampliación de cobertura del 80 al 85 %. Por otro lado, los descuentos incluidos en esos mismos contratos de 2008 por la no resolución anticipada habían sido ya analizados en el caso *Axión/Abertis/abuso I*.

- ❖ **Ingresos**. En lo que se refiere al análisis de ingresos, se computaron como base los ingresos anualizados previstos en los contratos suscritos en 2008, incluyendo el descuento por duración contractual ya examinado en el caso *Axión/Abertis/abuso I*, aplicando a partir de esta base los descuentos correspondientes por el concepto de promoción de la TDT recogidos en cada uno de ellos. En el caso de estos tres contratos no se consideraba una comparativa respecto de contratos anteriores dado que los mismos no representaban una modificación de otros contratos ya vigentes, sino que se derivaban de los procedimientos de adjudicación establecidos por los radiodifusores para todos los hitos de cobertura de la TDT. O, dicho de otro modo, comprendían toda la cobertura del 96 %.

En el caso del contrato con *Net TV* (canal 68) la determinación de los ingresos no era exactamente proporcional, con respecto al resto de contratos, al número de canales, por la existencia de una partida de precio independiente del número de programas contratados que provocaba una leve variación en la proporcionalidad directa de los ingresos a obtener por *Abertis*.

- ❖ **Costes**. En segundo lugar, estaba la parte de los costes. Aquí, de nuevo, había que diferenciar los costes de capital, los costes operativos y los costes financieros. Para todos ellos se siguió, exactamente, la misma metodología expuesta más arriba para los contratos de 2007.

El resultado de los análisis de costes para el contrato suscrito entre *Retevisión* y *Net TV* de fecha 23 de enero de 2008 para 1 programa dentro del canal múltiple 68, resultaba prácticamente igual al obtenido para los contratos suscritos por *Telecinco* y *Sogecable*, si bien en cuantías proporcionales a la contratación del servicio para un único programa en lugar de los tres contratados por estos dos operadores.

- ❖ **Márgenes**. La autoridad de la competencia, mediante un análisis de los ingresos y los costes de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión contratado por los tres operadores con *Abertis*, para el periodo entre el inicio de la vigencia de los contratos suscritos al efecto en 2008 y el 3 de abril de 2010 (fecha prevista para el apagón analógico y de finalización de los descuentos de promoción de la TDT), concluyó que los descuentos asociados a la promoción de la implantación de la TDT ofertados por *Abertis* en 2007 y recogidos en los contratos suscritos en 2008 con las tres sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV*, implicaban la existencia de un margen negativo entre ingresos y costes para el periodo de 24 meses de duración de dichos descuentos.

El resultado del análisis para los contratos suscritos entre *Retevisión* y *Telecinco* el 24.01.2008 y entre *Retevisión* y *Sogecable* el 07.03.2008 ofrecían resultados idénticos, al referirse ambos a 3 programas dentro de un canal múltiple y contar con unas condiciones contractuales idénticas. Así en los casos de los tres difusores, ***Telecinco y Sogecable*** y ***Net TV*** la situación era la siguiente:

- ***Telecinco y Sogecable***. En el caso de los contratos suscritos con *Telecinco* y *Sogecable*, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo considerado representaba un 7,82 % de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. El margen entre ingresos tras descuentos y costes para el periodo analizado arrojaba un resultado negativo de 639,3 miles de euros para *Abertis* en cada uno de los dos contratos.
- ***Net TV***. En el caso del contrato suscrito con *Net-TV*, el importe total de los descuentos por promoción de la TDT a aplicar durante el periodo considerado representaba un 7,76 % de los ingresos totales a obtener sin este descuento durante el periodo considerado. El margen entre ingresos tras descuentos y costes para el periodo analizado arrojaba un resultado negativo de 159,0 miles de euros para *Abertis*.

Sobre los anteriores cálculos se introdujeron las mismas rectificaciones que en los contratos de 2007 por la inclusión de los costes de capital y, además, algún otro resultado de rectificar

el Capex correspondiente al 80 % de cobertura de la TDT y, por fin, alguna rectificación de erratas, todo ello a resultas del informe de la CMT y a instancias de *Abertis*. Como consecuencia, los datos finales eran los siguientes:

<i>Telecinco contrato de 24.01.2008 y Sogecable contrato de 07.03.2008 - ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)</i>				
MÁRGENES ABR08-MAR2010	ABR-DIC 2008	2.009	ENE-MAR 2010	TOTAL
Ingresos contrato 2008 tras descuentos				
Costes Capex+CC+Opex				
Margen Ingreso-Costes	-5,5	-248,1	-46,5	-300,1

<i>Net TV (MUX68) contrato 23.01.2008 - ANÁLISIS DE MÁRGENES (miles de €)</i>				
MÁRGENES ABR08-MAR2010	ABR-DIC 2008	2.009	ENE-MAR 2010	TOTAL
Ingresos contrato 2008 tras descuentos				
Costes Capex+CC+Opex				
Margen Ingreso-Costes	18,5	-55,7	-8,7	-45,9

(e) Ausencia de justificación objetiva y efecto lesivo de las conductas para el juego de la competencia en el mercado

Sobre la base de los anteriores cálculos se concluyó por la autoridad de la competencia la existencia de unos descuentos fidelizadores abusivos, de elevada cuantía y prolongada duración, sin ninguna justificación objetiva, que buscaban procurar la contratación del servicio portador de difusión a escala nacional con *Abertis* y excluir la entrada de competidores, en particular, *Axión*. Por ende, había llegado a darse abuso de posición dominante en los mercados de transporte y difusión de señales de servicio público de televisión terrenal de ámbito nacional

No había justificación objetiva para la conducta, pues los descuentos por promoción de la TDT aplicados por *Abertis* en los dos momentos temporales señalados y en los 7 contratos analizados no obedecían a ninguna contraprestación económica concreta que los justificase, ni respondían a ninguna mejora o ganancia en la eficiencia, ni tampoco había aportado *Abertis* justificación objetiva válida para los mismos.

En tres de los contratos de 2007 (todos salvo el de *Antena 3*) *Abertis* cobraba menos por la prestación del servicio para el 96 % de cobertura de lo que cobraba con los contratos de 2006 (2005 en el caso de *La Sexta*) para el 80 % de cobertura. Y en los cuatro presentaba márgenes negativos, es decir, que los costes superaban a los ingresos.

También la DI remarcaba el contexto en el que se producía la conducta, señalando que: “... la actuación de *Abertis* presenta una especial gravedad puesto que se desarrolla en un contexto en el cual la competencia en el mercado se encuentra especialmente debilitada, teniendo en cuenta que *Abertis* cuenta con una cuota de mercado del 100% en los mercados afectados, y que la posibilidad de entrada al mercado está restringida a escasas ventanas de oportunidad”.

Debiendo a lo anterior añadirse que se trataba de un mercado con demanda cautiva, rígida o no contestable. Esto era así porque los contratos de 2006 incluían largos plazos de duración asociados a cláusulas de penalización por terminación anticipada del contrato. Lo anterior era lo que había permitido a *Abertis* hacer un apalancamiento sobre dichos ingresos y poder aplicar los descuentos que aplicaba para pasar del 80 % al 96 %. El resto de operadores no

disponían de esta ventaja lo que les imposibilitaba replicar dichas ofertas, poniéndose de manifiesto el carácter exclusionario de los mencionados descuentos.

Era por tanto un descuento no solo sobre la nueva cobertura, sino también, y sobre todo, sobre la del 80 %, pero condicionado a que se contratase la adicional del 80 % al 96 %. O lo que era igual, el cliente podría optar por quedarse con la cobertura del 80 % a precios del 2006, es decir, sin ningún descuento, o por contratar toda la cobertura con *Abertis* a precios del 2007, con ese descuento. Lo que no parecía opción era la contratación del 96 % directamente con otro operador, pues, en tal caso, el difusor habría tenido que soportar las penalizaciones previstas en el contrato de 2006 y, además, habría renunciado a los descuentos ofrecidos por *Abertis* para la extensión de cobertura del 80 al 96 %.

Adicionalmente, la incontestabilidad se veía aun mas reforzada por la existencia de restricciones orográficas (que limitaban los posibles emplazamientos) y regulatorias (que podían limitar las posibilidades de que un nuevo entrante pudiera ubicarse bien en nuevos emplazamientos, bien en los de la red de *Abertis* en régimen de coubicación o interconexión), necesarios para poder ofertar una cobertura del 80%.

Y, aun admitiendo a efectos dialécticos que los márgenes fueran positivos, a results de considerar todo el periodo contractual como había querido *Abertis*, era importante recordar que las Orientación de la CE sobre el Art. 102 establecían que para valorar el efecto de cierre de mercado de este tipo de descuentos los mismos no tenían por qué entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante, a diferencia de la valoración de los precios predatorios. También debía recordarse que los contratos de 2007 no habían sido objeto de valoración en el caso *Axión/Abertis/abuso I*. Éstos, además del descuento por implantación de la TDT, incluían otros por no resolución anticipada.

Si lo que se pasaba a mantener era que, al considerar el período completo, los márgenes obtenidos pasaban a ser positivos, ello implicaría que existía un momento en el tiempo, previo a la finalización de los contratos, en los que ya se habrían recuperado los costes en los que se había incurrido, momento a partir del cual se entraría en beneficios. Por tanto, la devolución de las cantidades descontadas y su cuantía, debería, en todo caso, depender del momento en que llegara a producirse la resolución unilateral.

Por el contrario, la exigencia de la devolución total de los descuentos, independientemente del momento en el que se produjese la rescisión y en un escenario en que el beneficio neto de descuentos era positivo, suponía una penalización para los clientes que quisieran cambiarse y, con ello, un coste para cualquier potencial entrante, al menos hasta el año 2015, es decir, no era sino una barrera de entrada. Se trataría de un comportamiento igualmente abusivo y sin justificación objetiva, pudiendo traerse a colación toda la doctrina de la RCNC 646/08 sentada para este tipo de descuentos respecto de los contratos de 2006 y 2008.

En resumen, lo analizado hasta el momento no haría sino reforzar la acreditación de que *Abertis* había venido levantando barreras a la entrada de posibles competidores, imponiendo a sus clientes un pago por la rescisión de los contratos que necesariamente se convertía en un coste desproporcionado a asumir por el entrante si realmente quería conseguir captar clientes del incumbente.

Los contratos firmados por *Abertis* con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* en 2008 fueron formalmente contratos *ex novo* en los que se contrataba el suministro del 85 % de cobertura y

los posteriores incrementos que marcaran los hitos regulatorios, a diferencia de lo actuado con otros operadores de TV como *Antena 3*, *La Sexta*, *Vevo TV* y *Net TV* (para un canal), con quienes se hicieron adendas sobre sus respectivos contratos de 2006 en los que habían contratado el 80 % del suministro. Esta diferencia se debía a que estos tres operadores habían decidido en 2007 abrir un proceso de adjudicación para el total de la cobertura a la que viniesen obligados regulatoriamente según los distintos momentos temporales. Y ello llevaba a que formalmente, y al menos en teoría, toda la demanda fuese susceptible de ser catalogada como demanda contestable. Sobre la base de ser la demanda contestable, sostuvo *Abertis* que el test que debía aplicarse era el de precios predatorios en el que los costes a tener en cuenta no eran los evitables o incrementales, sino los totalmente distribuidos.

La CNC no atendió a estas reflexiones de *Abertis* porque también en los contratos de 2006 suscritos con estos difusores se incluían cláusulas de penalización que obligaban a los difusores a pagar a *Abertis* una penalización por rescisión anticipada si decidían resolver dichos contratos antes de su vencimiento en el año 2011, conducta sancionada en la RCNC 646/08. Además, en el año 2008, se mantenían las mismas barreras de entrada derivadas de la existencia de restricciones orográficas (agotamiento de emplazamientos) y regulatorias (acceso a la red de *Abertis*) que, como antes había señalado el Consejo, podían dificultar o impedir la entrada de un nuevo competidor.

Todo ello llevó al Consejo a valorar que el contexto en el que se realizaron los contratos de 2008 era económica y regulatoriamente el mismo que el que existía en el momento de firmar los contratos de 2007 y por ello al menos la demanda para la cobertura del 80 % era claramente una demanda no contestable, por lo que el análisis del carácter abusivo de la conducta reflejada en estos contratos de 2008 debía hacerse bajo los mismos parámetros que la empleada en el análisis de los contratos de 2007.

Es decir, que los descuentos incluidos en los contratos de 2008 constituían también unos hechos susceptibles de ser valorados como una conducta abusiva exclusionaria basada en el precio, pero no bajo la figura de precios predatorios, sino bajo la de descuentos condicionales que podían tener efectos reales o potenciales de cierre de mercado, similares a los de las obligaciones de compra exclusiva, como figuran descritas en la Comunicación de la Comisión de febrero de 2009 denominada “Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (2009/C 45/02)”.

En resumidas cuentas, que todos los descuentos (por contribución a la implantación de la TDT y por no resolución anticipada) incluidos en los contratos de 2007 con *Antena 3*, *La Sexta*, *Vevo TV* y *Net TV* (Canal 66) y los descuentos por contribución a la implantación de la TDT incluidos en los contratos de 2008 con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* (Canal 68) debían considerarse constitutivos de un abuso de posición dominante excluyente en la modalidad de descuentos condicionales. Otra cosa es que estas conductas abusivas no pudieran llegar a sancionarse por aplicación del principio de non bis in ídem conforme a lo que más arriba se expuso.

h) El mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid

i) Identificación de las partes de la operación y reseña general de ésta en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid

Realmente, en este caso, se dilucidaban dos casos de concentración, aunque las mismas guardaban una estrechísima relación porque, aun siendo diferentes las compañías objetivo (*target companies*), *Axión* y *Teledifusión Madrid*, las compañías adquirientes, *Abertis* y *Tradia*, pertenecían al mismo grupo (*Grupo Abertis*).

La operación de concentración que dio lugar al expediente C/0110/08, consistía en la adquisición por *Abertis*, filial del grupo *Abertis*, del control exclusivo de *Axión*. Reiterando datos ya conocidos:

- **Abertis**. Disponía de una red analógica y digital de transporte y difusión de señales audiovisuales de cobertura nacional, con un número de emplazamientos que le permitía prestar servicios de transporte y difusión de la señal de radio y televisión con tecnología digital y analógica a las cadenas de radio y de televisión de ámbito nacional, así como a las cadenas de radio y televisión autonómicas y locales dentro de diversas Comunidades Autónomas. Asimismo, gran parte de esta red era herencia de la antigua red monopolística de difusión de *Retevisión*. *Abertis* había sido designado como operador con poder significativo de mercado en la revisión del antiguo mercado 18 en función de la Resolución del 21 de mayo de 2009 de la CMT, imponiéndole nuevas obligaciones ex ante en materia de interconexión y acceso con miras a favorecer un mercado más competitivo.
- **Axión**. Prestaba servicios soporte al transporte y difusión de señales de televisión y radio, con una infraestructura propia en todo el territorio nacional, aunque fundamentalmente centrada en Andalucía, y mediante acuerdos de acceso y coubicación con otras empresas en el resto del territorio nacional, entre ellas *Abertis*.

La operación de concentración que dio lugar al expediente C/0084/08, consistía en la adquisición por parte de *Tradia Telecom, S.A. (Tradia)*, filial al 100% de *Abertis*, del control exclusivo sobre *Teledifusión Madrid, S.A. (Teledifusión Madrid)*. *Abertis* y *Tradia* eran filiales al 100% de *Abertis Infraestructuras, S.A.* Además de los datos correspondientes a *Abertis*, ya de sobra conocidos, *Teledifusión Madrid* era una sociedad creada en diciembre de 2005, con implantación únicamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid, que prestaba servicios soporte del transporte y difusión de la señal de Televisión Digital Terrestre (“TDT”) de rango local.

ii) Análisis pre-concentración de la estructura del mercado de los servicios de transporte y del mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid

En este caso se examinaba un único mercado nacional de los servicios de transporte de señales audiovisuales, comprensivo del segmento del transporte contribución y del transporte distribución.

En el caso del mercado de los servicios de múltiple y difusión terrestre de señales audiovisuales, se mantuvo la diferenciación entre un mercado geográfico de referencia de dimensión nacional (España), de dimensión autonómica (Comunidad Autónoma de Andalucía) y de dimensión local (para cada una de las demarcaciones locales existentes dentro de esa comunidad autónoma), haciéndose lo anterior depender de que los servicios portadores se suministraran a difusores de cobertura nacional, autonómica o local, respectivamente.

Abertis, como operador verticalmente integrado, disponía del 100 % de los servicios de transporte de distribución y difusión en España para televisiones de ámbito nacional. *Axión* era la principal alternativa competitiva a *Abertis* de cara a la prestación de servicios de difusión de televisión.

iii) Evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado de los servicios de transporte y en el mercado de los servicios gestión del múltiple y difusión terrestre en los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid

(1) La creación o refuerzo de la posición dominante en los mercados afectados por las concentraciones

En los mercados relevantes los contratos firmados por los operadores solían ser de compra exclusiva y a largo plazo, lo que implicaba que la competencia en los mismos se producía de forma periódica, “*por el mercado*”. Debía distinguirse entre los efectos de la operación sobre *el mercado de los servicios de transporte*, por un lado, y sobre *el mercado de los servicios de gestión del múltiple y de difusión terrestre*, por otro:

- ❖ **Mercado de los servicios de transporte.** En cuanto al mercado nacional de los servicios de transporte, se hacía preciso distinguir entre el segmento de la *contribución* y el de la *distribución*:
 - ***Contribución.*** En lo que respecta al transporte de contribución, que consistía en la transmisión de señales audiovisuales desde el centro de producción hasta la cabecera de red, parecía existir competencia efectiva, y ésta no se vería afectada por las operaciones de concentración notificadas.
 - ***Distribución.*** En el transporte de distribución para operadores de TV nacionales, desde la cabecera de red hasta el último punto de presencia del operador desde el

que emitía a los hogares, las barreras a la entrada eran muy altas, en la medida en que los costes hundidos y de cambio que exigía la adaptación de los centros de emisión eran muy elevados, y por el hecho de que los mismos estuviesen bajo el control de *Abertis*, que ofrecía conjuntamente los servicios de transporte y difusión a todos los operadores de televisión nacionales. De cara al transporte distribución de señales audiovisuales para operadores de televisión autonómicos y locales, las barreras a la entrada eran menores, en la medida que el número de centros de emisión a adaptar era más reducido.

❖ **Mercado de los servicios de gestión del múltiple y de difusión terrestre.** Con relación a este mercado de producto, debían diferenciarse tres mercados geográficos de referencia, a saber, el ***nacional***, los ***autonómicos*** y los ***locales***:

- ***Mercado nacional.*** En el ámbito nacional, la competencia que *Axión* venía ejerciendo sobre *Abertis*, así como la posibilidad de completar *Unired* con la placa de Madrid de *Teledifusión Madrid*, por medio de la alianza entre ambas entidades, desaparecerían con las operaciones de concentración notificadas, no existiendo presión competitiva alternativa alguna lo suficientemente significativa como para disciplinar el comportamiento de *Abertis* en los mercados afectados, dadas las barreras a la entrada existentes. Esto podría resultar en una falta de incentivos por parte de *Abertis* para realizar ofertas verdaderamente competitivas a los operadores de televisión nacionales, perjudicando de forma significativa a la competencia efectiva.

Tras la concentración *Abertis* quedaría en posición de monopolio en el mercado nacional de los servicios portadores de difusión, sin competidores potenciales, tras la integración en ella de los dos principales, a saber, *Axión* y *Teledifusión Madrid*. No cabría ya la aparición de un posible competidor para *Abertis* de ámbito nacional; el cual no podría hacerse con las placas en Andalucía y Madrid.

- ***Mercados autonómicos.*** El mercado mayorista del servicio portador de la difusión de la señal de televisión en la Comunidad Autónoma de Andalucía se encontraba, al tiempo de plantearse la operación, en una situación de monopolio, en la medida en que el único cliente que emitía, en ese momento, en dicha región, *RTVA*, tenía contratado el servicio portador con *Axión*. En Andalucía, *Abertis* había demostrado ser el competidor alternativo mejor posicionado presentándose a los concursos de los dos múltiples andaluces.

Por su parte, el mercado mayorista del servicio portador de la difusión de la señal de televisión en la Comunidad Autónoma de Madrid se encontraba asimismo en una situación de monopolio, en la medida en que los únicos clientes con concesiones para emitir, en analógico o digital, en dicho ámbito, *Telemadrid* y *Onda 6 TV*, tenían contratado el servicio portador con *Abertis*. En Madrid, la Dirección de Investigación había acreditado que *Teledifusión Madrid*, en caso de que la operación de concentración no tuviera lugar, se presentaría a dicha licitación ejerciendo una presión competitiva efectiva sobre *Abertis*.

En el caso de *Teledifusión Madrid*, su integración vertical era menos significativa que la de *Axión*. En todo caso, era el operador que mejor situado estaba para convertirse en una alternativa competitiva a *Abertis* a la hora de prestar servicios

de transporte de distribución y de difusión a operadores de televisión autonómicos y locales en la Comunidad de Madrid, e incluso en un futuro a operadores de televisión nacionales, de cara a la contratación de la placa de Madrid.

La competencia “*por el mercado*” en los ámbitos autonómicos se reducía significativamente como consecuencia de las operaciones de concentración notificadas, especialmente en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Madrid, pero también en Asturias, Cantabria, La Rioja, Aragón, Cataluña, Castilla y León, Extremadura, Baleares y Canarias (donde no había operadores alternativos a *Abertis*). Esto podría derivar hacia una falta de incentivos por parte de *Abertis* para realizar ofertas verdaderamente competitivas a los operadores de televisión autonómicos que emitieran o fueran a emitir en el futuro en estas Comunidades Autónomas.

- ***Mercados locales.*** Como resultado de la operación se configuraba asimismo un *cuasi* monopolio en los mercados mayoristas de servicios de difusión terrestre de la televisión local en la Comunidad de Andalucía. En la Comunidad de Andalucía no se emitía en ese momento en digital, y en el segmento analógico *Axión* añadiría sus canales locales andaluces a la cartera de canales de *Abertis*, convirtiéndose así en el principal operador en dicha región.

En lo que respecta al resto de ámbitos autonómicos en los que en ese momento no había operadores de difusión alternativos a *Abertis*, la desaparición de *Axión* también reducía la competencia efectiva de cara a futuras licitaciones de los servicios de difusión de TDT local en las mismas, dada la vocación de operador nacional de *Axión*. Así, *Abertis* fortalecía su posición de cara al apagón analógico definitivo en las demarcaciones locales de estas Comunidades Autónomas, quedando en la mayoría de estas demarcaciones como único operador con una cartera de clientes, infraestructuras y experiencia capaz de realizar ofertas a los radiodifusores locales digitales que así lo solicitasen.

Los efectos más directos de la segunda operación de concentración sobre la competencia efectiva tendrían lugar en los mercados de difusión de señales de televisión autonómicos y locales de la Comunidad de Madrid, donde *Teledifusión Madrid* era la principal alternativa competitiva a *Abertis*. Como resultado de la operación se configuraba asimismo un *cuasi* monopolio en los mercados mayoristas de servicios de difusión terrestre de la televisión local en la Comunidad de Madrid.

En la Comunidad de Madrid, *Teledifusión Madrid* acaparaba la totalidad del mercado digital, y en el segmento analógico *Abertis* era el principal operador, pues disponía de los clientes con mayor proyección de crecimiento y ofrecía los mejores estándares de calidad en la difusión de la señal analógica en la Comunidad de Madrid. Con la adquisición de *Teledifusión Madrid*, *Abertis* pasaría a tener un poder de mercado significativo en los mercados locales de la Comunidad de Madrid, y sobre todo se reforzaría su posición en el ámbito digital, que era el verdaderamente relevante de cara al apagón analógico.

La operación de concentración reforzaba la integración vertical y las barreras a la entrada existentes en los mercados de transporte y difusión de señales de televisión, como consecuencia de la desaparición de *Axión* como competidor independiente capaz de ofertar conjuntamente los servicios de transporte de distribución y de difusión, gracias a que disponía del control o de derechos de uso de un número significativo de centros de difusión a escala nacional, especialmente en Andalucía. Los efectos más directos de la operación de concentración sobre la competencia efectiva tendrían lugar en los mercados de difusión de señales de televisión a escala nacional, autonómica y local, especialmente en el ámbito de Andalucía y Madrid. En estos mercados, desaparecía la principal alternativa competitiva de *Abertis*.

Subsistirían barreras de entrada que la Resolución de la CMT de 21 de mayo de 2009 no habría conseguido paliar. En particular, con las obligaciones de acceso fijadas por la CMT en esa resolución, e incluso si éstas generalizasen la posibilidad de interconexión centro a centro, las barreras a la entrada seguirían siendo muy significativas. Concretamente, los costes hundidos de hacer efectivo este acceso continuaban siendo muy elevados, con el consiguiente riesgo de no recuperar las inversiones realizadas si no se captaban clientes, las economías de escala y alcance de *Abertis* seguían siendo difíciles de replicar, y persistían otras barreras a la entrada, como la larga duración de los contratos, la contratación en bloque de una placa nacional y los costes de cambio, que dificultaban la entrada de nuevos operadores o la expansión de los ya existentes.

(2) Las condiciones o remedios

A la vista de los anteriores problemas de competencia, la Dirección de Investigación elaboró una propuesta de condiciones para solventarlos. Para el diseño de las mismas se tomaron en consideración tanto las propuestas de *Abertis* como la regulación *ex ante* vigente para los mercados objeto del informe, aprobada por la CMT en su Resolución de 21 de mayo de 2009.

Estas condiciones a las que se subordinaba la autorización de la operación tenían una duración prevista de 10 años, su cumplimiento correspondía vigilarlo a la DI, que debía elaborar un informe anual sobre su grado de cumplimiento y *Abertis* debía presentar un Plan de actuaciones. Las mismas eran:

1. **Obligaciones de acceso mayorista en los mercados del transporte y difusión de señales de televisión.** Se trataba de neutralizar la barrera de entrada derivada de la integración vertical de *Abertis* en el mercado ascendente del transporte distribución y en el descendente de los servicios portadores de difusión, permitiendo el acceso de los alternativos a cada uno de sus centros, tanto los que ya tenía, como los que llegaría a tener tras la concentración, a través de las modalidades de coubicación y de interconexión en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que *Axión* había venido estando presente, y en la de Madrid, en la que lo había venido estando *Teledifusión Madrid*, a fin de que pudieran prestar servicios de difusión de ámbito nacional, autonómico o local. Como vimos, la regulación *ex ante* impuesta a través de la resolución de 21 de mayo de 2009 disponía la coubicación y sólo de forma limitada la interconexión.
2. **Obligaciones de prestación del servicio mayorista completo de transporte y difusión de señales de televisión.** *Abertis* debía ofrecer un servicio mayorista completo de

transporte y difusión de señales de televisión para las placas regionales de la Comunidad de Andalucía y de la Comunidad de Madrid que permitiera atender a las necesidades de cobertura de los servicios de televisión de ámbito nacional y de ámbito autonómico. Este servicio completo debía prestarlo mediante la entrega de la señal en un único punto de interconexión para las dos placas regionales o a través de un único punto en cada placa regional.

Abertis debía ofrecer un servicio mayorista de difusión sin incluir el servicio de transporte de distribución para las placas regionales de Andalucía y Madrid. Este servicio mayorista permitiría contratar de manera conjunta un servicio de acceso para el servicio de difusión en todos los centros de las dos placas regionales o de cualquiera de ellas individualmente.

3. **Obligación de mantener publicada una oferta de referencia.** Los precios de los servicios mayoristas antes descritos debían orientarse a costes, ser objetivos, transparentes y no discriminatorios. A estos efectos, debía mantener *Abertis* una Oferta de Referencia sometida a unas condiciones tipo. En todo caso, el plazo máximo para atender y hacer efectivas las solicitudes de prestación del servicio sería de 1 mes desde la solicitud. En general se imponían una serie de obligaciones de carácter instrumental, en la línea marcada por la Resolución de 21 de mayo de 2009 y por el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas (remisión de los acuerdos formalizados para verificar que no eran discriminatorios, separación de sus cuentas en relación con los diferentes servicios mayoristas señalados en la resolución de la CNC, etc.). En todo caso, las características técnicas, de calidad y precio de los servicios mayoristas previstos en la resolución debían permitir a cualquier operador replicar los servicios ofrecidos por *Abertis* en los respectivos ámbitos de cobertura, y las ofertas minoristas realizadas por éste operador para los diferentes servicios minoristas relacionados.
4. **Condiciones relativas a los contratos de transporte y/o difusión de señales de televisión.** Respecto de los contratos que tenían celebrados *Axión* o *Teledifusión* con los difusores nacionales, autonómicos o locales, debía reconocerse a éstos un derecho de rescisión unilateral o la opción de reducir el plazo de duración de éstos a 5 años, sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos, ni penalización o indemnización alguna.

Respecto de todos los contratos que tuvieran suscritos *Abertis*, *Axión* o *Teledifusión Madrid* debían respetarse las condiciones del servicio prestado hasta la fecha, no elevarse el precio por encima del IPC, no proceder a la modificación de los contratos suscritos para la inclusión de prestaciones adicionales o prestaciones complementarias a las ya contratadas, salvo que así le fuera solicitado por la contraparte o, en su caso, reconocer un derecho de resolución unilateral al difusor sin penalización ni indemnización.

Asimismo, a fin de posibilitar una competencia periódica e impedir que *Abertis* obstaculizase la entrada de nuevos competidores de cara a la captación de clientes, resultaba necesario: (i) impedir a *Abertis* hacer uso de los posibles derechos de adquisición preferente o de prórroga que tuviera en sus contratos o en los adquiridos por vía de *Axión* o de *Teledifusión Madrid*; (ii) impedir a *Abertis* la inclusión de derechos de adquisición preferente o de prórroga en sus futuros contratos; (iii) limitar la duración de los futuros contratos a cinco años, o como mínimo, otorgar un derecho

de resolución unilateral sin penalización al operador audiovisual a partir del quinto año, o cuando se produjera una modificación; **(iv)** en el caso del servicio de transporte y/o difusión de señales de televisión digital terrestre de ámbito nacional, *Abertis* debería ofertar el servicio por placas regionales cuando así le fuera solicitado por los radiodifusores o por quien fuera a contratar el servicio.

Abertis ofrecería la posibilidad a los difusores de finalización sin penalización ni indemnización alguna de todos los contratos suscritos o que hubieran sido objeto de modificación por *Abertis* o *Axión* o *Teledifusión Madrid* desde la fecha en que se firmó el acuerdo de compraventa entre ambos operadores y *Abertis*.

i) Barreras a la entrada en el amplio mercado de los servicios de transmisión de señal audiovisual

i) Barreras normativas

Como observó el TDC, la función de los órganos de defensa de la competencia en materia de concentraciones económicas consiste en prevenir aquellos cambios estructurales que confieran o refuercen una posición de dominio de la que pueda abusarse. Sin embargo, varios teóricos de la doctrina económica, inspiradores de las “*Horizontal Merger Guidelines*” del Departamento de Justicia Americano, vendrían observando que no se crearía o reforzaría una posición de dominio ni se facilitaría el abuso de la misma, si la entrada en el mercado considerado llegara a resultar tan fácil que los agentes participantes en el mismo, de forma colectiva o unilateral, no pudieran llegar a beneficiarse del mantenimiento de precios altos.

Se haría así necesario analizar en qué medida la entrada podría tener lugar en un período corto de tiempo y si llegaría a ser probable y suficiente, es decir, si el mercado resultaría impugnabile ya que, sólo en ese caso, la reducción de la competencia provocada por una concentración podría ser restablecida por el propio funcionamiento del mercado. También la CMT destacó la importancia de las barreras de entrada a la hora de decidir las obligaciones específicas a imponer a un operador dominante; la ausencia de estas podría llegar a determinar que su posición fuera muy impugnabile haciendo innecesaria la imposición de dichas obligaciones.

En el caso de las barreras normativas, éstas no se basan en la situación económica, sino que derivan de medidas legislativas o públicas en general que repercuten directamente sobre las condiciones de entrada y/o el posicionamiento de los operadores en el mercado pertinente. Las barreras normativas vendrían a estar constituidas, como viene siendo habitual, por la necesidad de disponer de título habilitante para que el operador pueda actuar en los mercados del transporte y portador de difusión de señal audiovisual sobre plataforma terrestre.

En este sentido, ha de comenzar por hacerse dos precisiones: **(a)** no es lo mismo el título habilitante exigido para la prestación del servicio de difusión televisiva (*Vid Supra* El Mercado de la audiencia o de los telespectadores; se trata de un mercado inscrito dentro del segmento de la difusión) que el necesario para la prestación de los servicios de transmisión de la señal audiovisual sobre las ondas hertzianas (se trata de otro inscrito dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas); **(b)** dados los términos de la definición del mercado por la CMT, nos centraremos aquí en el título necesario para la transmisión de señal audiovisual sobre plataforma terrestre dejando de lado los exigidos para esa misma

transmisión cuando es operada sobre plataformas fibrilares o satelitales de los que, por otro lado, nos ocupamos ya al estudiar el mercado de la TV de pago. Así, bastaría con señalar que, bajo la vigente Ley General de Telecomunicaciones de 2003 para los servicios de transmisión, ya de transporte ya portador de difusión, de señal audiovisual sobre plataforma terrestre no resultaría necesario ningún título habilitante, bastando con una simple comunicación a la CMT.

A éste, que sería el régimen general, cabía añadir con carácter específico, para el caso del servicio portador de difusión de señal de TV de ámbito local, la barrera normativa de entrada derivada de lo dispuesto en el Art. 20 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres conforme al que: *“será precisa autorización previa del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información cuando, para obtener la cobertura completa de toda la zona de servicio, fuera necesaria la instalación de más de una estación. El plazo para otorgar la autorización a la que se refiere este apartado y para notificar la resolución será de tres meses”*. La Ley 41/1995 ha sido, sin embargo, derogada por la LGCA.

Las anteriores, relacionadas con la necesidad de obtener el título habilitante correspondiente, serían las barreras normativas de entrada de carácter más inmediato. Cabría no obstante destacar la existencia de otras que pasamos a agrupar en los párrafos siguientes:

- a) **Salud pública (límites de exposición a ondas electromagnéticas)**. Se trata de las barreras a la entrada derivadas del Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (BOE nº 234, 29-Sep-2001). En esta norma se establecen límites de exposición del público en general a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas, para lo que se dispone un régimen de autorización e inspección de instalaciones (Art. 6), entre ellas, de las redes de difusión de los servicios de televisión (Arts. 8 y Ss.). Además, se disponen otras restricciones a las emisiones radioeléctricas para la protección de ciertas instalaciones como, por ejemplo, las estaciones de socorro y seguridad o instalaciones de interés para la defensa nacional (Art. 3).
- b) **Niveles de cobertura**. Son las barreras de entrada derivadas de la exigencia legal de alcanzar determinados niveles de cobertura que supondrían, una de dos: **(a)** la imposibilidad de que el operador entrante pudiera llegar a alcanzar esos niveles de cobertura; o **(b)** la necesidad de que, para conseguirlo, hubiera de acometer unas fuertes inversiones. El Plan Técnico de la Televisión Digital Terrestre, aprobado por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, establecía en su Art. 6 las fases de cobertura a alcanzar por el servicio de TDT. Así, el Ente Público *RTVE* y las televisiones públicas autonómicas debían alcanzar en su ámbito territorial, al menos, una cobertura del: **(i)** 80 % de la población antes del 31 de diciembre de 2005; **(ii)** 90 % de la población antes del 31 de diciembre de 2008; y **(iii)** 98 % de la población antes del 3 de abril de 2010. Por su parte, las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal existentes a la entrada en vigor del Plan Técnico, debían alcanzar, al menos, una cobertura del: **(i)** 80 % de la población antes del 31 de diciembre de 2005; **(ii)** 90 % de la población antes del 31 de diciembre de 2008; y **(iii)** 95 % de la población antes del 3 de abril de 2010.

- c) **Ocupación de dominio público.** Son las barreras derivadas de las restricciones normativas al ejercicio del derecho de ocupación por parte de los operadores de comunicaciones electrónicas. Según la normativa vigente, los operadores habilitados para el establecimiento de redes públicas de comunicaciones electrónicas tienen reconocido el derecho a la ocupación del dominio público y a exigir que se les permita la ocupación de la propiedad privada en la medida que ello sea necesario para el establecimiento de su red (Capítulo II del Título III de la Ley 32/2003). Ahora bien, el ejercicio de estos derechos queda sometido a la obtención de la debida autorización, que se otorgará conforme a la normativa en cada caso aplicable, Vg., en materia de medioambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional u ordenación urbana o territorial, y previa tramitación del expediente de ocupación correspondiente por la Administración competente. Los procedimientos legales para el ejercicio de los derechos de ocupación por parte de los operadores implican incertidumbre en cuanto al tiempo y condiciones en las que dicha ocupación podrá producirse y, por lo tanto, afectan a la capacidad de los operadores para tender sus redes conforme a la planificación y tiempo previstos. Por ello, en esencia, suponen una barrera de entrada legal en este mercado, cuya importancia depende de numerosos factores, pero principalmente del área geográfica en que se desea realizar la prestación del servicio.
- d) **Obligación de coubicación.** Se trata de las barreras asociadas a la previsión legal de que los operadores celebren acuerdos de coubicación. Determinados fines, como serían el de la protección del medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública o la ordenación urbana y territorial, facultarían a la Administración para imponer a un determinado operador la obligación de compartir sus instalaciones con otros operadores interesados en el establecimiento de su red, y si bien esta coubicación tiene una indudable faz procompetitiva, también la tiene de signo inverso desde el momento en que implica la necesidad de que los operadores interesados lleguen a acuerdos y negocien las condiciones en las que la misma se producirá, lo que conlleva demora en los plazos y tiempo en que el establecimiento de la red pueda llevarse a cabo.
- e) **Obligación legal de compartir el múltiple digital.** El hecho de que, por razones técnicas, hasta el apagón analógico, los concesionarios de TDT se vieran obligados a compartir los canales múltiples impedía que cada concesionario pudiera elegir libremente el operador de difusión de la señal. Su elección estaba condicionada por la elección de los concesionarios que compartieran el canal múltiple. Así, la compartición del múltiple por parte de diferentes difusores incrementaba los costes de cambio al requerir el acuerdo entre ellos. Esta circunstancia constituía una barrera de entrada adicional al mercado, que implicaba, para un nuevo entrante, antes del apagón analógico y de que se concretase la asignación de canales múltiples individuales a cada radiodifusor, la necesidad de poner de acuerdo al menos a dos empresas, para hacer efectivo un contrato para la difusión de al menos un canal múltiple.

Dada la distribución de programas en los canales múltiples SFN, este número se veía en la práctica incrementado hasta tres empresas, salvo que una empresa con programas en diferentes canales múltiples admitiera la existencia de dos proveedores diferentes para los dos canales múltiples en los que estaba ubicada. El escenario previsto en la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 944/2005, era que con posterioridad al “apagón analógico” previsto para abril de 2010, cada una de las sociedades concesionarias del servicio de televisión de ámbito estatal, pudiera acceder a la explotación exclusiva de un canal múltiple de cobertura nacional mediante red de

frecuencia única (sin desconexiones territoriales). De la misma forma estaba previsto que *RTVE* accediera a la explotación exclusiva de dos canales múltiples, uno de ellos con posibilidad de desconexiones territoriales de ámbito autonómico y el otro mediante red de frecuencia única. Como consecuencia de ello, ha dejado de ser necesario que más de una empresa comparta el mismo canal múltiple.

- f) **Falta de obligación mayorista de acceso a la red mayorista de Abertis**. La ausencia de obligaciones mayoristas de acceso a la red de *Abertis*, que no fueron formalmente impuestas hasta febrero de 2006 y efectivas hasta finales de de 2008, podría ser entendida, en amplio sentido, también como barrera de normativa.

ii) Barreras económicas y tecnológicas

Desde el momento en el que la tecnología necesaria para la prestación de los servicios de transmisión de señal de TV es ya conocida, no cabría hablar de la existencia de barreras de carácter tecnológico a la entrada en el mercado de referencia. En cuanto a los principales obstáculos económicos para que por un operador de comunicaciones electrónicas puedan llegar a prestarse los servicios de transmisión de señal de televisión podrían estos ser los que pasamos a exponer:

- ❖ **Existencia de importantes costes hundidos y barreras de salida**. La primera y fundamental barrera económica a la entrada vendría a estar constituida por la necesidad de disponer de las infraestructuras necesarias para la prestación del servicio de transmisión de señal de TV. Lo anterior podía llegar a traducirse en la existencia de unos costes hundidos elevados: en el sentido de inversiones que no se rescatan al salir del mercado.

En general, los costes hundidos son especialmente relevantes en el sector de las comunicaciones electrónicas, dado que son necesarias elevadas inversiones para desarrollar una red de telecomunicaciones. Este era el caso de una red de difusión de televisión de ámbito nacional como la que se requería en España, con una cobertura superior al 95 % de la población que, de acuerdo al calendario del PTNTDT, debía alcanzar los principales radiodifusores nacionales en abril de 2010.

Al objeto de valorar cuantitativamente los costes hundidos en el conjunto de los costes fijos en que debía incurrir un operador entrante, así como el peso que suponían los mismos sobre los ingresos minoristas, se procedió por la CMT, en la segunda ronda de revisión, a realizar una estimación de dichos costes a partir de los datos recogidos en el modelo auditado de contabilidad de costes de *Abertis* para el ejercicio 2006.

La evaluación de la importancia de estos costes hundidos dependía de dos parámetros: uno, la magnitud de los mismos y, dos, la rentabilidad esperada de la inversión, que dependería, a su vez, de los ingresos y los costes variables de la actividad, así como del riesgo asociado a dicha inversión.

Las infraestructuras que conformaban la red de difusión no presentaban un uso alternativo directo, aunque sí podía utilizarse parte de dicha infraestructura (mástiles, equipos de alimentación eléctrica, casetas, terrenos) para la prestación de otros servicios (servicios de comunicaciones móviles, de grupo cerrado de usuarios (trunking), de alquiler de espacio a otros operadores,...). Sin embargo, los equipos de

transmisión de la señal eran específicos del servicio de difusión y por tanto constituían un coste hundido que no podía ser recuperado en el momento de la salida del mercado de referencia.

Se calculó el coste de difusión de 1 canal de TDT nacional para una cobertura del 96 % de la población. De dicho coste se supuso que la totalidad del valor de los equipos necesarios para proveer el servicio de difusión suponía un coste hundido, debido a que dichos equipos, en caso de salida de la empresa del mercado no serían reutilizables para otras actividades y, por tanto, sólo se recuperaría su valor residual (se suponía que en este caso el valor residual era igual a cero). En cuanto a los activos relacionados con las infraestructuras (mástiles, casetas, terrenos etc.) se supuso que un 50 % del valor de dichos activos se podría utilizar para actividades alternativas como las enumeradas anteriormente, siendo el otro 50 % un coste hundido. A partir de dichas hipótesis y estimaciones se obtuvo que los costes hundidos representaban un 61% sobre el precio minorista de difusión de 1 canal de TDT nacional con una cobertura del 96 % de la población. Por tanto, la CMT consideraba en la segunda ronda de revisión que eran elevados los costes hundidos necesarios para acceder al mercado de referencia.

- ❖ **Irreplacabilidad de la red de Abertis.** Las inversiones que habían de realizarse para poder prestar los servicios incluidos en el mercado objeto de análisis, dependían de la cobertura poblacional que se desease, así como de las características del territorio. A este respecto, se consideraba que las inversiones necesarias para establecer redes de difusión de ámbito autonómico y local no resultaban especialmente elevadas.

A escala nacional, la situación era más compleja. Si bien para alcanzar coberturas competitivas (80%) el volumen de inversiones requerido era relativamente bajo, la principal barrera de entrada procedía de la necesidad, en casos puntuales, de emitir desde los emplazamientos ya existentes. El número de localizaciones, las dificultades para establecer las redes e infraestructuras necesarias para los servicios de referencia procedían de la necesidad de ubicar los centros emisores y reemisores en determinadas cotas (generalmente altas y próximas a las poblaciones a las que daban servicio) y puntos específicos relacionados con la zona a cubrir, dado que el parque de antenas estaba orientado a dichos puntos y las antenas de recepción de los usuarios finales debían estar orientadas hacia el centro emisor que le proporcionaba el servicio de televisión, y el coste de reorientarlas o instalar otras alternativas era muy elevado. Asimismo, en algunos casos, la instalación de otros centros en esos lugares podía colisionar con las limitaciones del derecho de ocupación del dominio público y/o privado del operador impuestas por la normativa reguladora de dichos dominios, ya fuera por razones de medioambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional u ordenación urbana o territorial.

La orientación de las antenas hacia los centros emisores de un determinado operador suponía un coste de cambio muy sustancial que había llevado a la CMT a considerarlo el estándar en el mercado de referencia. Así, de acuerdo con su Resolución de 2008, *“en relación con el área de servicio de los emplazamientos que forman parte de la fase inicial de cobertura del 80%, el estándar configurado en su momento por el servicio soporte de ABERTIS se revela como un elemento imprescindible para la prestación del servicio por parte de otro operador. La modificación sustancial del área de servicio ya cubierta en caso de un potencial cambio de proveedor generaría unos costes significativos para las sociedades concesionarias del servicio de televisión, y podría*

erigirse como una barrera de entrada para la prestación del servicio por parte de un operador alternativo. Para una serie de centros específicos - los incluidos dentro de la fase de cobertura del 80% - el acceso a la información técnica de ABERTIS es por tanto necesaria para poder configurar una oferta competidora a la del operador incumbente a nivel nacional, sin que sea posible diferenciar unos centros de otros desde el punto de vista de su relevancia para el correcto desarrollo del mercado en condiciones competitivas”.

Por encima de la cobertura del 80 %, a la irreplicabilidad de la red de *Abertis* se sumaba la onerosidad de las inversiones necesarias: *“La constitución de una red alternativa a la de RETEVISIÓN con una cobertura similar resulta prácticamente imposible a la vez que, probablemente, no viable económicamente. Tal y como se ha dicho previamente, para alcanzar una cobertura del 80% de la población en UHF se requieren únicamente 150 centros mientras que para alcanzar una cobertura superior al 95%, que es la que tiene RETEVISIÓN, se requieren más de 2.000 centros para analógico y unos 1.500 para digital. La cobertura marginal por encima del 80% de la población resulta especialmente onerosa lo que dificulta que pueda existir en este mercado otro operador alternativo a RETEVISIÓN”* (Resolución CMT de 12/06/2003 sobre condiciones de prestación del servicio portador del servicio de difusión de la señal de televisión digital, p. 18, f. 2219 DI y Resolución CMT de 2/02/2006 por la que se aprueba el análisis del mercado 18, pp. 13 y 14, f. 2110 DI).

Así, dichas inversiones eran muy significativas para una red de difusión de televisión de ámbito nacional con una cobertura del 95 % de la población, como la que en ese momento utilizaban los principales radiodifusores nacionales. Sería una red de 200 centros para una cobertura del 80 %, elevándose la cifra hasta 2000 en el caso del 95 % de la población nacional.

En la Resolución de 12 de junio de 2003 sobre el conflicto presentado por *Veo Televisión, S.A.*, y *Sociedad Gestora de Televisión Net TV, S.A.*, sobre las condiciones de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de la señal de televisión digital prestado por la empresa *Retevisión I, S.A.U.*, para alcanzar una cobertura del 80% de la población en UHF se requería de 150 centros emisores. Sin embargo, para alcanzar una cobertura superior al 95 %, que era la que alcanzaba *Abertis* en la difusión analógica, se requerían alrededor de 1.700 centros en el caso de las televisiones públicas y unos 1.300 en el caso de las privadas.

Habiéndose completado el proceso de implantación de la TDT en 2010, los costes de entrada habían llegado a ser superiores dados los niveles de cobertura y las cuotas de pantalla alcanzadas por la TDT, lo que incrementaba las exigencias de capital a los operadores entrantes. Así, si bien en 2005 los niveles de cobertura eran inexistentes, de forma que ningún operador contaba con una ventaja sobre los demás, la situación en 2009 había cambiado radicalmente. Como consecuencia, cabría entender la red de *Abertis*, que ya disponía de los emplazamientos necesarios para la provisión del servicio, pues venía prestando el servicio analógico heredado del antiguo monopolio de difusión de la señal, como irreplicable.

En conclusión, y atendiendo al análisis anterior, la CMT consideró que la prestación del servicio portador de la señal de televisión requería una infraestructura que no era

reproducible fácilmente y en virtud de lo cual no existían alternativas reales de suministro.

- ❖ **Existencia de fuertes economías de densidad, escala y gama.** Lo anterior vendría a verse acentuado por la existencia de importantes economías de escala, alcance y densidad. La característica de las economías de densidad o efecto red era el propio de hallarnos ante un mercado de comunicaciones electrónicas.

En este mercado, la consideración de las economías de escala era especialmente crítica dado que el número de demandantes era fijo y limitado, siendo los costes de cambio elevados y los contratos con los difusores de larga duración. Por estos motivos, el operador histórico, con una red con cobertura prácticamente nacional, partía con ventaja frente a cualquier operador entrante en el mercado, ya que en principio podía utilizar sus infraestructuras para prestar servicios en todos los ámbitos territoriales y a un gran número de múltiples, no requiriendo inversiones adicionales para la prestación de dichos servicios y consiguiendo de este modo unos costes medios menores que los que tenía que afrontar un operador en el momento de la entrada.

En cuanto a las economías de alcance o gama, cabía destacar que eran especialmente importantes en el mercado del servicio portador de la señal de televisión en la medida en que la capilaridad y extensión de la red del operador histórico le permitían obtener eficiencias en los costes derivadas de la compartición de las infraestructuras para la prestación de los servicios soporte de difusión analógica y digital, así como de otros servicios tales como los prestados a los operadores de comunicaciones móviles, de grupo cerrado de usuarios (trunking), de alquiler de espacio, etc.

- ❖ **Tasas.** Además, ya se mencionó a propósito del entorno normativo el caso de las tasas reguladas por el Real Decreto 1620/2005 que desarrollaba la LGT en este aspecto. La tendencia, en el nuevo marco regulador europeo, es la de suprimir posibles barreras de entrada en el ámbito de la transmisión en general. Así, puede leerse en el Art. 12 de la Directiva 2002/20 (Directiva Autorización) que las tasas impuestas a las empresas suministradoras de redes y servicios tenderán a cubrir, tan sólo, los gastos derivados para la Administración de la gestión de los títulos - autorización general o derecho de uso - exigidos para la prestación de los mismos. En la misma línea, el Art. 13 obliga a los Estados, en relación con los cánones impuestos por el uso de radiofrecuencias o por derechos de instalación de recursos en propiedad pública o privada, que los mismos tiendan tan sólo a garantizar el uso óptimo de los recursos. En todos los casos – tasas y cánones – dichos artículos fuerzan a que sean impuestos de forma transparente, objetiva, proporcional, no discriminatoria y lo menos gravosa posible.
- ❖ **Demanda cautiva.** Otra posible barrera de entrada podría ser la constituida por la existencia de clientes cautivos ligados al operador por contratos de muy largo plazo, contratos concertados entre los operadores que prestan el servicio portador y de transporte y los operadores de TV por un periodo que permita a los primeros amortizar las muy elevadas inversiones en materia de infraestructuras. La duración de los contratos resulta, en efecto, muy elevada y suele coincidir con la duración de las concesiones. Esto hace que sólo se produzcan determinadas ventanas de oportunidad para entrar en el mercado, ya que la resolución de estos contratos de manera anticipada suele implicar importantes costes para el cliente, debido a las indemnizaciones que

están asociadas a dicha resolución unilateral. En el caso de los contratos relativos al servicio de difusión nacional, los plazos son especialmente largos.

Por otra parte, el elevado nivel de los costes hundidos asociados a cada cliente y el tamaño del mercado (clientes y cobertura) prefijado por la regulación conforman un mercado en el que la competencia forzosamente provoca la pérdida de dichos costes en caso de pérdida del cliente. En ese sentido, es razonable que los contratos sean de larga duración e incluyan penalizaciones con el fin de garantizar la recuperación de dichos costes, todo ello sin perjuicio de la proporcionalidad tanto de la duración como de la cuantía de las penalizaciones. La proporcionalidad de estas cláusulas y la determinación de si erigen o no barreras a la entrada fue objeto de análisis por parte de la CNC en el marco del expediente 646/08 para concluir la existencia de abuso de posición dominante, posición dominante que no llegaba a ser contrarrestada por la existencia de poder negociador del lado de la demanda.

- ❖ **Ausencia de plataformas tecnológicas alternativas para la transmisión de señal de TV de servicio público.** En este sentido, la Recomendación de la UE de febrero de 2003 para el análisis de los mercados relevantes destaca que: *“Los obstáculos a la entrada pueden perder también importancia en los mercados impulsados por la innovación tecnológica y caracterizados por un progreso tecnológico permanente. En estos mercados, las presiones competitivas suelen provenir de las amenazas de innovación procedentes de competidores potenciales aún no presentes en el mercado. En dichos mercados, puede existir una competencia dinámica o largo plazo entre empresas que no son necesariamente competidoras en un mercado estático ya existente”*.

Sobre este último aspecto, la Comisión, en su Nota Explicativa adjunta a la Recomendación [*Explanatory Note - Accompanying document to the Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, SEC (2007) 1483 final*], indica que la razón fundamental por la que se ha considerado adecuado retirar este mercado de la Recomendación ha sido la apreciación de un mayor nivel de competencia entre plataformas con la transición desde la tecnología analógica a la digital.

Apuntaba también dicha institución comunitaria que en muchos Estados Miembros existen 3-4 plataformas compitiendo en tecnología digital frente a las 2-3 plataformas que existían en tecnología analógica: *“There are a number of reasons why it is considered appropriate to remove the existing wholesale market from the recommended list. Many of the comments received during the consultation indicated that significant market changes are underway. There is evidence of greater platform competition as the transition from analogue to digital delivery platforms occurs. One implication is that there are likely to be fewer capacity constraints on any given platform. A second is that many Member States are likely to have 3-4 competing platforms (terrestrial, satellite, cable and telecom-based) in contrast to 2-3 analogue platforms, one of which, satellite, developed much later. The transition from analogue to digital provides an impetus for platforms to compete and attract end-users, which in a two-sided market context, also means obtaining content. These changes indicate that*

despite the market entry barriers that may exist, the market dynamics are such that the second criterion is not satisfied”.

Sin embargo, por razones regulatorias ya conocidas, no cabía concluir, en el caso español, la existencia de competencia interplataformas para la prestación del servicio portador de difusión de señal audiovisual sobre ondas hertzianas de servicio público.

Del anterior análisis podía extraerse la conclusión de que existían barreras elevadas y no transitorias a la entrada en el mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión. En definitiva, que se cumplía uno de los más importantes factores para considerar que el mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión debía ser susceptible de regulación *ex ante*.

Según establecía la Recomendación de la Comisión, *“los obstáculos estructurales derivan de una situación original de la demanda o de los costes que crea unas condiciones asimétricas entre los operadores históricos y los nuevos que dificultan o impiden la entrada en el mercado de estos últimos”*. Al realizar el análisis de las barreras de entrada al mercado había que tener en cuenta si éstas eran susceptibles de ser no transitorias siguiendo una metodología *“modified Greenfield approach”*, es decir, teniendo en consideración las obligaciones vigentes en los mercados mayoristas relacionados, pero no la regulación asimétrica impuesta sobre los servicios que eran objeto de análisis.

Ahora bien, la entidad de estas barreras económicas de entrada habría quedado atenuada por la obligación de *Retevisión (Abertis)* de prestar servicio al resto de operadores conforme al régimen de obligaciones específicas impuesto en la primera ronda de revisión. Todo lo anterior vendría, en gran medida, a entrañar la neutralización de la barrera de entrada conformada por la existencia de una infraestructura difícilmente reproducible en manos del operador con PSM.

Por otro lado, la nueva situación generada por el hecho de haberse completado el proceso de transición a la TDT incrementaba las barreras a la entrada debido a los niveles de cobertura ya alcanzados por la TDT, así como sus niveles de penetración y cuota de pantalla. Esto no suponía, sin embargo, una imposibilidad de acceso al mercado en la medida en que existieran potenciales entrantes eficientes. Sin embargo, para que esta competencia potencial fuera creíble debía incrementarse el nivel de efectividad, la disponibilidad y la transparencia de las medidas regulatorias tomadas en la primera revisión del mercado relevante, toda vez que preservar la continuidad del servicio y la solvencia del oferente del mismo eran mucho más importantes que en la primera ronda de revisión. Y esto es lo que hizo, como vimos, la CMT en la segunda ronda de revisión.

i) Recapitulación y conclusiones finales sobre los mercados de la transmisión de señal audiovisual

i) Sobre las relaciones de los mercados de la transmisión de señal de televisión entre sí y con otros mercados

De cuanto se dijo más arriba, resultaría que dentro del mercado de la transmisión de señal de TV tendrían, en realidad, cabida otros dos, a saber:

- 1) El del **transporte de la señal audiovisual** que, a su vez, comprendería otros dos, a saber:
 - a) El servicio de **contribución** consistente en el transporte de la señal no editada ni elaborada a través de cualquier plataforma, alámbrica o no, hasta los estudios de TV.
 - b) El servicio de **distribución** de los contenidos hasta los centros emisores vía redes de satélite y terrestre.

Los mercados de los servicios de transporte y de los servicios portadores conforman el más amplio mercado de los servicios de transmisión. El mercado de los servicios de transporte comprende los servicios de contribución y de distribución y antes o fuera del mismo se sitúa como mercado de producto independiente el de la producción móvil de señales de TV (Comisión Europea: *Caso COMP/M.2483 Canal+/RTL/GJCD/JV*). Estos servicios se prestan por unidades móviles de producción que se utilizan para grabar eventos deportivos o de otro tipo (conciertos, eventos sociales o políticos) en directo y producir una señal de TV en el lugar en que se producen. Las unidades móviles son camiones equipados con todos los medios técnicos necesarios para operar en el lugar del evento. Se utilizan para eventos en el exterior o para la producción de programas en un estudio cuando éste no posee todos los medios necesarios.

- 2) El **portador de difusión de la señal de TV** desde los medios de propagación hasta las instalaciones de los usuarios finales. En este punto, convendrá recordar que, al menos en nuestro país, no existiría un mercado de los servicios portadores de difusión televisiva sobre redes de cable o ADSL por la existencia de, sobre todo, autoprestación. Sí lo habría en cambio de servicios portadores de difusión de TV sobre redes de satélites, sin embargo, lo anterior nos conduciría más bien al ámbito propio del mercado de la capacidad satelital que dejamos ya estudiado. Por las anteriores razones, el mercado portador de los servicios de difusión televisiva quedaría, prácticamente, circunscrito al basado en la plataforma terrestre.

Partiendo de este esquema, resultaría que el mercado de los servicios de transporte es un mercado ascendente con respecto al del servicio portador de difusión de señal de TV y que éste último se sitúa, a su vez, como mercado ascendente con respecto al mercado de los servicios de difusión televisiva. Además, las actividades de multiplexado en la cabecera de la red de distribución podrían llegar a dar a un mercado independiente que se inscribiría entre el mercado del transporte y el mercado del servicio portador de difusión.

ii) Sobre la identificación de los mercados de la transmisión de señal de televisión como mercados de producto pertinente y geográficos de referencia

A la hora de formular conclusiones sobre este particular convendrá tener clara la diferenciación entre la definición de mercados *ex ante* verificada por las ANRs nacionales con sujeción al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y la realizada *ex post* por las ANC's al conocer de asuntos concretos.

Empezando por lo primero, la definición de mercado realizada por la CMT fue la del servicio portador del de difusión televisiva sobre plataforma terrestre. En este sentido, los contornos del mercado de producto no han variado sustancialmente en la ronda de revisión de 2008 con respecto a la de 2006. De los pronunciamientos de la ANR española resultarían con claridad los criterios de diferenciación del mercado así definido con respecto a otros inicialmente integrados dentro del mismo conjunto de partida atendiendo a toda una serie de características que se dejaron ya estudiadas (de uso, de la demanda, tecnológicas, factores empleados para la prestación de los servicios, diferencias de calidad de los servicios, de consumo, temporales y espaciales en la prestación del servicio, políticas comerciales y precio, canales de distribución) y a los análisis de sustituibilidad basados en las mismas:

- 1) Con respecto al **mercado de los servicios de transmisión de señal audiovisual** las diferencias serían sólo de amplitud; el mercado de los servicios portadores de difusión de señal audiovisual sería sólo un segmento inscrito dentro de aquél.
- 2) Con relación al **mercado de los servicios de transporte de señal audiovisual**, esas mismas diferencias habría que cifrarlas en el hecho de tratarse de mercados inscritos dentro de segmentos diferentes del más amplio mercado de los servicios de transmisión. Además, si bien con relación a los servicios de transporte resultaría indiferente sobre qué plataforma tecnológica llegaran a basarse, no ocurriría lo mismo con respecto al servicio portador del de difusión de TV que quedaría vinculado a la plataforma terrestre, constituyendo ésta una excepción cualificada al principio de neutralidad tecnológica. La razón de lo anterior habría que buscarla en la vinculación del título habilitante del difusor televisivo a un determinado medio de transmisión. En suma, ambas clases de servicios serían complementarias, pero no sustitutivas entre sí, con lo que, ante un IRSNTP de los servicios portadores de difusión no cabría, en principio, que los organismos de radiodifusión televisiva contrataran servicios de transporte. Tampoco, desde el análisis de sustituibilidad de la oferta, podría pensarse que, ante ese mismo IRSNTP, pudieran pasar los prestadores de servicios de transporte a prestar, rápidamente y sin dificultades, servicios portadores de difusión, por esas limitaciones en cuanto al título habilitante.
- 3) Respecto al **mercado de los servicios portadores de señal de radio**, la CMT entendió en la ronda de revisión de 2006 que tanto estos, como los servicios portadores de señal de TV formarían parte de un mismo mercado de producto por aplicación, sobre todo, del criterio de la sustituibilidad de la oferta (las instalaciones ideadas para los segundos serían aptas para la prestación de aquellos otros servicios aún cuando no fuera cierto lo contrario). En cualquier caso, al no suscitarse problemas de competencia con relación a los servicios portadores del servicio de difusión sonora, dicha ANR los excluyó de las labores de análisis y evaluación del juego de la competencia a que nos referiremos. Sin

embargo, la misma CMT en la ronda de revisión de 2008 concluyó de manera más tajante que se trataba de mercados diferenciados al ser imperfecta la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta.

- 4) Los **servicios portadores del de difusión basados en otras plataformas tecnológicas** quedarían, claramente, integrados dentro de otros mercados de producto diferentes. Lo anterior sería nada más que resultado de aplicar los consabidos criterios de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda. Ante un IRSNTP de los servicios portadores del de difusión televisiva por ondas terrestres no cabría que operadores de satélite, cable o ADSL pasaran a prestarlos, rápidamente y sin enfrentar graves obstáculos económicos o jurídicos, desde el momento en que el organismo de radiodifusión demandante estaría sólo habilitado para prestar el servicio de difusión televisiva sobre plataforma terrestre (sustituibilidad de la oferta). Igualmente, ante ese mismo IRSNTP, no cabría que, por las mismas razones, el difusor televisivo sobre plataforma terrestre pasara a adquirir el servicio portador del de difusión de señal audiovisual de un operador de cable o satélite.

Para esta delimitación la CMT se basó, principalmente, en los criterios de: (i) el **medio soporte empleado** (centros emisores y sistema radiante en TV terrestre; tendido de redes subterráneas en TV por cable; estaciones de enlace ascendente, transpondedores y parabólicas en TV por satélite; y red de cobre reforzada mediante el recurso de tecnologías ADSL en TVIP); (ii) la **bidireccionalidad** (el cable y el ADSL ofrecerían una bidireccionalidad apta para servicios de TV digital interactiva que no ofrecerían la plataforma terrestre y satelital, salvo que se complementaran con otras para la senda de vuelta); (iii) la **cobertura** (por nivel cobertura, de mayor a menor, la prelación sería: satélite, terrestre, ADSL y cable); (iv) la **capacidad de transmisión** (la prelación, de mayor a menor, sería: cable, ADSL, satélite y terrestre; (v) por **nivel de autoprestación** (en cable y ADSL habría autoprestación porque el difusor sería también el propietario de la plataforma; lo que no se daría en terrestre y satélite).

- 5) Del **mercado de los servicios de multiplexado** se diferenciaría porque este mercado sería un mercado verticalmente integrado, aguas arriba, con el mercado de los servicios portadores de difusión. Desde un punto de vista técnico, dichas actividades eran diferentes de los servicios portadores y no exigían una red de emplazamientos, pudiendo en principio ser prestadas por operadores diferentes. Por tanto, no existía sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta entendiendo que ambas actividades eran complementarias y no sustitutivas.

Por otra parte, vimos ya que, conforme al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, los criterios sobre los que basar la definición *ex ante* de mercados en los que evaluar la posición del operador con PSM girarían en torno a la existencia de barreras a la entrada que fueran a persistir a lo largo de un horizonte temporal considerado pertinente y que no pudieran llegar a ser neutralizadas por aplicación de legislación general sobre el Derecho de la Competencia. En la medida en que la imposición de obligaciones específicas tendría que haber sido bastante para neutralizar las barreras de entrada existentes dentro del mercado de los servicios portadores del de difusión televisiva sobre ondas terrestres este mercado se cae de la lista en la nueva Recomendación de la Comisión de diciembre de 2007. Sin embargo, dadas las especialidades del mercado español, y por aplicación de esos mismos tres criterios, el análisis de este mercado se ha mantenido en la ronda de revisión de 2008.

En cuanto a la definición de mercados de transmisión de señal de TV realizada *ex post* por las autoridades de la competencia, cabría observar cómo, con respecto al planteamiento de la CMT, la ANC, tanto en los casos *Axión/Abertis/abuso I y II*, como en el caso *Retevisión*, identificó como mercado de producto pertinente el de los servicios de transmisión de señal de TV. Dicho lo anterior, acaso podría ya sólo destacarse como, para el TDC, los servicios portadores del de difusión televisiva y los servicios portadores del de difusión sonora no formarían parte de un mismo mercado de producto por no existir sustituibilidad del lado de la demanda y por ser la sustituibilidad de la oferta sólo unidireccional, siendo éste, también y a la postre, el planteamiento de la CMT en la ronda de revisión de 2008, como hemos visto.

Por otra parte, en los casos *Axión/Abertis/concentración* y *Teledifusión Madrid*, la ANC definió, en primer lugar, el mercado de los servicios de transporte de señales audiovisuales, distinguiendo los segmentos de transporte contribución y transporte distribución y, segundo, el de los servicios de gestión del múltiple y difusión terrestre de señales analógicas y digitales de televisión, con lo que integraba en un mismo mercado los servicios de gestión del múltiple y los portadores de difusión, aun cuando, por lo visto, ambos tendrían que dar lugar a diferentes mercados de producto.

En lo que respecta a la delimitación del mercado geográfico de referencia, en todos los casos, ya se hable de servicios de transmisión (v. casos *Axión/Abertis/ I y II*) ya de transporte (casos *Axión/Abertis/concentración* y *Teledifusión Madrid*) ya de portadores de difusión (CMT en la ronda de revisión de 2006), tendía a concluirse la dimensión nacional del mismo atendiendo a la cobertura de la red o a la existencia de instrumentos normativos específicos.

Aun no mediando sustituibilidad de la demanda, atendida la imposibilidad o improbabilidad, por la falta de rentabilidad, de que los organismos de radiodifusión pudieran adquirir el servicio portador de difusión de un operador activo en un ámbito geográfico diferente, superior o inferior a otro considerado y, aún no existiendo tampoco sustituibilidad de la oferta en sentido ascendente, la combinación de los criterios de la sustituibilidad de la oferta en sentido descendente, es decir, la posibilidad de que, ante un IRSNTP, el operador de la red más extensa pasase a prestar los servicios que venía prestando el de la red más reducida, y de la sustitución en cadena habían permitido a las ANC's y a las ANR's concluir la dimensión nacional del mercado de referencia. Sólo a escala nacional las condiciones de competencia serían lo bastante homogéneas sin que pudieran llegar a detectarse ámbitos inferiores al nacional en los que las condiciones de competencia aplicables al servicio pudieran llegar a ser lo suficientemente diferentes con respecto al resto del territorio nacional.

No obstante lo anterior, el TDC, en el caso *Retevisión*, identificó un mercado catalán de los servicios de transmisión de señal de TV. En esta misma línea, en los casos, *Axión/Abertis/concentración* y *Teledifusión Madrid*, en el caso del mercado de los servicios de múltiple y difusión terrestre de señales audiovisuales, se mantuvo la diferenciación entre un mercado geográfico de referencia de dimensión nacional (España), de dimensión autonómica (Comunidades Autónomas de Andalucía y Madrid) y de dimensión local (para cada una de las demarcaciones locales existentes dentro de esas comunidades autónomas), haciéndose lo anterior depender de que los servicios portadores se suministraran a difusores de cobertura nacional, autonómica o local, respectivamente. En servicios de transporte se mantenía, en cambio, como hemos dicho, la existencia de un mercado nacional.

También ha terminado por imponerse este criterio en la ronda de revisión de 2008. Atendiendo al consabido criterio de la zona cubierta por una red, se constataba, en España, la existencia de redes de difusión de señal de ámbito nacional, autonómico y local. Y partiendo del de la existencia de instrumentos legales o reglamentarios, también se comprobaba que la regulación que vimos al tratar del mercado de la audiencia o de los telespectadores había propiciado la aparición de cadenas de ámbito autonómico y local, que se situaban junto a las de ámbito nacional, cada una de las cuales había de disponer de un título habilitante referido al ámbito territorial en el que iban a recibirse sus emisiones. En este caso, la CMT ni tan siquiera reconocía la existencia de sustituibilidad de la oferta en sentido descendente por la necesidad de realizar determinadas adaptaciones en cuanto a la potencia, cobertura y configuración de las redes para prestar servicios de ámbito territorial inferior. Así, los mercados geográficos identificados en servicios portadores de difusión fueron 1 nacional español, 19 autonómicos y 308 locales definidos sobre la base de las demarcaciones identificadas en el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre Local.

iii) Sobre el entorno normativo de los mercados de los servicios de transmisión de señal de televisión

En lo que respecta al entorno normativo europeo, lo más destacable será la sujeción de estos mercados a la Directiva Marco y a las Directivas específicas salvo, en cuanto a estas últimas, la de Servicio Universal que se encarga de regular mercados al por menor. En este sentido, y con ánimo de no abundar sobre ideas ya suficientemente expuestas en otros apartados de la tesis, podría destacarse:

1. La **Directiva de Competencia** supondría la obligación de los Estados miembros de suprimir los derechos exclusivos o especiales en la gestión de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Por fuerza de estos principios los servicios se encuentran liberalizados en España.
2. La **Directiva Marco** es la que ordena a la Comisión la delimitación de mercados dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas en los que la existencia de PSM pueda llegar a justificar la imposición a escala nacional por las ANRs de las obligaciones incluidas en las Directivas específicas. También impone dicha Directiva a los Estados miembros que atiendan a las solicitudes de derechos de paso formuladas por los operadores de redes de comunicaciones electrónicas y, cuando ello no resulte posible, que impongan la coubicación a los operadores de redes ya desplegadas.
3. La **Directiva Autorización** es la que suprime la exigencia de título habilitante individual para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y la sustituye por una autorización general que se entenderá concedida a todos los operadores que cumplan con los requisitos impuestos con carácter general por la normativa vigente, bastando con una simple notificación a la Administración. En esta autorización general se entenderán implícitos los derechos al uso de las frecuencias necesarias siempre que no exista riesgo de interferencia perjudicial o se den otras excepciones legalmente previstas, lo que, por otro lado, concurrirá casi siempre en estos mercados de los que nos ocupamos.
4. La **Directiva Acceso** se encarga de desarrollar las previsiones de la Directiva Marco, en especial, en todo lo concerniente a las obligaciones de acceso e interconexión impuestas a unos operadores de redes de comunicaciones electrónicas con respecto a los demás.

También se incluyen una serie de obligaciones instrumentales con vistas a garantizar que lo anterior se da en condiciones transparentes y no discriminatorias (orientación de precios a costes, cuentas separadas, etc.).

En lo que se refiere al entorno normativo nacional, prescindiendo de antecedentes legislativos sobre la liberalización del servicio, desde el monopolio público de *Retevisión* Ente Público hasta la actual liberalización tras la imposición de obligaciones específicas a *Abertis*, que fueron ya suficientemente expuestos, la idea esencial sería la de la sujeción de estos mercados, como mercados de comunicaciones electrónicas que son, a las previsiones de la Ley General de Telecomunicaciones y a las de los reglamentos que la complementan o desarrollan que se recogieron más arriba; aunque de éstos, sólo los relacionados con los mercados mayoristas.

iii) Sobre el análisis de la estructura de los mercados de la transmisión de señal de televisión en España

A diferencia de los mercados genéricos, en el caso de estos mercados, inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, las tareas de análisis habría más bien que hacerlas con sujeción a las previsiones del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. Lo anterior quedaría en gran medida simplificado por la existencia de los pronunciamientos de la CMT. En este sentido, ha de recordarse que el mercado analizado por la ANR española fue el mercado nacional de los servicios portadores de difusión televisiva sobre ondas terrestres. Convendría también reiterar que, tratándose de mercados incluidos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, las labores de análisis del mercado persiguen como finalidad última la determinación de si existe un operador con PSM dentro del mercado de referencia.

La recapitulación y formulación de conclusiones atinentes al análisis del mercado realizado por la CMT bien pueden articularse distinguiendo, como arriba se hizo, entre la estructura de la oferta y la de la demanda, por un lado, y, por otro, entre la ronda de revisión de 2006 (un único mercado nacional como mercado geográfico de referencia) y la ronda de revisión de 2008 (un mercado nacional, 19 mercados autonómicos y 308 mercados locales como mercados geográficos de referencia diferenciados) y así:

- 1) **La estructura de la oferta.** En la **ronda de revisión de 2006**, existía un corto número de proveedores de los servicios de referencia: a escala nacional, sólo *Abertis*; a escala autonómica, únicamente *Axión* en Andalucía y *Retegal* en Galicia; y a escala local, tan sólo *Net Radio Medialatina*. En 2004, la cuota de mercado de *Abertis* por volumen de ingresos se situaba por encima del 90 % y el IHH era de más de 8.400 atendiendo a ese mismo parámetro del volumen de ingresos. Por otro lado, en 2001 esa misma cuota de mercado apenas si se situaba 4 puntos porcentuales por encima de la referida a 2004. Lo anterior permitiría calificarlo como mercado monopolístico o cuasimonopolístico, muy concentrado y estable. Además, se trataba de un mercado en el que la competencia potencial se encontraba severamente recortada por la existencia de una infraestructura difícilmente reproducible controlada por *Abertis* basada en el control de puntos estratégicos de imposible réplica por los competidores. Todo ello venía a traducirse en la existencia de fuertes barreras a la salida (costes hundidos) de los competidores actuales y a la entrada de los potenciales. En cuanto a estos últimos, resultaba improbable el acceso al mercado de referencia en el corto o medio plazo de los prestadores de servicios de transporte o de servicios portadores de difusión sobre otras

plataformas tecnológicas, entre otras razones que fueron ya expuestas, por la referida al hecho de que el título habilitante del difusor televisivo autorizara a éste para prestar el servicio de difusión sólo sobre la terrestre.

En la **ronda de revisión de 2008**, la CMT destacó que la competencia interplataformas (cable, satélite, ADSL y terrestre) no era tanta como para dejar de considerar el mercado de producto de los servicios portadores de difusión sobre ondas hertzianas. En el **mercado nacional**, la situación no había mejorado con respecto a la ronda de revisión de 2006, todo lo contrario, *Abertis* mantenía su posición dominante y la reforzaba. El hecho de que tras el apagón analógico cada difusor quedara con todo un múltiple digital y, en consecuencia, de que no hubiera de ponerse de acuerdo con otros en cuanto al gestor del múltiple, sumado a la licitación de los dos múltiples de *RTVE*, podían llegar a alentar la competencia. Sin embargo, varias circunstancias habían determinado el cierre de cualquier ventana de oportunidad derivada de lo anterior: el fracaso de *Axión* a la hora de consolidar las ampliaciones de cobertura del 80 al 85 % con *Sogecable*, *Telecinco*, y *Net TV*; el cierre del mercado por las mayores exigencias de cobertura derivadas del Plan de implantación de la TDT que forzaban a los alternativos a *Abertis* a realizar inversiones inasumibles; el proceso de condensación del mercado con la toma de control de *Axión* por *Abertis*, el retraso en la adopción de medidas cautelares en los casos *Axión/Abertis*/abuso I y II; la tardanza e insuficiencia de las medidas impuestas por la CMT en la ronda de revisión de 2006, etc.

En los **mercados autonómicos**, la CMT reconocía la existencia de importantes barreras de entrada que habían llevado a que los alternativos a *Abertis* sólo hubieran podido surgir al calor de iniciativas públicas para llevar la señal de las cadenas autonómicas dentro de su ámbito de cobertura. La CMT entendió, no obstante, que las medidas impuestas a *Abertis* a escala nacional en las dos rondas de revisión eran bastantes para mantener el juego de la competencia en estos mercados autonómicos. La CNC criticó que la CMT llegara a estas conclusiones sin llevar a cabo una evaluación de la situación existente en los diversos mercados autonómicos.

En los **mercados locales**, las barreras de entrada eran más bajas. Había mayor posibilidad de réplica del centro de emisión de *Abertis* en cada demarcación. Además, también las obligaciones específicas impuestas a *Abertis* en las dos rondas de revisión las consideraba extensibles la CMT a los mercados locales. La crítica de la CNC fue la misma que en el caso de los mercados autonómicos, a saber, la de no haber realizado la ANR un análisis de los mercados, si bien tales críticas fueron un poco más atenuadas que en el caso de los autonómicos, precisamente por ser menos intensas las barreras de entrada.

- 2) **La estructura de la demanda.** En la **ronda de revisión de 2006**, la demanda estaba conformada, principalmente, por los organismos de radiodifusión que gestionaban, directa o indirectamente, el servicio público televisivo, principalmente, en los ámbitos estatal (seis difusores de los que dos, *Net TV* y *Veo TV*, emitían sólo en digital) y autonómico, en el que se había incrementado la demanda con la incorporación de los nuevos canales autonómicos que emitían en analógico y en digital y de los cuales menos de un tercio se autoprestaba el servicio portador de difusión. Los difusores de TV digital local tendían a autoprestarse el servicio portador con lo que su contribución al incremento de la demanda era mucho menor. La existencia de importantes barreras normativas de entrada en el mercado de la TV en abierto, tal y como estudiamos al

tratar de este mercado, ligadas a la necesidad de disponer del oportuno título concesional determinaría que el número de demandantes dentro del mercado ascendente de los servicios portadores del de difusión televisiva llegara a ser también reducido y a que los mismos disfrutaran de un considerable poder de compra.

En la **ronda de revisión de 2008**, al margen de la consabida diferenciación entre un **mercado nacional** y otros **autonómicos y locales**, la situación de la demanda seguiría siendo básicamente la misma. Podía destacarse la incorporación al mercado nacional de *La Sexta*. Además se había reforzado el poder compensatorio de la demanda a través de la coordinación de las televisiones comerciales en el seno de la *UTECA*.

A pesar del fuerte poder de mercado del lado de la demanda, éste no llegaba a ser tan intenso como para neutralizar el Poder Significativo de Mercado de *Abertis* del lado de la oferta. El consumo de los difusores era fijo y estos no podían recortar sus peticiones de suministro a *Abertis*. Por lo mismo, tampoco podían dirigir peticiones adicionales a otros prestadores. Los servicios portadores suponían una partida elevada de los costes de los organismos de radiodifusión y los costes de cambio y transferencia eran muy elevados, máxime en un escenario de ya plena implantación de la TDT.

Además, y con relación a este mercado definido por la CMT, la posición de *Abertis* resultaría especialmente consistente atendiendo a una serie de parámetros expuestos en las Directrices de la Comisión (*Vid Supra*), a saber: **(a)** la envergadura global de la propia *Abertis*; **(b)** su acceso fácil o privilegiado a los mercados financieros; **(c)** la posibilidad de diversificar servicios e incurrir en economías de escala y alcance a medida que la digitalización y la liberalización de frecuencias asociada a la misma permitiera la prestación de servicios no sólo de difusión, sino también de comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información sobre plataforma terrestre; **(d)** la progresiva integración vertical de la misma *Abertis* sobre todo a raíz de sus recientes incursiones en el mercado de la capacidad satelital, del transporte y de los servicios de multiplexado.

Lo anterior, de por sí, sería ya determinante de la existencia de importantes restricciones al juego de la competencia dentro del mercado de referencia y justificaría el recurso a remedios u obligaciones específicas todo lo que sintetizaremos al verter las conclusiones referidas a la evaluación del juego de la competencia.

Por otro lado, si recordamos, conforme al Art. 14.3 de la Directiva Marco, cabría, al menos en principio, plantearse que *Abertis* pudiera disfrutar de una situación de PSM no sólo en el mercado de referencia de los servicios portadores del de difusión televisiva, sino además en el ascendente de los servicios de transporte en el que también estaría presente, de modo que el peso en este último sirviera para reforzar el ya disfrutado en aquel otro descendente. Sin embargo, como hubo ya oportunidad de ver, el dato de que los servicios de transporte, a diferencia de los portadores, puedan ser prestados a través de las diversas infraestructuras, alámbricas o no, determinaría que *Abertis* no llegara a disfrutar de posición dominante dentro de los servicios de transporte.

Esta afirmación cabría, no obstante, ponerla en cuarentena a raíz del Expte. S/0207/09 Transporte Televisión donde el Consejo de la CNC resolvió que *Abertis* había cometido un abuso de su posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas

de acceso a centros de emisión para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte de señales de TDT en España, al incurrir en un estrechamiento de márgenes entre sus precios mayoristas y minoristas. Por ello le impuso una sanción de 13.755.000 euros (se incorpora resumen de la CNC en adenda a este apartado).

v) Sobre la evaluación del juego de la competencia en los mercados de la transmisión de señal de televisión en España

Al igual que ocurría con las tareas de análisis, las de evaluación del juego de la competencia en estos mercados tendrían que entroncar con todas las disposiciones integradas en el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas e irían directamente encaminadas a la identificación de las restricciones al juego de la competencia dentro del mercado en el que hubiera llegado a ser identificado algún operador con PSM y a la determinación de los remedios para todas esas posibles restricciones.

En cuanto a la **justificación de la identificación de problemas de competencia en la ronda de revisión de 2006**, vimos ya que si bien el operador con PSM no había llegado a incurrir en prácticas abusivas al tiempo de dictarse la resolución de la CMT en esa ronda de 2006, ello bien podía obedecer a la existencia de una serie de obligaciones de servicio público pesando sobre *Retevisión/Abertis* con arreglo a la normativa hasta entonces vigente a la que hubo ya oportunidad de referirse y que iba referida a las garantías de suministro de servicios portadores y a las condiciones de los mismos, dado que la regulación de precios ya no se daba. Derogada que llegara a ser esa normativa en el marco del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, no era descartable que llegaran a plantearse problemas serios de competencia desde el momento en que eran esas obligaciones de servicio público las que limitaban el poder negociador de *Abertis* frente a los organismos de difusión demandantes de sus servicios y recortaban su facultad de imponer precios excesivos o degradar la calidad del servicio que prestaba a los mismos.

En cuanto a la **justificación de la identificación de problemas de competencia en la ronda de revisión de 2008**, también en ella la CMT consideró que el mercado no tendía a la competencia efectiva y que se imponía la regulación *ex ante* del mismo. La ausencia de competencia interplataformas en el mercado de los servicios portadores de difusión, sólo prestados a través de la terrestre, y la progresiva condensación del mercado debilitaban la competencia potencial y la efectiva y permitían presumir que las barreras de entrada persistirían a lo largo de un horizonte temporal más o menos largo. Además la reproducción de prácticas anticompetitivas protagonizadas por *Abertis* revelaba la insuficiencia de la intervención *a posteriori* protagonizada por las autoridades de la competencia, teniendo en cuenta, además, que la competencia se daba “*por el mercado*” en concretas ventanas de oportunidad, lo que podía llevar a que la lesión del juego de la competencia pudiera llegar a hacerse irreversible.

Sobre los **problemas de competencia identificados en la ronda de revisión de 2006**, los mismos fueron la negativa de acceso a operadores competidores o suministro a difusores clientes y el recurso a tácticas dilatorias. En la medida en que los mismos fueron también identificados en la siguiente ronda, valdrá con que nos remitamos a ella.

Respecto a los **problemas de competencia identificados en la ronda de revisión de 2008**, los mismos fueron:

- 1.º **La negativa de acceso o suministro.** *Abertis* tenía la capacidad y el estímulo para denegar a sus competidores el acceso a los puntos irreplicables de su red (los ingresos que dejaba de obtener se veían compensados por los réditos derivados de la monopolización del mercado). De ahí el escaso número de acuerdos celebrados. En cuanto a las negativas al suministro a los difusores, las mismas sólo serían imaginables en un escenario de servicios de difusión televisiva sin ninguna connotación de servicio público.
- 2.º **Empleo de tácticas dilatorias.** El recurso a tácticas dilatorias a la hora de permitir ese acceso, en la práctica, podía llegar a tener un efecto equivalente a la negativa de acceso dado el carácter perentorio de los periodos de negociación de los contratos con los difusores y el hecho de ser éstos contratos de larga duración.
- 3.º **Discriminaciones de calidad o de precios.** La discriminación de calidad podía ser particularmente importante si *Abertis* daba peor servicio a los difusores que hubieran contratado con sus competidores forzándoles a incumplir sus obligaciones en cuanto a grado de cobertura de la TDT y exponiéndolos a la revocación de su concesión y a quedar fuera del mercado.
- 4.º **Subvenciones cruzadas.** El riesgo era el de que *Abertis* recurriera a técnicas de apalancamiento aprovechando su renta obtenida en servicio portador analógico, donde otros operadores no tendrían interés en competir con ella por la inminencia del apagón analógico, para reforzar su posición en servicio portador digital; y también el de que aprovechara esa misma renta obtenida en placas territoriales en las que no enfrentaba competencia para mejorar su posición en otras en las que si tuviera que enfrentarla.

En cuanto a los **remedios impuestos en la ronda de revisión de 2006**, los mismos, considerados luego como insuficientes, se refirieron al acceso, a los precios, a la no discriminación y a la transparencia, aspectos todos ellos acogidos y desarrollados en la siguiente ronda de revisión a la que valdría con remitirse.

Respecto a los **remedios impuestos en la ronda de revisión de 2008**, los mismos fueron presididos por los principios de proporcionalidad (debían prevalecer las medidas menos gravosas atendiendo a sus efectos sobre el mercado de referencia y los conexos) y de preferencia de las medidas con proyección sobre los mercados mayoristas (en nuestro caso, las referidas al acceso a la infraestructura irreplicable del operador con PSM). Los remedios fueron:

- 1.º **Obligación de facilitar el acceso.** *Abertis* quedaría obligada a permitir a sus competidores el acceso a los recursos necesarios mediante el pago de una contraprestación adecuada (Art. 12 de la Directiva Marco). El principio de proporcionalidad imponía que dicho acceso se diera sólo respecto a los recursos de imposible réplica, que eran los que, realmente, vetaban la entrada de los competidores potenciales (emplazamientos y torres hacia los que estaba orientado el parque de antenas). Sin embargo, había que considerar, por otro lado, la ausencia de competencia entre infraestructuras y la elevación de barreras de entrada por la existencia de economías de escala y densidad.

El acceso podía darse en forma de coubicación (el alternativo instalaba sus propios equipos y antenas en las casetas y en las torres de *Abertis* que le facilitaba además un punto de energía o suministro eléctrico) o interconexión (el alternativo se conectaba física y lógicamente a los multiplexores y antenas de *Abertis* en la torre).

La CMT dudó de que la modalidad de interconexión pudiera llegar a ser fuente de eficiencia y de valor añadido en el mercado de referencia, por varias razones: el escaso control del alternativo sobre la red le dejaría un escaso margen de diferenciación haciendo de él más bien un revendedor del servicio de *Abertis*; los difusores tenderían a autoprestarse interconectándose ellos mismos con *Abertis*, pues tenían el know-how suficiente; por lo anterior, el alternativo quedaría con una escasa maniobrabilidad para reducir sus márgenes y ejercer presión sobre *Abertis*; la limitación de demandantes limitaría, a su vez, las economías de escala y desincentivaría a los alternativos para reinvertir cualquier posible beneficio en infraestructuras propias; etc.

No obstante, reconociendo la CMT, la dificultad para que, recurriendo a la coubicación, pudiera cualquier alternativo llegar a erigirse en titular de una red propia que pudiera hacer sombra a la de *Abertis*, la ANR admitió el juego de la interconexión cuando el punto de *Abertis* fuera irreplicable, no se pudiera facilitar la coubicación en el mismo por falta de espacio y se tratara de un punto para dar cobertura por encima del umbral del 93 %, pues sólo, en este último caso, era ineficiente la duplicación de infraestructuras. Además, y como cumplidas esas condiciones, era poco probable que pudiera darse la coubicación, incluso en el medio o largo plazo, la CMT se mostró partidaria de no imponer límite temporal a la obligación de interconexión.

Por su parte, la CNC se mostró muy crítica con el planteamiento de la CMT. Para la ANC, era probable que los equipos de *Abertis* estuvieran ya amortizados. Además, la CMT no había justificado suficientemente la posibilidad de coubicación, teniendo en cuenta, además, lo fuertemente incentivada que estaría *Abertis* para impedirla, especialmente, al abrirse una ventana de oportunidad. Lo anterior debía ponerse, además, en relación con las progresivas exigencias de cobertura impuestas por el calendario de la TDT que haría muy difícil que cualquier alternativo pudiera satisfacerlo principalmente a través de la coubicación. Por otra parte, con la interconexión *Abertis* obtendría del alternativo una retribución por la prestación de servicios que no se daría en la coubicación. La interconexión permitiría también a los alternativos activos en placas autonómicas ampliar su red, ejerciendo una mayor presión competitiva sobre *Abertis*. En fin, la propuesta de la CNC era la de una obligación de interconexión orientada a costes de carácter general, y no subsidiario como postulaba la CMT, con limitación temporal, y no sin ella como defendía la CMT, referida al tiempo que el alternativo necesitara para desplegar su propia infraestructura.

- 2.º **Obligación de no discriminación.** Se imponía a *Abertis* la obligación de no discriminación prevista en el Art. 10 de la Directiva y, en su virtud, las condiciones aplicadas por *Abertis* a los operadores que pretendieran acceder a su red, incluidos los que formaran parte de su grupo, debían ser las mismas, para evitar discriminaciones de calidad, de precios o el recurso a tácticas dilatorias.
- 3.º **Obligación de transparencia.** Se trataba de la obligación de transparencia del Art. 9 de la Directiva Marco y tenía un valor instrumental respecto de la de no discriminación. *Abertis* quedaba obligada a la publicación de una Oferta de Referencia para la

prestación del servicio mayorista de acceso suficientemente desglosada para garantizar que no se exigiera pagar por recursos que no fueran necesarios para el servicio requerido. Entre la información asociada a esa oferta de referencia destacaba la relativa a la identificación de los centros en los que, conforme a lo apuntado más arriba, la opción de interconexión se presentaba como alternativa a la de coubicación. También debía *Abertis* remitir a la CMT todos los acuerdos de acceso e interconexión que suscribiera con terceros.

- 4.º **Obligaciones sobre precios.** Dado que *Abertis* estaría estimulada para establecer unos precios excesivos o discriminatorios a fin de evitar la entrada de competidores, la CMT terminó por imponer las obligaciones de orientar los precios a costes (se correspondía con la obligación de control de precios y contabilidad de costes prevista en el Art. 13 de la Directiva Acceso; *Vid Supra*) y de mantener cuentas separadas para las actividades relacionadas con el acceso y la interconexión a fin de evitar ayudas cruzadas (Art. 11 de la Directiva Acceso; *Ídem Vid Supra*). Se trataba de que no se reprodujera una situación como la del estrechamiento de márgenes en el bucle local que dejamos ya referida en la parte de los mercados en general (la cual, no obstante, se ha terminado suscitando; v. adenda al apartado).

Puede también consultarse, recientemente, la sentencia de 17 febrero 2011 del TJCE (Caso *Konkurrensverket* contra *TeliaSonera Sverige AB*-JUR 2011\44820, en la que la Sala Primera del Tribunal declara: “*A falta de toda justificación objetiva, puede constituir un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE (RCL 2009, 2300) el hecho de que una empresa verticalmente integrada, que ocupa una posición dominante en el mercado mayorista de los insumos para ADSL, aplique una práctica tarifaria como la de que la diferencia entre los precios aplicados en dicho mercado y los aplicados en el mercado minorista de las prestaciones de conexión de banda ancha a los clientes finales no baste para cubrir los costes específicos que esa misma empresa ha de soportar para acceder a este mercado minorista. En el marco del examen del carácter abusivo de tal práctica, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de cada caso concreto. En particular:*

- *han de tomarse en consideración, en principio y de manera preferente, los precios y costes que la empresa de que se trate aplique en el mercado de las prestaciones minoristas. Únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias, no sea posible hacer referencia a dichos precios y costes, procede examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado, y*
- *es necesario demostrar que, habida cuenta, en particular, del carácter indispensable del producto mayorista, dicha práctica produce un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin que esto esté económicamente justificado.*

Para realizar dicha apreciación no son pertinentes, en principio:

- *la falta de toda obligación reglamentaria de que la empresa de que se trate suministre los insumos para ADSL en el mercado mayorista en el que ocupa una posición dominante;*
- *el grado de dominio del mercado por parte de dicha empresa;*
- *el hecho de que la referida empresa no ocupe también una posición dominante en el mercado minorista de las prestaciones de conexión de banda ancha a los clientes finales;*
- *el hecho de que los clientes a los que se aplica tal práctica tarifaria sean clientes nuevos o existentes de la empresa de que se trate;*

- la imposibilidad de que la empresa dominante recupere las posibles pérdidas que el establecimiento de tal práctica tarifaria le hubiera podido causar, ni
- el grado de madurez de los mercados de que se trata y la presencia en ellos de una nueva tecnología que exija grandes inversiones.”

La CNC pretendió ir más allá, postulando una separación funcional de las actividades de multiplexado, transporte y servicios portadores dado el carácter de *Abertis* de operador integrado en todas esas actividades y para evitar que esa integración vertical conformara una barrera económica de entrada. La CMT hizo oídos sordos a estas consideraciones, so pretexto del carácter marcadamente excepcional de la medida de separación funcional.

- 5.º **Obligaciones en el mercado de los servicios finales.** A diferencia de la ronda de 2006, en la de 2008, la CMT impuso también remedios en el tramo minorista de los servicios prestados a los difusores. *Abertis* debía comunicar los preacuerdos alcanzados con los difusores antes de que llegaran a perfeccionarse para certificar la ausencia de prácticas anticompetitivas (abusos excluyentes por precios predatorios, vinculación, etc.) y, también, el acuerdo ya formalizado para asegurar que se ajustaba al preacuerdo aprobado. En función de que se incurriera o no en dichos contratos en prácticas restrictivas, barajaba la CMT la opción de revisar las obligaciones impuestas en el ramo mayorista para que los alternativos pudieran replicar las ofertas de *Abertis*.

vi) Sobre análisis de la estructura de los mercados de la transmisión de señal de televisión y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

(1) En el caso Retevisión

En el caso *Retevisión*, el mercado analizado por el TDC fue uno más amplio que el del servicio portador del de difusión de señal de TV, en concreto, el mercado nacional de la transmisión de señal audiovisual. Este mercado comprendería, como se viene reiterando tanto el de los servicios de transporte como el de los servicios portadores. Las ideas esenciales relativas al análisis de este mercado podrían ser las siguientes. Se trataba de un mercado oligopolístico en el que *Retevisión* disfrutaba de una posición dominante con una cuota de mercado por volumen de ingresos de más del 65 % en 2002. Era además un mercado muy concentrado; el IHH en ese mismo año era de 4.750. Era también un mercado estable: la cuota de mercado por volumen de ingresos de *Retevisión* en 2002 era sólo 10 puntos porcentuales inferior a la disfrutada por esa misma entidad dos años antes.

En cuanto a las principales conclusiones sobre el juego de la competencia en el caso *Retevisión*, las mismas podrían ser las que pasamos a exponer:

1. **La desaparición dentro del ámbito autonómico catalán de uno de los operadores activos en la transmisión de señal de TV.** El TDC entendió que, a pesar de que sólo los dos operadores que se iban a concentrar podían prestar los servicios de referencia, el hecho de que la operación no fuera a afectar a las posibilidades de acceso de los terceros operadores a los puntos irreplicables de la red de comunicaciones electrónicas de esos dos por aplicación de las obligaciones de acceso dimanantes del marco regulador de las comunicaciones electrónicas suponía que el juego de la competencia

no tuviera por qué verse afectado. Ello no obstante, la autoridad de la competencia entendió conveniente abrir a terceros los contratos de arrendamientos que tenían suscritos *Tradia* y el *Centre* tal y como se vio o, alternativamente, que la nueva entidad llegara a desprenderse de las instalaciones de *Retevisión* en Cataluña.

2. **La obstaculización del nacimiento de un segundo operador de servicios de transmisión de señal de ámbito nacional.** Como se dejó expuesto, la alegación de los terceros en cuanto a que la operación supondría dificultar la aparición de un segundo operador a escala nacional mediante la integración de las placas autonómicas, al acercarse a *Retevisión* la placa catalana, no fue atendida por el TDC toda vez que, aun partiendo de que esa integración por placas pudiera llegar a darse, resultaba casi imposible que ese nuevo operador pudiera llegar a dotarse de una red con una cobertura equivalente a la de *Retevisión*. A lo anterior debía añadirse que a escala nacional *Tradia* no ejercía ninguna presión competitiva sobre *Retevisión* y que ésta última debía afrontar un fuerte poder compensatorio de la demanda (ejercido por los difusores que llegaban, incluso, a conformar plataformas de compra conjunta como en el caso de *UTECA*) y, además, una importante competencia potencial procedente de otras plataformas de transporte de señal, especialmente la de *Telefónica*. A todo lo anterior, debían añadirse las obligaciones ya comentadas de facilitar el acceso de los terceros a sus infraestructuras.

Recientes acontecimientos parecen haber dado la razón en este aspecto a esos interesados. En efecto la prensa económica (Diario Expansión de 12 de junio de 2008) informaba de la compra por *Abertis Telecom* del 65 % de *Axión* por 104 millones de euros lo que, *de facto*, convertía a la primera en el único operador de ámbito nacional dentro del mercado de referencia. Así, sólo cuatro redes autonómicas entrarían en competencia con la empresa catalana: *Retegal* en Galicia, *Itelazpi* en el País Vasco, *Telecom Castilla-La Mancha* y las infraestructuras de distribución de las señales de la valenciana *Canal Nou*.

La operación se vio precipitada por el hecho de que no llegaran a cuajar los acuerdos entre dos cadenas de ámbito nacional (*Sogecable* y *Telecinco*) y *Axión* para extender los servicios de TDT de las primeras y por el de que éstas terminaran decantándose por la propia *Abertis*. La operación entrañaba que *Abertis* sumara a sus más de 3.200 emplazamientos para la difusión y distribución de señales en España los 549 con los que contaba *Axión* en Andalucía para dar servicio, fundamentalmente, a los canales de televisión autonómicos del grupo *Canal Sur*. Y si bien era cierto que la operación quedaba condicionada al visto bueno de las autoridades de la competencia, la propia *Abertis* cifraba su esperanza de que la operación fuera autorizada en el dato de que las condiciones impuestas por la CMT dentro del mercado de referencia (*Vid Supra*) fueran consideradas bastantes para preservar el juego de la competencia.

(2) En el caso Axión/Abertis/abuso I

En el caso *Axión/Abertis/abuso I* los sujetos implicados eran *Abertis*, como supuesto protagonista del abuso, y *Axión*, como principal perjudicado por el abuso de exclusión. Los difusores que habían contratado con *Abertis* y que conformaban la demanda dentro del mercado de referencia eran *Sogecable*, *Telecinco*, *Antena 3*, *Veó TV* y *Net TV*.

En este caso, lo que examinó la autoridad de la competencia fueron: **(i)** la imposición de un plazo excesivamente largo de duración y de penalizaciones por resolución anticipada en los 5 contratos de 2006 entre *Abertis* y los difusores *Sogecable*, *Telecinco*, *Antena 3*, *Net TV* y *Veo TV*; **(ii)** la simple oferta de descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse la placa nacional realizadas por *Abertis* a *Antena 3* y *Sogecable* a lo largo de 2005; **(iii)** la imposición de descuentos por no resolución anticipada en los 3 contratos suscritos en 2008 entre *Abertis* y *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* (Canal 68).

Hubo un primer expediente de medidas cautelares (MC 36/06), principalmente, por las cláusulas de penalización anticipada incluidas en los 5 contratos de 2006. Se buscaba dejar sin efecto estas cláusulas de penalización de modo cautelar y el TDC no lo concedió, porque ello podía llevar a que los contratos se resolvieran produciendo cambios irreversibles en el mercado. Además de lo anterior, en el expediente principal (n° 2644/05) el SDC acordó el sobreseimiento el 5 de marzo de 2007, sobre todo, por que *Sogecable* y *Telecinco* habían llegado a formalizar en 2007 contratos con *Axión* para la extensión del 80 al 85 % de la cobertura y porque, partiendo del informe emitido por la CMT las medidas denunciadas podían gozar de justificación objetiva.

Esta decisión del SDC de sobreseimiento fue revocada por el TDC en la resolución de 6 de noviembre de 2007 en el Expediente del recurso n° R 720/07 (y acumulados R 721/07 y R 723/07) que estimó los recursos interpuestos por *Telecinco*, *Sogecable* y *Axión* contra la decisión de sobreseimiento. El TDC consideraba que lo determinante era que las medidas fueran encaminadas a dificultar el acceso al mercado, aunque no lo hubieran logrado de modo efectivo, con lo que la formalización de los contratos con *Axión* no era tan determinante. Tampoco consideró que hubiera llegado *Abertis* a acreditar la existencia de justificación objetiva sobre la base de argumentos que luego desarrollaría en su resolución sobre el fondo.

Finalmente recayó la resolución del CCNC de 19 de mayo de 2009 en el expediente 646/2008. La posición dominante de *Abertis* en esta clase de servicios portadores era indiscutible y, de hecho, salvo los contratos de 2007 limitados a un 5 % de cobertura entre *Axión*, por una parte, y *Sogecable* y *Telecinco*, por otra, todos los contratos habían sido con *Abertis*.

La autoridad de la competencia hizo dos bloques de estudio. En uno primero, por la interrelación que había entre larga duración de los contratos, penalización por resolución anticipada y descuento por no resolución anticipada, examinó: **(i)** la excesiva duración de los 5 contratos suscritos en 2006 entre *Abertis*, por una parte, y *Sogecable*, *Antena 3*, *Telecinco*, *Net TV* y *Veo TV* y **(ii)** la excesiva duración y la imposición de descuentos por no resolución anticipada en los 3 contratos suscritos en 2008 entre *Abertis* y *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* (Canal 68). En el segundo se ocupó de los descuentos ofrecidos en 2005 a *Antena 3* y *Sogecable* por la contratación de una sola placa nacional.

Respecto del primer bloque de conductas, para decidir sobre la existencia de abuso de exclusión se imponía un análisis global de todo el entramado contractual.

Debía partirse de que el mercado de referencia se caracterizaba por la existencia de escasas ventanas de oportunidad que correspondían al otorgamiento de nuevas concesiones o

renovación de las existentes en función de las posibilidades del espectro. Las ventanas de oportunidad relevantes eran sobre todo la de 2005 y la de 2010.

La de 2005 coincidió con la distribución entre los difusores de los canales digitales que inicialmente se habían asignado a la malograda *Quiero TV* y que habían quedado libres. Varias causas vetaban el acceso a esta ventana por parte de los alternativos a *Abertis*: (i) las coberturas y frecuencias de estos canales se ajustaban ya a las características de la red que *Abertis* tenía implantada; (ii) el calendario de la TDT imponía plazos muy cortos para el despliegue; (iii) no se podían contratar con dos operadores diferentes para un mismo múltiple; (iv) no existían aún obligaciones específicas impuestas por la CMT de acuerdo con el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas; (v) la resolución de los contratos de 2000 y 2001 entre *Abertis* y los difusores habría supuesto el pago de penalizaciones.

A pesar de lo anterior, *Axión* logró acceder al mercado a través de los contratos para el 5 % de cobertura celebrados con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV* (Canal 68). Tras los contratos de 2007 con *Axión* esos tres difusores convocaron una licitación para todos los hitos de cobertura de la que salió finalmente adjudicataria *Abertis*. Para la CNC *Axión* no pudo evitar la licitación mediante el ejercicio del derecho preferente que tenía reconocido por varios motivos.

Se insistió en que, hasta el apagón analógico de 2010, razones técnicas imponían que los difusores que compartían un mismo múltiple digital se pusieran de acuerdo para contratar con un mismo operador los servicios portadores de sus canales o programas incluidos en ese múltiple digital. *La Sexta*, afín a *Grupo Abertis*, se negó a contratar con *Axión* lo que precipitó el concurso convocado por *Sogecable* que compartía múltiple digital con ella. También *Net TV*, en el contrato celebrado con *Axión* se reservaba el derecho a convocar un concurso para toda la cobertura, lo que hizo finalmente, precipitando también el concurso convocado por *Telecinco*, que compartía con ella el múltiple digital 68.

Lo anterior se había visto influido por el hecho de haber tenido que afrontar *Axión* o los difusores, para contratar entre sí, las cláusulas de penalización contempladas en los contratos de 2006 con *Abertis*. También la actitud obstruccionista de *Abertis* había influido en la demora de la CMT en la imposición de obligaciones específicas de acceso a *Abertis*, lo cual impidió también a *Axión* replicar la red de *Abertis*.

Sobre la base de lo anterior, pudo imponer *Abertis* también una excesiva duración de los contratos de 2008, reforzada con descuentos por no resolución anticipada, que contribuyeron a cerrar también la ventana de oportunidad que se abría con el apagón analógico de 2010, debiendo recordarse que, a partir de éste, no resultaba ya necesario del acuerdo de todos los difusores que compartían el mismo múltiple, porque a cada uno se le adjudicaba todo un múltiple. El hecho de que los difusores que desistieran del contrato tuvieran que reintegrar todos los descuentos percibidos hasta la fecha además de afrontar la indemnización que pudiera resultar procedente con arreglo al derecho de daños producía un indudable efecto de exclusión o cierre del mercado.

Sentado el efecto cierre de estas conductas del primer bloque, pasó la autoridad de la competencia si las mismas podían llegar a tener alguna justificación objetiva.

En cuanto a las cláusulas de penalización por resolución anticipada incluidas en los contratos de 2006, las mismas podían llegar a investirse de justificación objetiva por la

necesidad de amortizar las inversiones acometidas para la prestación del nuevo servicio y de proteger a *Abertis* frente a incumplimientos contractuales que le impidieran esa amortización. Pero esas inversiones no podían ser ni las acometidas con anterioridad ni las inversiones en mejora de la red cuando esta fuera la única existente para la prestación del servicio y no hubiera de competir con otras (en las mismas condiciones, la Comisión tomará en consideración en concepto de eficiencias, según las Orientaciones sobre abuso excluyente, las pruebas que demuestren que los acuerdos exclusivos generan ventajas para ciertos clientes si dichos acuerdos son necesarios para que la empresa dominante realice ciertas inversiones destinadas específicamente a una relación comercial para poder suministrar a esos clientes).

La CNC entendió que *Abertis* no había probado que la red para dar el 80 % de cobertura, suponiendo que no fuera anterior, pues *Abertis* heredó la red de *Retevisión*, no hubiera sido ya amortizada gracias a los ingresos obtenidos por los contratos entre *Abertis* y *Quiero TV* para catorce programas y con *Veo TV* y *Net TV* para otros dos. Teniendo en cuenta, además, que los canales de *Quiero* pasaron inmediatamente a ser asignados a otros difusores. Por otro lado, parte de los elementos a los que iban referidos las inversiones admitían ser usados para prestar otros servicios de comunicaciones electrónicas y, además, habían sido esas inversiones las que habían permitido a *Abertis* consolidar una posición dominante.

Y respecto a la larga duración, reforzada mediante descuentos por no resolución anticipada, de los contratos de 2008, *Abertis* había querido justificarla en el hecho de ser una imposición de los difusores. La CNC rechazó también estos argumentos, al entender que los difusores habían aceptado lo anterior en un intento de que *Abertis* no llegara a imponerles precios abusivos. Se había eliminado la opción de la resolución anticipada, con lo que el difusor que se desligara del contrato, además de perder el descuento, quedaba sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios inferidos.

El **segundo bloque de conductas** lo conformaban los descuentos por la contratación de una sola placa nacional ofrecidos por *Abertis* a *Sogecable* y *Antena 3* en 2005. El efecto de cierre de estos descuentos derivaba del hecho de que el alternativo de *Abertis*, para replicar dicha oferta, hubiera de compensar al difusor por el descuento perdido no solo en la placa regional en la que estaba activo el alternativo, sino también en las demás.

En cuanto a la existencia de justificación objetiva para tal descuento, debía partirse de todas las dificultades para acceder al mercado de referencia que se dejaron expuestas al hilo de las conductas del primer bloque y de la ventana de oportunidad de 2005. Por otra parte, la información que *Abertis* había suministrado no era bastante para determinar si existía o no justificación objetiva por el hecho de que las economías de escala y densidad obtenidas por la prestación de un único servicio a escala nacional pudiera compensar la cuantía de los descuentos ofrecidos. Aunque *Abertis* se limitó a hacer una estimación del coste de prestar el servicio a escala nacional y aun cuando las placas regionales no podían considerarse homogéneas en cuanto al coste de prestación del servicio en cada una de ellas, la CNC fingió lo contrario para concluir que los descuentos no eran económicamente eficientes y tenían una exclusiva finalidad exclusionaria.

Por otra parte, el descuento de *Abertis* se aplicaba sólo para el caso de contratar una sola placa nacional, lo que reforzaba la idea de la finalidad de exclusión. No se preveían descuentos para el caso de contratar más de una placa regional. La oferta suponía un precio medio por placa regional que prácticamente suponía dar gratis el servicio en las placas

regionales en las que *Axión* estaba activa. Si el difusor hubiera optado por contratar con *Axión* donde ésta estaba activa (Extremadura, Andalucía y, posiblemente, Castilla-La Mancha) y con *Abertis* en el resto de placas regionales, habría perdido la oportunidad de recibir gratis el servicio en esas tres placas regionales y, además, tendría que haber afrontado las penalizaciones por resolución previstas en los contratos de 2001.

Tras concluir que ni las conductas del segundo bloque, ni tampoco las del primero, gozaban de justificación objetiva, la CNC destacó su carácter lesivo para el juego de la competencia y para el bienestar de los consumidores: la elevación de los precios aplicados a los difusores podían llevar a éstos a elevar el precio del segundo de publicidad aplicado a los anunciantes y también a un encarecimiento de los productos o servicios publicitados. Igualmente cabría que, pese a los límites legales, llegaran a insertarse más cuñas publicitarias en la parrilla de programación degradando la calidad del servicio prestado a los televidentes. No había pues eficiencias que impidieran apreciar la existencia de posición dominante. Por esta razón, no sólo se sancionó a *Abertis* con una multa por abuso de posición dominante, sino que, además, se impusieron medidas dirigidas a evitar el cierre de la ventana de oportunidad de 2010 (*Abertis* debía reconocer a cada difusor un derecho de resolución unilateral y sin causa de los contratos celebrados en 2008, sujeto a preaviso, y para toda la placa nacional o para una o varias regionales).

(3) En el caso *Axión/Abertis*/abuso II

En el caso *Axión/Abertis*/abuso II también la autoridad de la competencia se enfrentó a los contratos celebrados en 2007 con *Antena 3*, con *Net TV* (canal 66), con *Veo TV* y con *La Sexta*. En estos se incluían dos clases de descuentos, a saber, por no resolución anticipada de los contratos y por contribución a la implantación de la TDT. En la medida en que ninguno de estos contratos fue examinado en el contexto del caso *Axión/Abertis*/abuso I todas estas cláusulas se imputaban en el nuevo expediente conformando un primer bloque de conductas.

El segundo bloque lo conformaban los descuentos por contribución a la implantación de la TDT incorporados a los contratos de 2008 con *Sogecable*, con *Telecinco* y con *Net TV* (canal 68). No entraban los descuentos de esos mismos contratos por no resolución anticipada que habían sido ya considerados en el caso *Axión/Abertis*/abuso I.

A pesar de que, como veremos, ambos bloques de comportamientos se consideraron constitutivos de abuso de posición dominante por la autoridad de la competencia, los mismos no fueron objeto de sanción por aplicación del principio de *non bis in idem*. La CNC consideró que el entramado contractual se había considerado en bloque para apreciar la existencia de abuso de posición dominante en el caso *Axión/Abertis*/abuso I y que ese entramado contractual era esencialmente el mismo (identidad de hechos), también el sujeto infractor (*Abertis*) e igualmente el tipo de infracción aplicada (el del abuso de posición dominante). Con independencia de lo anterior, sí quiso la autoridad de la competencia hacer una valoración de las conductas.

En cuanto a la valoración de las **conductas del primer bloque** (cláusulas de descuento por contribución a la implantación de la TDT y por no resolución anticipada en los contratos de 2007), había que empezar por partir de las Orientaciones de la Comisión sobre abuso de exclusión.

En éstas se regulaban como abuso de exclusión en la modalidad de conducta basada en el precio los descuentos condicionales fidelizadores, equiparables a la conducta de compra exclusiva en la medida en que inducían al cliente a comprar a un único proveedor. Según las Orientaciones, un descuento condicional consistía en que, si las compras del cliente durante un determinado período de referencia superaban un cierto umbral, se le concedía un descuento, ya fuera sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superasen el umbral (descuento sobre compras incrementales).

En este caso, podía entenderse que se trataba de un descuento retroactivo también extensivo a la cobertura del 80 %, pues en todos los contratos de 2007, salvo acaso el de *Antena 3*, *Abertis* pasaba a dar servicio para la cobertura del 96 % a precios inferiores a los que cobraba con los contratos de 2006 por la cobertura del 80 %. O, dicho de otro modo, que, suponiendo que la cobertura incremental del 16 % la diera gratis, el precio correspondiente a la cobertura del 80 % era más barato que con los contratos de 2006, por lo que el descuento se extendía también a esta última cobertura del 80 %.

De modo general, se destacaba en las Orientaciones que los descuentos retroactivos podían cerrar considerablemente el mercado ya que podían hacer que fuera menos interesante para los clientes cambiarse a un proveedor alternativo cuando se tratara de pequeñas cantidades de demanda, si esto suponía perder los descuentos retroactivos (Asunto 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Comisión (Michelin I)*, Rec. 1983, p. 3461, apartados 70 a 73).

La parte rígida de la demanda era la cobertura del 80 % contratada en 2006 y la flexible, es decir, la cantidad que el cliente difusor podía optar por sustituir y para la que podía encontrar sustitutos, la adicional al 80 hasta el 96 % de cobertura que fue contratada en 2007. Sin embargo, tampoco esto era del todo así por la existencia de importantes barreras de entrada que impedían a los difusores optar por *Axión*. *Abertis* se había apalancado en la parte rígida de la demanda atada por los contratos de 2006 bajo cláusulas de penalización (todos los difusores estaban vinculados con *Abertis* por esos contratos para el 80 % de cobertura) para ofrecer descuentos para el caso de contratación del 16 % de cobertura adicional.

La solución económicamente más eficiente para el difusor, al menos en el corto plazo, pasaba por contratar el 16 % adicional con *Abertis* y de esa manera pagar los servicios más baratos que con el contrato de 2006. La segunda opción a corto plazo más provechosa podía pasar por mantener el contrato para el 80 % con *Abertis* y contratar la cobertura adicional con *Axión*, pero en este caso el difusor no se beneficiaría del descuento, siendo muy difícil que *Axión* pudiera replicarlo. Por último, no parecía opción la contratación de toda la cobertura con *Axión*, pues el difusor habría tenido que afrontar las penalizaciones previstas en los contratos de 2006 por resolución anticipada.

En estos casos, de lo que se trataba era de determinar si los descuentos aplicados por *Abertis* impedían a un competidor con su mismo nivel de eficiencia acceder al mercado para satisfacer la demanda procedente de los difusores.

En este contexto, debía calcularse el precio que tendría que ofrecer un competidor (*Axión*) para compensar a los difusores por la pérdida del descuento condicional en el caso de que estos últimos retirasen parte de su demanda (la “gama de referencia”, que vendría a coincidir con el incremento de cobertura) a la empresa dominante, *Abertis*. El precio efectivo que el competidor *Axión* tendría que igualar no era el precio medio de la empresa dominante *Abertis*, sino el precio normal (de catálogo) aplicado por *Abertis* menos el descuento que

perdían los difusores por cambiar, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia.

De entender que los descuentos ofrecidos por *Abertis* eran incrementales, esto es que se limitaban a la parte de cobertura adicional del 16 %, en tal caso la gama de referencia quedaría limitada a ese 16 %. En el caso de considerarse los descuentos eran retroactivos, es decir, que se extendían también a la cobertura del 80 %, como así parecía, la gama de referencia seguía siendo reducida y limitada al 16 % adicional, atendida la escasa probabilidad de que los difusores se desvincularan en cuanto a la cobertura del 80 % por la existencia de cláusulas de penalización en los contratos de 2006. En el caso de no haber existido esas cláusulas de penalización, la gama de referencia podría haber sido mayor. Sin embargo la parte de demanda vinculada era mucha (80 %) y la parte flexible poca (en torno al 16 %).

El LRAIC o coste incremental medio a largo plazo era la media de todos los costes (variables y fijos) en que incurría una empresa (*Abertis*) para fabricar un determinado producto (servicio portador de difusión de señal). Una opción podía ser calcular el LRAIC de *Abertis* para luego determinar si el precio normal menos los descuentos aplicado a la gama de referencia durante el periodo de referencia habrían sido bastantes para cubrir el LRAIC de *Abertis*, permitiendo a un competidor tan eficiente como *Abertis* (*Axión*) sobrevivir en el mercado.

Cuanto menor fuera el precio efectivo (precio de catálogo menos el descuento) calculado sobre la gama de referencia (ampliación de cobertura del 16 %) en comparación con el precio medio del proveedor dominante *Abertis*, más fuerte sería el efecto de fidelización. Sin embargo, mientras el precio efectivo se mantuviera regularmente por encima del LRAIC de la empresa dominante *Abertis*, un competidor (*Axión*) con igual grado de eficiencia podría normalmente competir de forma rentable a pesar del descuento. En estas circunstancias el descuento no solía producir un cierre anticompetitivo. En nuestro caso, en el caso de que el precio ofrecido por *Axión* a los difusores (precio efectivo o precio de catálogo de *Abertis* menos los descuentos) llegara a ser superior al LRAIC de *Abertis*, el mismo permitiría a *Axión* sobrevivir en el mercado. Ahora bien cuanto menor fuera la diferencia entre ese precio efectivo y el LRAIC de *Abertis* más cerca estaría del riesgo de exclusión.

El coste medio evitable o AAC era la media de los costes que podrían haberse evitado si la empresa no hubiera fabricado una modesta cantidad de producción (adicional), en este caso la cantidad presuntamente objeto de la conducta abusiva, nuevamente el 16 % de cobertura adicional. El LRAIC solía ser superior al AAC porque, contrariamente al AAC (que solamente incluía los costes fijos si se había incurrido en ellos durante el período examinado), el LRAIC incluía los costes fijos específicos del producto contraídos antes del período en que tuvo lugar la presunta conducta abusiva.

El hecho de no cubrir el LRAIC indicaba que la empresa dominante no estaba cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado. El hecho de no cubrir el AAC indicaba que la empresa dominante estaba sacrificando beneficios a corto plazo ya que un competidor con igual grado de eficiencia no podía suministrar a los clientes sin incurrir en pérdida.

Cuando el precio efectivo era inferior al AAC (y por tanto al LRAIC) por lo general el sistema de descuento podía producir un cierre incluso para los competidores eficientes. Cuando el precio efectivo estaba entre el AAC y el LRAIC (cubría el AAC pero no el LRAIC), la autoridad de la competencia investigaría si otros factores llevaban a concluir que era probable que la entrada o la expansión de competidores con igual grado de eficiencia se viera afectada.

A tales efectos podía ser importante considerar si el sistema de descuento se aplicaba con un umbral individual o estándar. Un umbral individual —basado en un porcentaje de las necesidades totales del cliente o en un objetivo individual de volumen— permitía al proveedor dominante fijar el umbral en un nivel tal que resultase difícil que los clientes cambiasen de proveedores, creando así un efecto máximo de fidelización (véase el asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co./Comisión*, Rec. 1979, p. 461, apartados 89 y 90; el asunto T-228/97, *Irish Sugar/Comisión*, Rec. 1999, p. II-2969, apartado 213; y el asunto T-219/99, *British Airways/Comisión*, Rec. 2003, p. II-5917, apartados 7 a 11 y 270 a 273).

Por el contrario, un umbral estándar de volumen —es decir, el umbral es el mismo para todos o para un grupo de clientes— podía ser demasiado alto para algunos de los clientes más pequeños y/o demasiado bajo para los clientes más grandes y no produciría un efecto de fidelización. Sin embargo, si podía establecerse que un umbral estándar de volumen se acercaba a las necesidades de una proporción apreciable de clientes, la autoridad de la competencia consideraría probablemente que dicho sistema estándar de descuento podía producir efectos anticompetitivos de cierre del mercado. En nuestro caso, el umbral era estándar, pero se acercaba a una proporción apreciable de clientes, pues, al menos cuatro de los seis difusores suscribieron contratos en 2007.

La CNC, a través de los cálculos que se dejaron expuestos, concluyó que la diferencia entre los ingresos (tras minorar el valor de los descuentos y obteniendo por diferencia con los contratos de 2006 el precio del incremento de la cobertura del 80 al 96 %, que ese era el objeto de los contratos de 2007 y la gama de referencia) y los costes (el coste de capital o Capex consistente en el importe anualizado de las inversiones realizadas para los diversos hitos cobertura entre la del 80 % y la del 96 % más el coste operativo u Opex para cada uno de esos hitos, más los costes financieros y de retribución de fondos propios) arrojaban un margen negativo a lo largo de todo el periodo en que estaba prevista la aplicación de los descuentos.

La CNC tomó como periodo de referencia el tiempo de vigencia de los descuentos. Sin embargo, lo anterior no cambiaría por el hecho de modificar la metodología atendiendo a las peticiones de *Abertis* para incluir como periodo de referencia todo el periodo de vigencia de los contratos y no sólo el de los descuentos. Ese cambio de metodología suponía una disminución de los costes anualizados pero los márgenes se mantenían negativos.

La CNC no descartó que, aún no implicando un sacrificio económico para *Abertis*, por no generar márgenes negativos, los descuentos condicionales pudieran cerrar el mercado y ser constitutivos de abuso de exclusión de acuerdo con las Orientaciones de la Comisión (a diferencia de lo previsto para los precios predatorios para los descuentos condicionales no era indispensable la existencia de sacrificio económico).

Aún admitiendo que por considerar todo el periodo de vigencia de los contratos, y no sólo el de los descuentos, los márgenes pasaran a ser positivos, ello supondría que habría un

momento previo a la terminación del contrato en el que *Abertis* habría ya compensado los costes incurridos entrando en beneficios, lo que conferiría un carácter sin ninguna duda abusivo a la exigencia de devolución de la totalidad de los descuentos por respeto a la vigencia de los contratos para el caso de que algún difusor optase por desistir del contrato después de ese momento. Sería aplicable, en este caso, toda la doctrina sentada en el caso *Axión/Abertis/abuso I* para esta clase de descuentos.

Y pasando a la valoración de las conductas del segundo bloque (descuento por contribución a la implantación de la TDT en los contratos celebrados en 2008 con *Sogecable*, *Telecinco* y *Net TV/Canal 68*), las conclusiones serían las siguientes.

A diferencia de los de 2007, que eran modificaciones a los contratos de 2006 para incorporar el 16 % de cobertura adicional, estos de 2008 eran contratos *ex novo* para todos los hitos de cobertura. En cuanto a los contratos de 2008, *Abertis* sostuvo que la demanda era contestable porque se trataba de nuevos contratos para toda la cobertura celebrados como resultado de los concursos convocados por los *Sogecable*, *Antena 3* y *Net TV* (canal 68). Por eso, pretendía que el test aplicable era más el de predación que el de los descuentos condicionales.

Según las Orientaciones de la Comisión, una empresa dominante (*Abertis*) aplicaba una conducta predatoria incurriendo deliberadamente en pérdidas o renunciando a beneficios a corto plazo (denominada en lo sucesivo “sacrificio”), a fin de excluir o tener probabilidades de excluir a uno o varios de sus competidores reales o potenciales con objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, perjudicando así a los consumidores.

La Comisión consideraba que la conducta entrañaba un sacrificio si la empresa dominante, al aplicar un precio más bajo a toda o a una determinada parte de su producción durante el período de referencia o al aumentar su producción durante el período de referencia, incurría o estaba incurriendo en pérdidas que podrían haberse evitado. La Comisión tomaba el AAC como punto de partida apropiado para evaluar si la empresa dominante incurría en pérdidas evitables. Si una empresa dominante aplicaba un precio por debajo del AAC a toda su producción o a una parte de ella, no estaba recuperando los costes que podrían haberse evitado si no fabricara esa producción: estaba incurriendo en una pérdida que podría haberse evitado. Así pues, en la mayoría de los casos la Comisión consideraría unos precios inferiores al AAC un indicio claro de sacrificio.

En resumidas cuentas, el estándar aplicado para apreciar la existencia de abuso excluyente en los casos de predación (AAC) podría ser menos exigente que el aplicado a los descuentos condicionales (LRAIC). Por esta razón, pretendía *Abertis* la aplicación de esta otra figura.

Sin embargo, el concepto de sacrificio no sólo consistía en aplicar unos precios por debajo del AAC. Si la estimación de costes se basaba en el coste directo de producción (según constaba en los libros de la empresa), podía ser que no reflejase adecuadamente si había existido o no un sacrificio. Para demostrar una estrategia predatoria, la autoridad de la competencia también podía investigar si la presunta conducta predatoria produjo a corto plazo unos ingresos netos inferiores a los que cabría haber esperado de una conducta alternativa razonable, es decir, si la empresa dominante incurrió en una pérdida que podría haber evitado. La autoridad de la competencia no compararía la conducta real con las alternativas hipotéticas o teóricas que podrían haber sido más rentables. Sólo se tendrían en cuenta las alternativas económicamente racionales y practicables que, habida cuenta de las

condiciones de mercado y de la situación comercial de la empresa dominante, cabría esperar, siendo realista, que fueran más rentables. Y sobre la base de estos argumentos igualmente podía haberse concluido la existencia de predación por parte de *Abertis*.

No obstante, la CNC rechazó que la demanda fuera contestable, al menos para la cobertura del 80 %, porque subsistía el impedimento derivado de las cláusulas de penalización de los contratos de 2006 y también las barreras de entrada en el mercado. Por tanto el test era el de los descuentos condicionales y no el de precios predatorios que *Abertis* defendía.

Aplicando una metodología similar a la empleada en los contratos de 2007, llegó la CNC a la conclusión de que tales descuentos implicaban la existencia de márgenes negativos durante el periodo de 24 meses de aplicación del descuento o, lo que era igual, que no estaban justificados ni eran económicamente eficientes.

A la vista de estos datos y de la ausencia de justificación objetiva y de cualquier eficiencia, la CNC concluyó la existencia de abuso de posición dominante en ambos bloques de conductas. La lesión para el juego de la competencia en el mercado era muy importante porque la misma se encontraba muy debilitada, con un *Abertis* en posición monopolística o casi y con fuertes barreras de entrada envolviendo al mercado, por las dificultades orográficas para ubicar emplazamientos y por las normativas para coubicarse en los de *Abertis*.

(4) En los casos Axión/Abertis/concentración y Tradia/Teledifusión Madrid

En este caso, aunque formalmente se trataba de dos operaciones de concentración, en la práctica las mismas se traducían en la integración en *Abertis* de Axión, operador activo en la placa regional de Andalucía, y de *Teledifusión Madrid*, operador activo en la placa regional de Madrid.

Los efectos más importantes eran los no coordinados derivados de la eliminación de la presión competitiva entre *Abertis* y las compañías objetivo en los mercados del transporte/distribución y del servicio portador de difusión de señal. En el caso del primer mercado, las barreras de entrada y los problemas de competencia se planteaban sobre todo para la prestación de servicios de ámbito nacional, por la irreplicabilidad de la red de *Abertis*.

En el caso de los servicios portadores de difusión, los problemas se planteaban en el mercado nacional, en los autonómicos y en los locales, principalmente, en Andalucía y Madrid. En el mercado nacional, la operación frustraba la posibilidad de acercar las redes de las dos compañías a la de *Unired* y la de la aparición de un operador de ámbito nacional, o al menos supraautonómico, que pudiera hacer sombra a *Abertis*. En los mercados autonómicos, la desaparición de la presión competitiva no sólo se producía en los mercados de las comunidades autónomas de Andalucía, en la que el monopolio de *Axión* sólo podía verse amenazado por *Abertis*, y Madrid, en la que el monopolista era *Abertis*, pero donde *Teledifusión Madrid* ya había anunciado su interés por pujar, sino también en otras en las que *Axión*, sobre todo, podía haber llegado a pujar. En los mercados locales, en el Andalúz, *Axión* tenía el servicio analógico, al que se sumaría tras la concentración, el digital de *Abertis*. En el mercado local de Madrid, la situación era la inversa, es decir, que *Teledifusión Madrid* tenía el servicio digital y *Abertis* el analógico, pero el resultado de la operación sería el mismo que en Andalucía, a saber, una casi total neutralización del juego de la competencia en el mercado local.

A la vista de los anteriores problemas de competencia, se sometían las operaciones a una serie de condiciones que vimos en detalle: **(i)** las obligaciones de *Abertis* de prestar acceso mayorista a otros operadores respecto de sus infraestructuras y la obligación de prestarles en condiciones justas los servicios mayoristas de transporte y portador de difusión, todo ello para la prestación por esos otros operadores de servicios portadores de difusión de ámbito nacional, autonómico y local; **(ii)** el mantenimiento por *Abertis* de una oferta pública mayorista respecto de esas obligaciones; **(iii)** ciertas condiciones respecto de los contratos suscritos o por suscribir con los difusores, como la posibilidad de resolución unilateral por parte de éstos, la limitación de su plazo de duración a no más de 5 años, la neutralización de los derechos de adquisición preferente, la oferta de servicios por placas regionales, la imposibilidad de introducir modificaciones sustanciales o, en caso contrario, el reconocimiento de un derecho de resolución unilateral, etc.

vi) Sobre barreras de entrada y competencia potencial en los mercados de los servicios de transmisión de señal de televisión

Un examen de lo dicho más arriba sobre barreras de entrada permitiría inferir que las de una mayor significación podrían ser las de carácter económico, seguidas a muy poca distancia por las de carácter normativo y a mucha más, hasta el punto de ser casi inexistentes, por las de índole tecnológico. Las conclusiones podrán dejar de tener sentido, por tanto, con respecto a estas últimas.

Dentro de las **barreras normativas**, habría que empezar por observar que las ligadas a la exigencia de título habilitante no llegarían a ser significativos dada la supresión de la exigencia del mismo conforme a la Directiva Marco y a las Directivas Específicas. Otro obstáculo legal podría ser el asociado a la necesidad de obtener determinados niveles de cobertura conforme a la normativa vigente, lo que entroncaría con la barrera económica a la que nos referiremos más abajo relacionada con la irreplicabilidad de la red de *Abertis*. Otras barreras normativas también muy significativas podrían ser las derivadas de normas administrativas de carácter sectorial como, por citar algunas, las que contienen límites de exposición a los campos electromagnéticos, las de ordenación del territorio o urbanísticas o las de protección del medio ambiente, que vendrían a mediatizar en gran medida el despliegue de red por parte del operador. Del mismo modo, se llegaba a considerar como barrera normativa de entrada la relacionada con la necesidad de que los operadores se pusieran de acuerdo para el cumplimiento con las obligaciones de coubicación. Otra barrera de esta clase, al menos hasta la fecha del apagón analógico, vendría de la necesidad de contar con el acuerdo de todos los difusores que compartían el mismo múltiple digital para la prestación del servicio portador de difusión a cualquiera de ellos. Finalmente, cabía destacar dentro de este capítulo la ausencia de una oferta mayorista de *Abertis* hasta fines de 2008 por la falta de celeridad de la CMT en la adopción de las medidas necesarias para la efectividad de las medidas adoptadas en la primera ronda de revisión de 2006.

En cuanto a las **barreras económicas**, las conclusiones podrían ser las que pasamos a exponer. La más importante sería la derivada de las inversiones necesarias para el despliegue de una red con los niveles de cobertura adecuados y la existencia de importantes costes hundidos. No serían éstas especialmente significativas en cuanto a las redes de cobertura local o autonómica ni tampoco para las de ámbito nacional hasta unos niveles de cobertura del 80 % de la población. Sin embargo, más allá de este último límite, los obstáculos económicos sí serían muy significativos. Otra barrera económica de entrada relacionada con

la anterior era la que estudiamos bajo la rúbrica de la “irreplicabilidad de la red de Abertis”. A pesar de que hasta la cobertura del 80 % los costes hundidos no eran muchos, sin embargo, la imposibilidad de reorientar las antenas de los hogares junto con toda una serie de barreras normativas ya apuntadas (ocupación de dominio público, medio ambiente, etc.) hacían que la red de *Abertis* cobrara un valor de estándar y fuera imposible su duplicación para los alternativos. Lo anterior se habría hecho especialmente patente tras haberse conformado ya de una manera casi definitiva la red de difusión digital de *Abertis* tras el apagón analógico de 2010.

También era una barrera de entrada significativa de carácter económico la que derivaba de la existencia de fortísimas economías de densidad, escala y gama que permitían a *Abertis* reducir sus costes, frente a los incurridos por los alternativos, a la hora de prestar el servicio en los ámbitos nacional, autonómico o local; en la modalidad analógica o digital; para servicios portadores de difusión y otros compatibles con la infraestructura que tenía desplegada (a operadores móviles, alquiler de espacios, etc.).

Conformarían, asimismo, una barrera de entrada de carácter económico las tasas y cánones asociados al suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas por más que se busque atenuarlas, en el sentido de orientarlas a costes, dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas.

Del mismo modo, podía llegar a entenderse como barrera de entrada de esta clase la ausencia de competencia interplataformas para la prestación del servicio portador de difusión del servicio público televisivo que en España, a diferencia de otros estados miembros de la UE, se vinculaba de modo exclusivo a la plataforma terrestre.

También identificamos como barrera de entrada de tipo económico la asociada al largo plazo de los contratos que unirían a los prestadores de los servicios de transporte y portadores con los difusores de TV y que ocasionaban que se abrieran ventanas de oportunidad cada mucho tiempo. Los descuentos de todo tipo encaminados a mantener cautiva la demanda fueron, precisamente, los que motivaron los pronunciamientos de la autoridad de la competencia en los casos *Axión/Abertis*/abuso I y II.

En conclusión, podría sentarse que la competencia potencial dentro de estos mercados, sobre todo el de los servicios portadores de difusión, estaría muy limitada por la existencia de barreras de entrada económicas y normativas muy importantes. Lo anterior justificaba la regulación *ex ante*, teniendo en cuenta, además, que las medidas de la primera ronda de revisión habían quedado ya, en gran medida, obsoletas.

j) Adenda: cuadro de operadores en los servicios portadores de difusión de ámbito autonómico

Mercados geográficos autonómicos	Prestador del servicio portador
Andalucía	<i>Axión</i>
Aragón	<i>Abertis</i>
Asturias (Principado de)	<i>Abertis</i>
Balears (Illes)	<i>Abertis</i>
Canarias	<i>Abertis</i>
Cantabria	<i>(*)</i>
Castilla y León	<i>(*)</i>
Castilla La Mancha	<i>CLM</i>
Cataluña	<i>Abertis</i>
Ceuta	<i>Abertis</i>
Comunitat Valenciana	<i>Abertis</i>
Extremadura	<i>Abertis</i>
Galicia	<i>Retegal</i>
Madrid (Comunidad de)	<i>Abertis</i>
Melilla	<i>(*)</i>
Murcia (Región de)	<i>COTA</i>
Navarra (Comunidad Foral de)	<i>Opnatel</i>
País Vasco	<i>Itelazpi</i>
Rioja (La)	<i>Abertis</i>

Fuente: CMT (Ronda de revisión de 2008)

k) Adenda: demarcaciones en los servicios portadores de difusión de ámbito local

Comunidad Autónoma Provincia	Número de demarcaciones/mercados
Andalucía	60
Almería	4
Cádiz	8
Córdoba	10
Granada	6
Huelva	5
Jaén	8
Málaga	10
Sevilla	9
Aragón	17
Huesca	6
Teruel	5
Zaragoza	6
Asturias (Principado de)	9
Baleares (Islas)	8
Canarias	13
Palmas (Las)	6
Santa Cruz de Tenerife	7
Cantabria	7
Castilla y León	30
Ávila	2
Burgos	6
León	4
Palencia	3
Salamanca	4
Segovia	2
Soria	3
Valladolid	3
Zamora	3
Castilla-La Mancha	30
Albacete	8
Ciudad Real	8
Cuenca	4
Guadalajara	3
Toledo	7
Cataluña	24
Barcelona	10
Gerona	5
Lérida	5
Tarragona	4
Comunidad Valenciana	16

Alicante	7
Castellón	4
Valencia	5
Extremadura	19
Badajoz	10
Cáceres	9
Galicia	24
La Coruña	7
Lugo	6
Orense	5
Pontevedra	6
Madrid (Comunidad de)	12
Murcia (Región de)	9
Navarra (Comunidad Foral de)	6
País Vasco	16
Álava	3
Guipúzcoa	7
Vizcaya	6
Rioja (La)	4
Ciudad autónoma de Ceuta	2
Ciudad autónoma de Melilla	2

Fuente: CMT (Ronda de revisión de 2008)

I) Adenda: gráficos sobre modalidades de acceso (interconexión y coubicación)

Gráfico de interconexión (Fuente: CMT-Ronda de revisión de 2008)

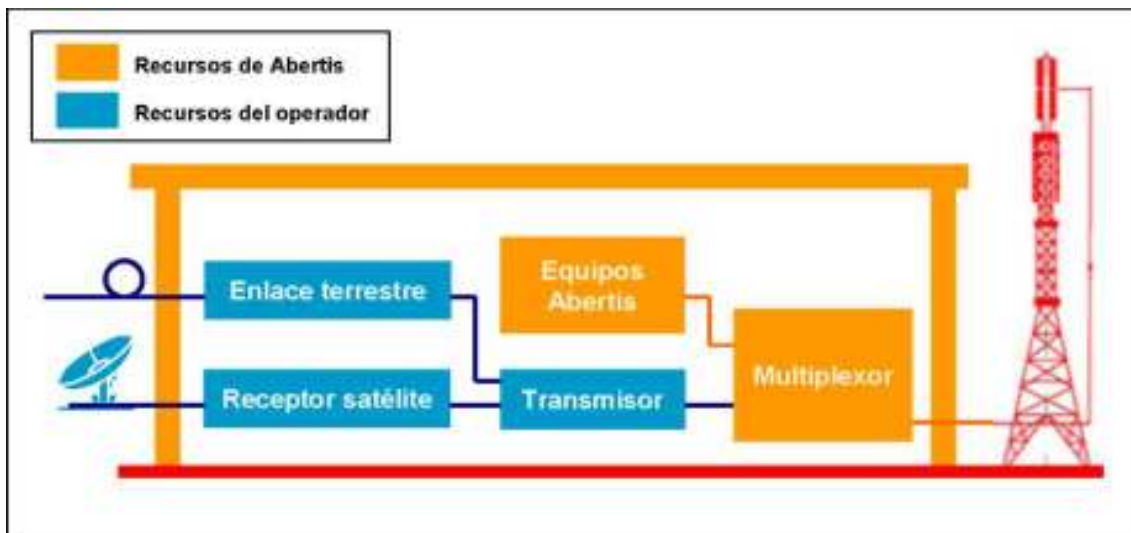
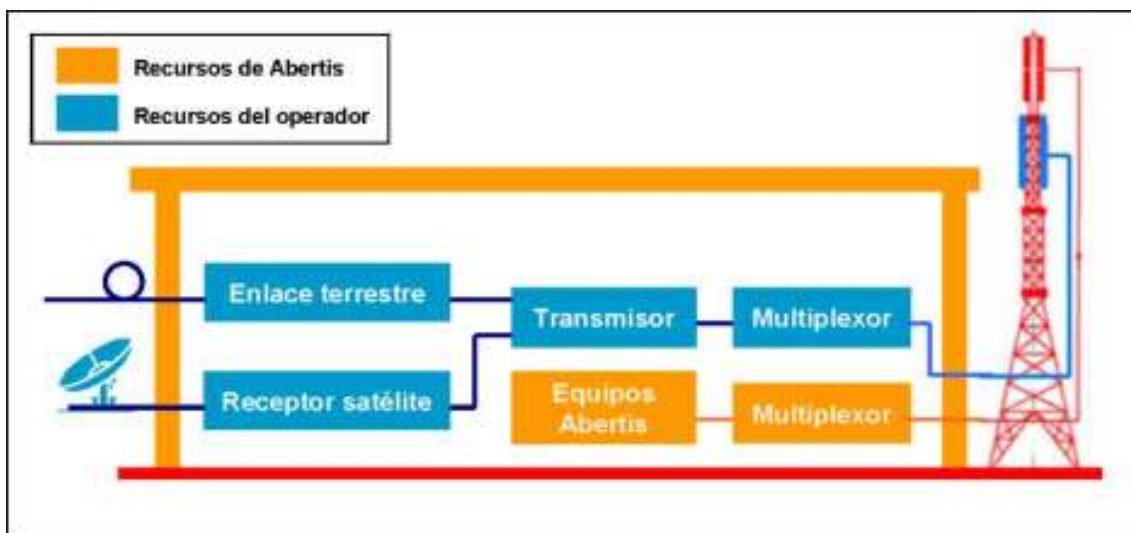


Gráfico de coubicación (Fuente: CMT-Ronda de revisión de 2008)



m) Adenda: resumen de la resolución del consejo de la CNC de 8 de febrero de 2012 (Expte. S/0207/09 Transporte Televisión)_ Fuente Comisión Nacional de la Competencia

«El 30 de noviembre de 2009 tuvo entrada la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denuncia de SES ASTRA IBÉRICA S.A. (ASTRA) contra ABERTIS TELECOM S.A.U. (ABERTIS) por una supuesta negativa constructiva de acceso, entre otras formas mediante un estrechamiento de márgenes, a los centros de la red terrestre de ámbito nacional de ABERTIS, que son esenciales para poder prestar el servicio de transporte de distribución satelital a las televisiones privadas nacionales y autonómicas, así como para presentarse a los concursos públicos convocados por operadores de televisión públicos nacionales y autonómicos para la prestación de estos servicios de transporte.

El 8 de abril de 2010, la Dirección de Investigación incoó expediente sancionador contra ABERTIS por existir indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE.

El 8 de febrero de 2012 el Consejo de la CNC resolvió que ABERTIS había cometido un abuso de su posición de dominio en los mercados de servicios mayoristas de acceso a centros de emisión para la difusión de señales de TDT en España y de servicios minoristas de transporte de señales de TDT en España, al incurrir en un estrechamiento de márgenes entre sus precios mayoristas y minoristas. Por ello ha impuesto una sanción a ABERTIS de 13.755.000 euros.

I. MERCADOS RELEVANTES

La cadena de valor que permite llevar la señal de televisión desde su lugar de producción hasta el espectador final tiene dos grandes etapas diferenciadas:

- Servicio de transporte de la señal de la Televisión Digital Terrestre (TDT) a los centros emisores, siendo el satélite un elemento imprescindible para la prestación de dicho servicio.*
- Servicio de difusión de la señal de TDT desde los centros emisores y remisores hasta los receptores de los hogares.*

Ambos tramos pueden ser teóricamente prestados por operadores distintos. Sin embargo, en la práctica los operadores de difusión suelen prestar también el servicio de transporte hasta su red de difusión, debido a que al controlar los centros de difusión, tienen más fácil seleccionar la vía de transporte y adaptar los centros de difusión a la misma. En cambio, un operador de transporte no puede prestar servicios de difusión, salvo que acceda a la red de difusión del operador que presta estos servicios.

ABERTIS dispone de una red de transporte y difusión de señales audiovisuales de cobertura nacional, que le permite prestar servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual con tecnología digital a las cadenas de radio y de televisión de ámbito nacional, autonómico y local.

ASTRA ofrece una cartera completa de servicios de difusión y de banda ancha por satélite para sus clientes de Europa y otros continentes. En España, ASTRA es el principal proveedor de servicios de satélite de la plataforma de televisión de pago Digital+.

En la medida en que la red nacional de centros de emisión de ABERTIS es irreplicable, debido a, entre otros factores, el número de emplazamientos, la situación geográfica de muchos de ellos, la orientación del parque de antenas de los hogares hacia los mismos, y los costes hundidos asociados, un tercer operador únicamente puede prestar el servicio de transporte solicitando acceso a la red del operador de difusión. De aquí que el servicio mayorista de acceso a centros de emisión de ABERTIS para la difusión de señales de TDT tenga un carácter esencial para la prestación del servicio de transporte de señales de TDT a operadores de televisión, tanto nacionales como autonómicos.

Por ello, los mercados de producto relevantes ambos de ámbito nacional son los siguientes:

- Mercado de los servicios minoristas de transporte de señales de TDT.*
- Mercado de servicios mayoristas de acceso a centros de emisión de ABERTIS para la difusión de señales de TDT.*

La integración vertical de ABERTIS le confiere una posición de dominio tanto en el mercado aguas arriba de servicios mayoristas de acceso a centros de emisión de ABERTIS para la difusión de señales de TDT en España, como en el mercado aguas abajo de transporte de señales de TDT en España.

Como consecuencia de su posición de dominio, y según la regulación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), ABERTIS está obligado a la publicación de una Oferta de Referencia para la prestación del servicio mayorista de acceso a sus centros de difusión (ORAC).

II. ESTRECHAMIENTO DE MÁRGENES

El expediente de referencia ha valorado si la aplicación por ABERTIS de unos determinados precios mayoristas para la ubicación de equipos en sus centros emisores para la difusión de señales de TDT, y la fijación de determinados niveles de precios minoristas en sus contratos con operadores de televisión nacionales y determinados operadores de televisión autonómicos por los servicios de transporte de señales de TDT que presta ABERTIS, pueden dar lugar a un abuso de posición de dominio.

Siguiendo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia de 17 de febrero de 2011 en el asunto Telia-Sonera, el estrechamiento de márgenes existe si la diferencia entre el precio minorista y el coste mayorista del input indispensable de la empresa dominante no cubre el resto de los costes de la provisión del servicio minorista, de tal forma que sus competidores no puedan competir eficazmente con ella de forma duradera, ni siquiera cuando tales competidores son tan eficientes como el operador dominante.

La CNC ha analizado los ingresos, costes y márgenes obtenidos por ABERTIS para los siguientes contratos:

- *Contratos con todas las televisiones de ámbito nacional para la prestación del servicio de transporte y del servicio de difusión para todos los canales de TDT nacional.*
- *Contratos con operadores autonómicos en Extremadura y Asturias para el servicio de transporte por satélite a raíz de la convocatoria de los respectivos concursos.*

Las cuestiones más relevantes suscitadas en el marco del análisis realizado en este caso son:

1. Estándar de eficiencia

Para probar el estrechamiento de márgenes se ha tomado el estándar del “competidor con igual grado de eficiencia”. Esto es, debe comprobarse que los precios mayoristas y minoristas fijados sean tales que hagan económicamente inviable operar en el mercado a un operador tan eficiente como el operador dominante.

Se trata de preservar el estándar de eficiencia y, por ello, se han de tener en cuenta los costes del operador dominante y asumir una demanda que sea comparable, pero no necesariamente idéntica.

En cuanto a los costes, se debe tener en cuenta el estándar de costes incrementales a largo plazo (Long Run Average Incremental Costs, LRAIC) que incluyen tanto los costes fijos como los variables en los que se debe incurrir para el adecuado desarrollo de la actividad.

En cuanto a la demanda, ABERTIS acapara el 100% de la demanda. Se trata además de una demanda estable, de tal forma que los entrantes sólo pueden obtener cuota a base de usurpársela al operador dominante y donde muchos elementos de la red de transporte distribución son modulares, por lo que a la hora de analizar los costes a los que debe hacer frente un nuevo entrante, es relevante tener en cuenta una escala mínima eficiente con la que la entrada sea factible y pueda analizarse la posible existencia del estrechamiento de márgenes.

En cuanto al criterio de temporalidad, la CNC ha analizado si existe una rentabilidad positiva en un horizonte temporal de 5 años, salvo en el caso de los escenarios autonómicos, adjudicados por las CCAA mediante concurso para periodos inferiores a los cinco años.

Finalmente, teniendo en cuenta que el mercado relevante es un mercado maduro, y en línea con los precedentes comunitarios, se ha considerado apropiado el enfoque periodo a periodo.

2. Sobre las estimaciones de ingresos

Estas se han obtenido de los contratos suscritos por los operadores de televisión nacionales con ABERTIS, así como de estimaciones basadas en dicha información.

3. Sobre los costes de la prestación del servicio minorista

Se han tenido en cuenta los siguientes grupos de costes sobre los cuales ABERTIS ha aportado información:

- *Costes de capital (CAPEX) asociados a las inversiones realizadas en elementos de red (CAPEX servicio de transporte).*
- *Costes operativos (OPEX) recurrentes directamente atribuibles al funcionamiento del servicio de transporte de señales de TDT (OPEX anual atribuibles al servicio de transporte).*

4. Sobre los costes de los servicios mayoristas de coubicación

Para determinar los costes mayoristas de acceso de un operador alternativo para prestar servicios de transporte de señales de TDT en los distintos ámbitos geográficos considerados es preciso conocer los precios de los servicios mayoristas facilitados por ABERTIS a los operadores que lo soliciten.

Concretamente;

- *Los costes recurrentes de acceso (coubicación) y de mantenimiento*
- *Los costes no recurrentes asociados a los estudios de viabilidad.*

A partir de los precios de acceso se ha estimado el coste del servicio mayorista de coubicación para el servicio de transporte en los distintos ámbitos geográficos y para los distintos hitos temporales planteados.

5. Sobre el estrechamiento de márgenes

En vista de todo lo anterior, la CNC ha acreditado que en los servicios de transporte de señales de TDT prestados a televisiones nacionales, en los diferentes escenarios planteados, (oferta realizada a ASTRA en abril de 2009, ORAC 2010 y ORAC 2011) ABERTIS ha incurrido en una práctica de estrechamiento de márgenes entre los precios mayorista de acceso a sus emplazamientos y el precio minorista aplicado en los contratos con las televisiones nacionales por el servicio de transporte de señales de TDT. Asimismo, se ha acreditado la misma práctica en la prestación del servicio de transporte de señales de TDT para las televisiones autonómicas de Asturias y Extremadura. La práctica de estrechamiento de márgenes constituye un abuso en el sentido del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE.

En relación con el efecto expulsión en el mercado minorista de transporte de señales de TDT, partiendo del hecho objetivo de que la entrada es técnicamente viable y económicamente posible y de que se han producido ventanas de oportunidad por el apagón analógico y planes de extensión de cobertura de la red, la ausencia de competidores efectivos sólo puede ser fruto de la política de precios de ABERTIS, que ha obstaculizado la entrada de estos operadores alternativos.

La conducta de ABERTIS se ha considerado abusiva porque impide a los clientes disponer de opciones efectivas para comparar y evita que la presión competitiva fuerce a ABERTIS a ofrecer mejores precios.

En este caso se ha considerado que el poder de la demanda, dadas las características del servicio, no constituye un elemento compensador suficiente. De hecho, este tipo de prácticas,

en la medida en que previenen la existencia de fuentes de suministro alternativas y efectivas, debilita aún más la posición negociadora de los operadores de televisión frente a ABERTIS.

En cuanto a la justificación objetiva de la conducta de ABERTIS, la CNC ha considerado que no cabe admitir la ausencia de margen de maniobra de ABERTIS a la hora de actuar ni, consecuentemente, que no sea responsable de la política comercial aplicada. En particular, la CNC ha entendido que ABERTIS dispone de un margen de maniobra para modificar sus precios minoristas y mayoristas. Así, ABERTIS había fijado libremente los precios minoristas y en cuanto a los mayoristas, antes de la aprobación de ORAC estos precios no estaban regulados y ABERTIS los fijó y ofertó libremente a terceros, incluido a ASTRA, lo cual precisamente provoca el estrechamiento de márgenes que aquí se analiza.

Además, la CMT no fijó los precios mayoristas de la coubicación hasta su Resolución de la ORAC de 7 de octubre de 2010, y tales precios tenían, en todo caso, un carácter de máximo, lo que permitía a ABERTIS bajar los precios mayoristas a iniciativa propia. En este sentido, un comportamiento diligente de ABERTIS, al que viene obligado como operador dominante con una especial responsabilidad de no obstaculizar la competencia, le habría permitido observar los efectos de su política de precios sobre los mercados y haber adoptado medidas al respecto, cosa que no hizo.»

PARTE III

RECAPITULACIÓN

1) CONCLUSIONES DE ALCANCE GENERAL

a) Delimitación de segmentos

Sentar conclusiones en el plano del Derecho de la Competencia, alejado de los corsés jurídicos a que quedan sujetas otras ramas y donde las posibilidades del mercado desbordan cualquier esquema previo, es complicado, por lo que más bien de lo que se trataría dentro de su ámbito es de inferir unas pautas partiendo de los pronunciamientos emanados de las autoridades de la competencia y de las normas nacionales y europeas que disciplinan los siguientes segmentos:

1. Segmento de las comunicaciones electrónicas.
2. Segmento de los contenidos audiovisuales.
3. Segmento de la comunicación audiovisual.
4. Segmento de la Sociedad de la Información.

b) El segmento de las comunicaciones electrónicas

i) Identificación de subsegmentos

Así, nos encontraríamos con que el segmento de las comunicaciones electrónicas – nueva denominación, con connotaciones de digitalización, que en la normativa más reciente va desplazando a la de telecomunicaciones (Vg. Directiva 2002/21 relativa a un Marco regulador común de las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas; la Ley 32/2003 pese a llevar el título de General de Telecomunicaciones va dando entrada en su articulado a aquel otro nombre) – comprendería, a su vez, dos realidades esenciales y diferenciadas, a saber:

1. Redes de comunicaciones electrónicas.
2. Servicios de comunicaciones electrónicas.

El concepto de servicio de comunicación electrónica se diferencia del de red de comunicación electrónica en que este último presenta un componente más físico, tangible o material que el primero. Esta nota diferenciadora tiene también su traducción dentro de las fuentes europeas (véanse, si no, las Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas - Diario Oficial nº C 165 de 11/07/2002 p. 0006 – 003) en la distinción entre mercados de servicios (p.e., los minoristas de servicios de voz o datos) y mercados de acceso a infraestructuras (p.e., el mayorista de acceso al bucle local del operador histórico de telefonía).

ii) El subsegmento de las redes de comunicaciones electrónicas

Las redes constituyen la plataforma física del transporte de la señal y, a resultas del proceso de convergencia tecnológica, viene a ser indiferente cuál sea su medio soporte. Por otro lado, será lo excepcional que la señal viaje desde su origen hasta su destino a través de un mismo medio soporte y lo más normal será que, en su tránsito, abandone un tramo de red basado en determinado medio para ingresar en otro basado en un medio diferente (por ejemplo, la señal que, procedente del segmento espacial y de los transpondedores del satélite, llega a la antena instalada en tierra para, acto seguido, discurrir a través de las ondas hertzianas o de la red de cable).

En función de cuál sea su medio soporte o físico, las redes de comunicaciones electrónicas podrán ser alámbricas/fibrilares (fibra óptica, cable MODEM o par trenzado de hilos de cobre reforzado, en su caso, con técnica DSL: este último vendría a constituir tan sólo el último tramo de la Red Telefónica Pública Conmutada o RTPC) o inalámbricas (ondas hertzianas o espectro radioeléctrico y segmento espacial o recursos orbitales asociados al espectro). Dependiendo de que permitan la recepción de la señal por parte de su destinatario a través de ubicaciones fijas o de terminales móviles, las redes de comunicaciones electrónicas podrán también ser fijas o móviles.

Además, por fuerza de los principios de neutralidad y convergencia tecnológicas, será necesario despojarse de todo prejuicio que lleve a vincular una determinada plataforma a los servicios que tradicionalmente se han venido sustentando en la misma, toda vez que la pauta es la de que dicha concreta plataforma tienda a hacerse apta para proporcionar otros servicios muy diferentes. Así, tan red de comunicaciones electrónicas como cualquier otra será, por ejemplo, la basada en el tendido eléctrico en la medida en que sea utilizada para la transmisión de señales. Así también, la red de postes y antenas sobre la que se han venido históricamente prestando los servicios de difusión televisiva terrestre se erigirá en red de comunicaciones electrónicas idónea para el suministro a los usuarios de servicios interactivos y de la Sociedad de la Información. Y, del mismo modo, el par de cobre que, como hemos visto, no es más que el último tramo de la tradicional red telefónica fija servirá y, de hecho, sirve, como en *Imagenio* de *Telefónica*, para la prestación de servicios de difusión televisiva y de suministro de contenidos audiovisuales o de tráfico de datos (Internet).

A escala europea, los retrasos en los despliegues de la Red Transeuropea de Telecomunicaciones se han venido relacionando con la existencia en manos del incumbente del par metálico, auténtica clave de acceso al abonado, así como de las redes de TV por cable, que el mismo incumbente no tenía interés en desarrollar para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a fin de que la misma no entrara en competencia con su sección de telefonía fija (el cable suponía sólo el 10 % de los ingresos de los históricos de telecomunicaciones). A lo anterior había que sumar la existencia de importantes restricciones legales en los estados miembros (p.e., Francia) para la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de las redes de TV por cable. En parte, así se explica el retraso de los mercados de telecomunicaciones europeos con respecto a otros más desarrollados, como el norteamericano o el coreano, con excepciones, tan honrosas como singulares, en el caso de los mercados nórdicos sobre todo.

Por ejemplo, hacía 1998, año de liberalización, un 59 % de los usuarios europeos recurría a los servicios de operadores de cable controlados por los operadores históricos de telecomunicaciones. Esto era especialmente grave por ser RTPC y cable las dos únicas que

llegaban directamente al abonado, además de las dos únicas que le ofrecían interactividad con senda de ida y de vuelta para la señal. Precisamente, para poner freno a lo anterior, la Directiva 1999/64/CE de la Comisión vino a imponer la gestión de esas dos redes por personas jurídicas independientes. Estas previsiones se han mantenido en el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/77 de la Comisión; “Directiva de competencia”), si bien se contempla la posibilidad de dejar sin efecto la medida tan pronto se constata la existencia de un nivel adecuado de competencia entre infraestructuras o de desglose del bucle.

Además, la mayor presión competitiva en el último tramo vino de la aprobación del Reglamento 2887/2000/CE, el cual obligaba a los incumbentes de telecomunicaciones a abrir el bucle a los alternativos en condiciones de competencia y bajo una oferta de referencia. Tras la importante recesión de todo el segmento de las comunicaciones electrónicas (redes y servicios; *vid infra*) en Europa a lo largo de 2003, el mismo empezó a retomar el pulso a partir de 2004, al empezar a dejarse sentir los efectos de la aprobación del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, con medidas tan importantes como esa imposición del bucle local desglosado que sirvieron para sanear el juego de la competencia.

Sobre la base de lo anterior, fue posible que los operadores alternativos al incumbente avanzaran en la escalera de inversión: reventa, acceso indirecto, desglose compartido y desglose completo. En efecto, en 2008 en la UE frente a algo más de 23 millones de bucles desglosados de modo completo o compartido, había algo menos de 18 millones de bucles ofrecidos al por mayor a través del acceso indirecto o la reventa. También en España, pero en 2006, frente a los 939.000 de bucles en desglose completo o compartido, había menos de 600.000 en acceso directo o reventa.

Lo anterior presentaba una faz indudablemente procompetitiva, pues, cuanto más alto estuviera en la escalera de inversión, más opciones tenía el alternativo de conformar una oferta propia y diferenciada de la del incumbente con servicios audiovisuales avanzados, mayores velocidades, empaquetamiento de servicios, etc. Los precios de acceso al por mayor se hicieron también más competitivos. En el caso de España, se resaltaba, por ejemplo, la paradoja de que los precios mayoristas fueran de los más bajos de Europa, lo que se asociaba a la eficiencia de la Red de *Telefónica*, y de que los precios ofrecidos a los usuarios finales en servicios de banda ancha fueran de los más altos.

Sin embargo, a partir de 2007, la fortísima crisis global hizo mella en el sector. En España, aún en 2010, se percibía una disminución de la inversión en redes en torno al 17 % y de los ingresos por encima del 5 %. Siendo este el escenario, el despliegue de las redes de nueva generación se vislumbraba aún muy lejano.

Dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas el desarrollo de la banda ancha, en cuanto que tecnología de capacitación, se considera vital. En cuanto a lo que deba tenerse por banda ancha, tiende a no atenderse a un criterio variable, como es el de la velocidad de descarga, aunque difícilmente podrá hablarse de banda ancha en el caso de velocidades por debajo de los 128 Kbps/s en sentido descendente (de la red al usuario). Se presta así atención a otras características objetivas: conexión siempre en línea, disponibilidad a través de ella de servicios interactivos e innovadores, así como de voz, imagen y datos, etc. A escala mundial, por número de abonados, las conexiones de banda ancha se ordenarían de la manera siguiente: bucle inalámbrico, cable, fibra y ADSL. Por regiones, las mayores tasas de

crecimiento se dan por el orden siguiente: Asia, Oriente Próximo y África, Europa y América.

También a escala europea, a pesar de las crisis, la banda ancha fija se ha extendido a una enorme velocidad en la UE. No obstante, la llamada brecha digital se sigue percibiendo en diversos frentes: **(i)** entre estados miembros (p.e., en 2008 la diferencia entre los países con un mayor grado de penetración, sobre todo los nórdicos, y los de tasa más baja llegaba a situarse en los 28 puntos porcentuales); **(ii)** entre zonas rurales y urbanas, especialmente en el caso de ciertas plataformas como el cable; **(iii)** entre plataformas, dado que en ADSL y cable la banda ancha se extendía con mucha mayor velocidad que en satélite; por otra parte, como se ha dicho, se retardaba el despliegue de las redes de fibra a consecuencia de la crisis; **(iv)** entre operadores, pues los operadores históricos se mantenían en la mayoría de los estados con cuotas en el mercado de la banda ancha muy por encima del 50 %. A pesar de lo anterior, puede entenderse que el segmento de la banda ancha fija ha madurado ya en Europa. El turno es ahora para la banda ancha móvil, lo que se relacionará con el aprovechamiento de las frecuencias del espectro liberadas tras el apagón analógico (“dividendo digital”).

En España, el despliegue de la banda ancha ha venido en parte motivado por el deseo de los operadores de compensar la erosión de su negocio de voz a consecuencia del despliegue de la telefonía móvil. La plataforma mayoritaria de banda ancha es la que se basa en ADSL, aunque las hay alternativas como la basada en el cable. La tasa de penetración de la banda ancha fija (un 20,7 % de la población en 2009) estaba muy por encima de la que se refería a la banda ancha móvil (sólo un 3,2 % en ese mismo año). Por otra parte, la posición dominante del incumbente (*Telefónica*) determina que los parámetros competitivos (precio, calidad, velocidad, etc.) de la oferta de banda ancha en nuestro país estén muy por detrás de la de otros países de nuestro entorno.

En Europa, en los mercados de redes o infraestructuras de comunicaciones electrónicas, los problemas de competencia han derivado por tanto de la ausencia de infraestructuras alternativas al par de cobre en el último tramo de acceso al abonado (*last mile*).

En primer lugar, en cuanto a las alternativas inalámbricas, dejando al margen el caso del satélite, que pese a ofrecer mayor cobertura que el par de cobre presentaría, en cambio, una menor capilaridad o densidad y menos capacidad bidireccional, podría hacerse referencia al llamado bucle inalámbrico, que presenta limitaciones técnicas derivadas del empleo de onda corta que exige mantenerse en línea de visión con el nodo del operador. En Europa, donde pesa más que en EE.UU. la industria de la telefonía móvil que la de la informática, el retraso en el despliegue de la red 3G de telefonía móvil, ha abierto una ventana de oportunidad para ese tipo de bucles, como el Wifi, con su variante WiMax, que intentan aprovechar la necesidad de comunicación en lugares con elevado tráfico de personas. En España, operaciones como la de adquisición por *Telefónica de Iberbanda*, dedicada a esa clase de servicios, podía ser interpretada en clave claramente anticompetitiva y así lo hizo la CNC (*vid supra*).

En segundo lugar, en lo que se refiere a las alternativas alámbricas/fibrilares al par de cobre, las mismas presentarían también importantes desventajas competitivas con respecto al cobre. En el caso de las redes de cable para TV, las mismas exigen fuertes inversiones para dotarlas de bidireccionalidad, al estar inicialmente concebidas para prestar servicios de TV en un solo sentido. Ese mismo esfuerzo inversor se exige en el caso de las redes de fibra al hogar.

Esa falta de competencia en el bucle local, en manos del incumbente de telecomunicaciones, ha sido una importante fuente de restricciones al juego de la competencia. En este sentido, a pesar del ascenso de los alternativos en la escalera de inversión, cabe observar cómo se han venido reproduciendo importantes casos de abusos de posición dominante en la oferta mayorista de bucle local por parte de tales incumbentes. Normalmente, se ha tratado de abusos de posición dominante por estrechamiento de márgenes, por aplicar precios mayoristas a los alternativos que no les permitían sobrevivir en el mercado minorista, o, incluso, por cobrar por el desglose un precio mayor que el cobrado al usuario final por el servicio minorista.

P.e., (*vid supra*), (i) en 2003 la Comisión impuso una fuerte sanción a *DT* por pinzamientos; (ii) en ese mismo año también a *Wanadoo* por precios predatorios (no se pudo acreditar la integración vertical con FT y, por tanto, la existencia de *price squeeze*); (iii) de 2011 ha sido la sentencia del TJFUE, en la que declara la existencia de abuso de posición dominante de *Telia* en Suecia, destacando el Tribunal que no era obstáculo para lo anterior el hecho de que el incumbente no disfrutara de posición dominante en el mercado aguas abajo de los servicios de acceso a IT; (iv) también en 2007 la Comisión impuso a *Telefónica* una multa, sin precedentes entre las impuestas a los operadores de telecomunicaciones, aduciendo que el incumbente español había incurrido en tácticas de pinzamiento, que le habían permitido ganar cuota de mercado frente a los alternativos en servicios minoristas y que esa era una de las razones de que la banda ancha española fuera de las más caras de los países de la OCDE.

iii) El subsegmento de los servicios de comunicaciones electrónicas

El segundo componente del segmento de las comunicaciones electrónicas es el que conforman los servicios. Por servicio de comunicaciones electrónicas hay que entender, sencillamente, la actividad, normalmente remunerada, consistente en la transmisión de la señal a través de la red de comunicaciones electrónicas.

En algunas fuentes (Vg. Art. 2 de la Directiva Marco-2002/21/CE) se habla indistintamente de servicio de transmisión y servicio de transporte. En otras (p.e., Preconsulta pública de 2006 sobre definición y análisis de mercado de servicios de transmisión de señales de televisión y radio de la CMT española), en cambio, se concibe el servicio de transmisión como más amplio que el servicio de transporte y, a la vez, comprensivo de este último. En esta última concepción, la noción de servicio de transmisión englobaría otras dos más restringidas, a saber, la de servicio de transporte y la de servicio portador. La primera, la de servicio de transporte, aludiría a la transmisión de la señal hasta el último punto de red desde el cual será ya emitida con destino al usuario final. La otra, la de servicio portador, guardaría relación con ese último escalón de la transmisión, es decir, desde el último punto de presencia del operador de red (*Point Of Presence*; POP) hasta el destinatario final de la señal.

La definición de servicio de comunicaciones electrónicas en clave positiva a la que acabamos de hacer referencia – transmisión de señal a través de la red – se completa en las fuentes europeas (Art. 2 de la Directiva Marco) con algunas exclusiones que permiten una delimitación en negativo:

1. No son servicios de comunicaciones electrónicas los consistentes en el suministro de contenidos que hayan de ser transmitidos a través de las redes de comunicaciones

electrónicas. Así, y centrándonos en contenidos audiovisuales, no tienen el carácter de servicios de comunicaciones electrónicas los de video a la carta o bajo demanda (*video on demand*). Estos, antes de la última reforma de la Directiva 89/552, podían ser incardinados dentro del segmento de los servicios de la Sociedad de la Información a que nos referiremos. Sin embargo, esta última reforma supuso dar cuño legal a un nuevo segmento, a saber, el de la comunicación audiovisual, que pasa a englobar dos subsegmentos: **(i)** el de los servicios de comunicación audiovisual lineal o de difusión televisiva; **(ii)** el de los servicios de comunicación audiovisual no lineal o a petición integrado, precisamente, por los servicios de video a la carta.

2. No son servicios de comunicaciones electrónicas aquellos que supongan un control editorial sobre los contenidos que deban ser transmitidos a través de la red de comunicaciones electrónicas; lo que impide que lo sean los servicios de difusión televisiva en los que ese “control editorial” va de suyo al tratarse de servicios de “emisión primaria” (Vid Art. 1 de la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual).

Los perfiles de lo anterior pueden no obstante, en ciertos casos, hacerse difusos. Así, por ejemplo, en el borrador de anteproyecto de Ley General audiovisual, como hubo ya oportunidad de ver, se partía de que la difusión televisiva era un acto de comunicación pública en virtud del cual los contenidos de un canal se ponían a disposición del público merced a su conversión en señales electromagnéticas. Dentro de este concepto amplio tendrían cabida otros dos más restringidos, a saber, el de difusión primaria y el de redifusión.

Por difusión primaria habría que entender el acto de comunicación pública inicial, por lo que vendría a corresponderse con la “emisión primaria” de que hablaba la derogada Directiva 89/552. Por su parte, la redifusión no era más que la recepción y simultánea puesta a disposición del público, de manera íntegra y sin alteraciones, de los contenidos de canales que ya estaban siendo objeto de difusión primaria. Un supuesto de redifusión sería el del cumplimiento de las obligaciones de *carrier* por parte de los cableoperadores mediante la inclusión en su oferta de los canales de servicio público. En la medida en que, en la redifusión, el redifusor no ejercía control editorial sobre los contenidos, esta clase de servicios podrían encontrarse más cerca de los servicios de comunicaciones electrónicas (transmisión de señal) que de los de difusión televisiva en sentido estricto.

3. No participarán de la naturaleza de servicios de comunicaciones electrónicas los llamados servicios de la Sociedad de la información que, como acabamos de decir, definiremos más adelante, salvo cuando dichos servicios impliquen la transmisión de señal, como ocurriría, por ejemplo, en el caso del correo electrónico. Supone lo anterior que habrá servicios que puedan participar de la doble naturaleza de servicios de comunicaciones electrónicas y de servicios de la Sociedad de la Información y tal acontecerá, al margen del caso citado del correo electrónico y ciñéndonos más al ámbito televisivo, en los servicios de TV digital interactiva. En la medida en que el equipo terminal o televisor sea sólo utilizado para acceder, por poner un ejemplo, a una página *web* habrá que hablar de servicio de la Sociedad de la información, mientras que si el mismo televisor se empleara, Vg., para la contratación a distancia cabría hablar también de servicio de comunicaciones electrónicas, tomando en cuenta que mediará la

transmisión de señal a través de una red de comunicaciones electrónicas para la comunicación de las declaraciones de voluntad contractual, oferta y aceptación.

En cuanto a la evolución a escala europea de los servicios de comunicaciones electrónicas, podríamos empezar por referirnos a los servicios de telefonía fija. Los mismos han venido experimentando una fuerte regresión por la presión ejercida por los servicios de telefonía móvil y de acceso a internet. En todo caso, mantienen su importancia (p.e., en 2009, en España, en torno al 80 % de los hogares mantenía contratada una línea fija). La mayor competencia ha hecho retroceder la cuota de los incumbentes europeos, sobre todo en llamadas internacionales y nacionales de larga distancia. Sin embargo, su posición dominante sigue siendo muy clara, sobre todo, en llamadas locales.

Más vinculados a la comunicación audiovisual que los anteriores se situarían los servicios de telefonía móvil. En el mundo, las mayores tasas de penetración de esta clase de servicios se ajustaban a la siguiente prelación: Europa Occidental, Japón, América del Norte, Europa central y oriental, América Latina, Oriente Medio y África. La tecnología GSM puso, con sus elevadas tasas de expansión, muy alto el listón para su sucesora, la UMTS. Tras haberse superado la fase en la que los servicios de valor añadido de transmisión de datos habían actuado como motor de expansión del mercado, las principales esperanzas se situaban en los servicios audiovisuales a terminales móviles.

En Europa, se percibía ya un alto grado de saturación de los mercados de los servicios móviles. Aún siendo menor que en banda ancha (ver más arriba), se notaba, no obstante, la existencia de brecha entre estados como Luxemburgo, Dinamarca, Italia o Lituania y otros más atrasados como Bélgica o Países Bajos. Entre 1998 y 2000 los alternativos en los mercados europeos consiguieron captar en torno a un 50 % de la cuota de mercado de las filiales móviles de los incumbentes. A partir de ese bienio siguieron ganando cuota, pero a un ritmo mucho más reducido. Lo anterior se tradujo en importantes y sensibles rebajas de precios.

Como se ha dicho, el principal motor de expansión de los servicios móviles vendrá de la prestación de servicios audiovisuales a esa clase de terminales. En este sentido ha de destacarse la liberación de frecuencias para permitir la prestación de esa clase de servicios. En 2008 más de un 11 % de los abonados a servicios móviles en Europa contaba con un móvil 3G y los países nórdicos e Italia eran los que presentaban unas mayores tasas de penetración. España, aunque por detrás, no se encontraba muy lejos.

Centrados en el mercado español, en 2009, la existencia de más de 52 millones de líneas dadas de alta representaban un 112 % de tasa de penetración y denotaban la madurez del mismo. La existencia de un mayor número de clientes con contrato demostraba también esa madurez. La filial móvil de *Telefónica (Movistar)* tenía en torno a un 44 % del mercado y por detrás de ella se situaba *Vodafone*, con algo más del 31 %. La saturación del mercado obligaba a los entrantes (*Orange*) a protagonizar ofertas muy agresivas, dejando muy poco margen para la inversión en I + D para el desarrollo de servicios innovadores.

c) El segmento de los contenidos

Por contenidos cabría tener la información que, convertida en señales electromagnéticas, transita por la red de comunicaciones electrónicas; entendida dicha información en el más amplio sentido, comprensivo de toda clase de imágenes y sonidos (*“signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza”*, en términos de la misma Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones). Dentro de los contenidos *lato sensu*, los que guardarán más relación con el ámbito en el que nos movemos serán los contenidos audiovisuales y los interactivos. Es usual (Vg. preámbulo de la Directiva 2002/77) utilizar el término “transmisión” para asimilarlo a los de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas y para comprender dentro del mismo los conceptos de redes y servicios a que acabamos de hacer referencia. Del mismo modo, el concepto de transmisión suele emplearse como contrapuesto al de “contenidos”.

En el ámbito de los contenidos la existencia de una importante diversidad lingüística, cultural y normativa en Europa sería la causa más significada de la fragmentación del mercado, máxime considerando que todas las iniciativas comunitarias en la materia no sólo no intentan combatir esa diversidad, sino, todo lo contrario, estimularla. En sede de contenidos no son tampoco raras proclamas como las referentes al mantenimiento de las medidas de carácter nacional dirigidas a preservar la libertad de expresión o el pluralismo informativo.

Estas razones, junto con otras de índole tal vez más coyuntural, como la existencia de *output deals* (pactos de fuerte exclusividad y larga duración) en la comercialización de la producción procedente de los *majors*, tan dañinos para la competencia y prohibidos en USA, explicarían el retraso del mercado audiovisual europeo con respecto al americano, dotado de una mayor homogeneidad lingüística y cultural, a la vez que liberado de valores más presentes en la vieja Europa. Esta situación intenta ser, si no revertida, sí al menos suavizada en el ámbito de la UE mediante programas que, entre otras medidas, propugnan el empleo de formatos *off line* (DVD) en soporte multilingüe (programa *Media Plus*).

A esa situación de retraso tampoco es ajena la ausencia de un sistema estandarizado de gestión de los derechos de propiedad intelectual (DRM) o de soluciones propietarias bastantes a cubrir tanto el entorno internet como el modelo de comunicación audiovisual a través de difusión. Se tiende a pasar del *Copyright* al *Right to Copy* o *Copyleft* y la búsqueda del modelo de negocio pasa a centrarse, sobre todo, en la forma de rentabilizar el derecho a la copia que se reconoce a los internautas y usuarios. Se sitúan aquí iniciativas como la de *Creative Commons*, que se presenta como sistema para ofrecer un rango flexible de protección de sus derechos a los autores y artistas. Se trata de una evolución del tradicional *“todos los derechos reservados”* hacia un *“algunos derechos reservados”* o, incluso, *“ningún derecho reservado”*. Iniciativas como la anterior no han servido, no obstante, para paliar la absoluta fragmentación del mercado audiovisual, que dificulta enormemente la creación de una cadena de valor o círculo virtuoso en torno a los contenidos digitales en la red y, acaso, hubiera que plantearse hasta qué punto lo anterior puede haber influido en la enconada crisis económica y global a la que se ha asistido en los últimos años. En este sentido, puede interpretarse como una no buena noticia el rechazo del Parlamento Europeo del ACTA [v. *“Statement by EU Trade Commissioner Karel De Gucht on European Plenary Vote on ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement)”* en European Commission/Trade/Tackling unfair trade/ACTA].

En línea también con lo anterior podría situarse en España toda la polémica suscitada a propósito del llamado “canon digital”. La copia privada estaba reconocida por la ley como una cesión de derechos del autor, o de quien los poseyera, y era un límite a la exclusividad de los derechos de explotación de la obra. Es decir, se autorizaba copiar obras para uso personal (no para uso colectivo), siempre que no se hiciera negocio con esas copias. La compensación equitativa por copia privada (el llamado canon) era un mecanismo de compensación a los titulares de los derechos de autor por las copias privadas. Con ese canon se gravaba los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital indiscriminadamente, de modo que los fabricantes, importadores o distribuidores habían de abonar dicho canon a las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.

La sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010 en el asunto C-467/08, decidió en un caso que enfrentaba a la sociedad *Padawan*, que vendía dispositivos de almacenamiento electrónico (CD-R, DVD-R, MP3...), y a la SGAE, que le reclamaba el pago de una compensación a tanto alzado por copia privada. La Corte entendió que el canon digital por copia privada se estaba aplicando de forma ilegal en España, porque el mismo, establecido a favor de artistas, autores y productores, sólo podía gravar los equipos y materiales de reproducción digital que presumiblemente se fueran a destinar a la realización de copias privadas y no podía exigirse de forma indiscriminada a empresas y profesionales, que claramente adquirieran los aparatos y soportes materiales para otras finalidades ajenas a la copia privada, porque ello no era compatible con la normativa comunitaria, ya que no constituía “una compensación equitativa”, en el sentido que recogía la Directiva 29/2001, a la que podían tener derecho los afectados (los titulares de derechos de propiedad intelectual y los obligados directa o indirectamente al pago).

Junto a opciones como las anteriores, de contenido más constructivo, se sitúan otras más enfocadas hacia la simple represión de la piratería, en un intento por evitar que ésta termine por destruir en Internet la cadena de valor asociada a la creación intelectual. En el caso de España, las reticencias de la autoridad judicial a la hora de aplicar sanciones civiles o incluso penales para reprimir las vulneraciones de derechos de propiedad intelectual en la red, se han intentado superar con iniciativas legislativas como las que dimanaron de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Tales iniciativas permitirían que la Administración pudiera, con autorización judicial en cuanto pudieran verse afectados los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución, interrumpir la prestación de un servicio de la sociedad de la información o retirar los contenidos que vulnerasen la propiedad intelectual por parte de un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, o que hubiera causado o fuera susceptible de causar un daño patrimonial.

d) El segmento de la comunicación audiovisual

i) Identificación de subsegmentos

Abandonando los conceptos de comunicaciones electrónicas, o de la transmisión o de las telecomunicaciones, si se quiere, y de los contenidos a que acabamos de hacer referencia, otros dos que se presentan y que convendrá tener claros son los ya avanzados de servicios de comunicación audiovisual y servicios de la Sociedad de la Información. Dentro de los primeros cabrían, como se adelantó:

1. Servicios de comunicación audiovisual lineal (difusión televisiva).

2. Servicios de comunicación audiovisual no lineal o a petición (video a la carta).

Ha de observarse que esta sistematización no se corresponde exactamente con la que hemos seguido a la hora de estudiar los diferentes mercados. En efecto, por razones de simplificación, se habló allí de un segmento de la difusión televisiva comprensivo de dos mercados: el de la audiencia o los telespectadores (TV en abierto) y el de la TV de pago. Dentro de este último mercado de la TV de pago, conforme al criterio de las autoridades de la competencia (ver, por todas, decisión de la Comisión en el asunto COMP/M. 2876 — *Newscorp/Telepiù*) tendrían cabida los servicios de video a la carta. Estos últimos, atendiendo a la nueva regulación, aun siendo servicios de comunicación audiovisual no lo serían, sin embargo, de difusión televisiva.

ii) El subsegmento de la comunicación audiovisual lineal: difusión televisiva

En cuanto a estos servicios, puede darse por buena la definición, ya adelantada, recogida en el borrador de anteproyecto de Ley General Audiovisual. Consistirían en la comunicación pública primaria de los contenidos de los canales que se ponen a disposición del público mediante su conversión en señales electromagnéticas. El rasgo definitorio del concepto de servicio de difusión televisiva reside en la iniciativa o control editorial ejercidos por el difusor u organismo de radiodifusión encargado de conformar la parrilla de programación (ver también el Art. 2 Ap. 2 de la LGCA). De otro lado, la diferencia esencial entre estos servicios y la otra categoría de servicios de comunicación audiovisual de que a continuación nos ocuparemos radica en que los servicios de difusión televisiva son servicios punto-multipunto, en tanto que los de video a la carta son servicios prestados a petición individual de su destinatario (puede verse el Anexo V de la Directiva 98/34).

iii) El subsegmento de la comunicación audiovisual no lineal o a petición: video a la carta

Dentro de este subsegmento tendrían cabida los servicios de video a la carta o *video on demand*. La definición de ésta categoría de servicios es la que resulta del Art. 1 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual: “*un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación*”. Es decir, que, como en el caso de los servicios de difusión televisiva, la iniciativa editorial procede del prestador de esta clase de servicios; sin embargo, a diferencia de aquellos, el destinatario no sólo decide si accede a los contenidos, sino también el momento de verificar ese acceso.

La interactividad y la personalización de los servicios – cuya implantación presupone un entorno económico favorable (*Vid Supra*: informe de *Arthur Andersen*) - habrán de conducir a un nuevo escenario en el que la iniciativa del usuario iría teniendo un peso cada vez mayor a la hora de decidir el contenido al que quiere acceder y el momento de verificar ese acceso. La consecuencia más inmediata de lo anterior podría ser la de la dilución de las diferencias existentes hasta hoy entre servicios de difusión televisiva y servicios de la Sociedad de la Información, al ceder en importancia las iniciativas editoriales (Vg. de confección de

canales) frente a la referida iniciativa individual del usuario (los contenidos estarían colgados de la red a la espera de que cualquier interesado decidiera llegar a ellos).

De esta manera, más que de Sociedad de la Información sería dable hablar de una Sociedad de los Contenidos, ya fueran estos informativos o de cualquier otra clase (no es casual que el Programa plurianual comunitario de estímulo al desarrollo y el uso de contenidos digitales europeos en las redes mundiales y de fomento de la diversidad lingüística en la Sociedad de la Información haya sido bautizado con el nombre de “eContenidos”).

La Comisión (v. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de tercera generación, COM/2003/0410 final) ha venido a distinguir dentro del conjunto conformado por los servicios de TV digital interactiva entre una “interactividad verdadera” y una “interactividad simulada”; a esta última también la llama “radiodifusión mejorada”.

En la “interactividad simulada” no cabría del todo hablar de servicios de la Sociedad de la Información, al no cumplirse el requisito de la “petición individual”. En este caso, los servicios interactivos y multimedia quedarían incorporados de modo permanente a la señal de video, posibilitando su selección “a tiempo real” por el espectador o su almacenaje en disco duro (como en *Imagenio* de Telefónica) ofreciendo, en este último caso, una interactividad de área local. La “interactividad verdadera” hace referencia a la petición de un individuo transmitida a través de un “canal de retorno”, a la cual responde el proveedor de servicios facilitando los datos y los servicios solicitados con independencia del programa de vídeo principal.

e) El segmento de la Sociedad de la Información

Por último, y terminando con estos previos dedicados a la fijación de conceptos que nos permitirá seguir destilando conclusiones, es preciso abordar el concepto de servicios de la Sociedad de la información. En este sentido, más que una definición legal de los mismos, lo que se encuentra en el Art. 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, es una descripción a base de dejar apuntadas las características principales de esta clase de servicios cuyas formas de manifestación pueden ser innúmeras.

Dichas características son las que parten del hecho de tratarse de un:

1. Servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración;
2. Servicio prestado a distancia, porque las partes no se encuentran presentes simultáneamente en el mismo lugar;
3. Servicio prestado en línea o por vía electrónica, en el sentido de enviarse desde su fuente y canalizarse a través de medios electromagnéticos alámbricos o inalámbricos y recibirse por su destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos dentro de los que se incluye la compresión digital; y

4. Servicio prestado a petición individual en el sentido de tener lugar la transmisión de datos tras solicitud de su concreto destinatario.

Este segmento de la Sociedad de la Información, junto con el de las comunicaciones electrónicas, viene así a vincularse al denominado sector de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, el cual es considerado como motor de desarrollo de otros y como motor de la nueva revolución industrial que Internet ha supuesto. En España aunque este sector presentaba una tasa de crecimiento superior a la media Europea en 2004, ya se advertía de que la falta de inversión en I + D junto con otros factores privaban de la necesaria consistencia a ese crecimiento y así, en 2009, este sector vivía en nuestro país el peor año de su historia, peor incluso que el vivido con el estallido de la burbuja de internet.

Por otra parte, ya en 1993 (P. Drucker: *“La sociedad post-capitalista”*; op. cit) se daban esfuerzos teóricos encaminados a subrayar que la Sociedad de la Información, en cuanto supone la amplia disponibilidad de información para el público, debe acompañarse de un *plus* de interpretación y crítica, para poder ser calificada como Sociedad del Conocimiento. Además, los esfuerzos europeos en el contexto de la conocida como “Estrategia de Lisboa” han apostado por una amplia conectividad como primer paso para combatir la exclusión o brecha digitales, sin embargo, ha llegado a entenderse que para que lo anterior se traduzca en verdaderos incrementos de productividad es necesario que esa amplia conectividad sea aprovechada para la prestación de servicios verdaderamente novedosos o innovadores.

Constatado que, en el largo plazo, una economía no pueda llegar a crecer sobre la base de la simple agregación de factores, el cambio tecnológico o de innovación que las TIC ofrecen se revela esencial para que, con unos mismos niveles de capital y trabajo, resulte posible alcanzar unos mayores niveles de producción. En la sociedad post-industrial definida por Bell en 1973, el crecimiento debía basarse en la economía de la información, es decir, en la manipulación de bienes inmateriales, superando así el modelo fordista que implicaba la producción masiva de bienes de consumo a partir del empleo masivo de mano de obra (pleno empleo) y del consumo masivo de productos con un alto coste energético y de materias primas.

Se pretende definir a partir de lo anterior un ciclo virtuoso: la innovación en el sector TIC incrementa la producción y la productividad dentro del mismo - ello conduce a la mejora de la calidad y del precio de los productos y servicios TIC – ello conduce a una reducción de los costes de producción en el sector no TIC – ello conduce a una mayor inversión en I + D en el sector no TIC - todo lo anterior se traduce en un incremento de la productividad de los factores de producción, a saber, capital y empleo.

En EE. UU. diversos estudios concluyen que la contribución del capital TIC al crecimiento económico estadounidense, supera de una manera palmaria a la del resto de capital (no TIC), fundamentalmente a partir de la década de los 90. Por otra parte, los estudios elaborados para la economía europea muestran que el crecimiento de las ramas productoras de las TIC y la mayor utilización de estos bienes como factor productivo han tenido también un efecto positivo sobre la expansión del PIB, aunque inferior que en el caso americano. En el caso español, el fuerte crecimiento económico experimentado al entrar en el segundo milenio se basó más en el incremento de la producción que de la productividad, más en la creación de empleo que en la inversión en capital, lo que llevaba a que ese crecimiento fuera más para el corto que para el largo plazo (el gasto en I + D procedente del sector privado se ha venido

situando en torno al medio punto del PIB, menos de la mitad del promedio de la UE y una tercera parte del promedio correspondiente de la OCDE).

Como ya ha habido oportunidad de adelantar, los servicios de la Sociedad de la Información más relacionados con nuestros objetivos serían los llamados de TV interactiva; una vez incluidos los de video a la carta dentro del segmento de la comunicación audiovisual conforme a lo que acabamos de ver. Debe insistirse, además, en la tendencia a la progresiva dilución de las diferencias entre comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual y en su cada vez más cercana absorción por el segmento de la Sociedad de la Información.

f) Los principios de neutralidad y convergencia tecnológicas y sus efectos

Hecha esta primera aclaración de conceptos, puede resultar procedente recordar cuál sería el alcance de los principios de neutralidad y convergencia tecnológica. El segundo vendría a ser consecuencia del primero: en la medida en que se tenga por indiferente cuál sea la tecnología empleada para la prestación de los servicios de que se trate – que eso es la neutralidad –, lo más probable será que todas esas tecnologías converjan hacia una sola.

El proceso de convergencia tecnológica quedaría embebido en otro de más profundo calado, no otro que el de la globalización y la implantación de la Sociedad de la Información, donde sería dable hablar de una nueva revolución industrial y en los modos de producción y aún de una crisis de los valores tradicionales, supuesto que en ese nuevo escenario todo se mezcla y confunde y apenas si resulta posible el mantenimiento de las identidades.

La culminación de tal proceso de convergencia habría previsiblemente de llevar a la implantación de una única red, amalgama de todas las existentes, como consecuencia de la plena imposición de los principios de interconexión, interoperabilidad y neutralidad tecnológica, de tan importante papel en la dilución de barreras de entrada, y de un único servicio consistente en el transporte de señal ya sea de radiodifusión televisiva o de cualquier otra naturaleza. Esta sería la filosofía que animaría la implantación de una Red Transeuropea de Telecomunicaciones basada en redes de comunicaciones integradas de banda ancha (CIBA) en términos como los expuestos en otros lugares de este trabajo.

Ya se ha dicho en otros pasajes de la tesis que estos dos principios, neutralidad y convergencia tecnológicas, dejan sentir sus efectos en varios niveles:

1. En el de los **equipos terminales** que se aspira a que sean multifunción. Así cuando, por ejemplo, se pretende que un teléfono móvil deje de ser un teléfono (equipo terminal concebido para facilitar al usuario servicios de voz), para pasar a ser una terminal de datos, en el sentido de equipo diseñado para la prestación a ese mismo usuario de servicios de Internet y de la Sociedad de la Información o, incluso, un televisor portátil una vez se produzca la definitiva implantación tecnológica precisa.
2. En el de las **infraestructuras de red o plataformas** donde se aspira a un entorno multiplataforma en el que todas ellas converjan hacia una plataforma de red única y universal. Lo anterior cuando, Vg.: (i) se realizan adaptaciones en la Red Telefónica Pública Conmutada (RTPC), potenciando la capacidad del par trenzado de hilos de cobre, mediante tecnologías *Digital Subscriber Line* (DSL), a fin de que la misma

resulte apta para el suministro de contenidos audiovisuales bajo demanda (video a la carta – recuérdese - : servicio de comunicación audiovisual no lineal) y servicios televisivos (servicio de comunicación audiovisual lineal); (ii) cuando la red soporte de los servicios de difusión televisiva terrenal se pretende destinarla a la prestación de servicios interactivos que - recuérdese también – se encuentran a caballo entre los servicios de comunicaciones electrónicas y los de la Sociedad de la información; o (iii) cuando las redes de satélite y, sobre todo, las de cable se emplean indistintamente para la prestación de servicios de telefonía, televisión y acceso y tráfico de datos (Internet).

La Comisión, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de tercera generación, COM/2003/0410 final), se ha expresado en los siguientes términos: *“Las infraestructuras de comunicaciones actuales se caracterizan por la existencia de «islas de conectividad» más o menos aisladas. Algunas de estas islas (como la red telefónica) tienen un alcance (casi) planetario, pero acaso con una funcionalidad limitada (p. ej., voz o datos en banda estrecha). Otras cuentan con capacidad de banda ancha, pero padecen limitaciones geográficas, pues los servicios sólo se ofrecen localmente. Existe una tendencia hacia una interoperabilidad creciente entre estas «islas». Esto se debe en parte a la tecnología, pues la digitalización de las redes actuales contribuye sustancialmente a que sea posible hacerlas interoperables, en parte al mercado, pues los usuarios desean tener la posibilidad de acceder a los servicios ofrecidos por diferentes prestadores desde dispositivos distintos y en lugares y situaciones diferentes, y en parte a la reglamentación, pues el nuevo marco regulador de la UE pretende crear una situación de igualdad de condiciones con una normativa neutra con respecto a la tecnología que favorece la aparición de un entorno multiplataforma competitivo”.*

En materia de espectro, destacable era el dato de que en las CMRs de 2000 y 2003 no se hubieran realizado pronunciamientos sobre cambios en canales o posiciones orbitales que pudieran primar a un medio de difusión (Vg. satélite) frente a otro (cable, por ejemplo) ni tampoco sobre cuestiones tan vitales como la extinción de la tecnología analógica en beneficio de la digital o los retos derivados de la necesidad de replantear los criterios de asignación de frecuencias a la luz del proceso de convergencia tecnológica. Se percibía aquí una situación de *impasse* en que parecía querer mantenerse el *statu quo* a la espera de conocer los derroteros que habría de tomar esa convergencia. Ahora bien, sí parecía que el futuro pasaba por la identificación de nuevas bandas que permitieran la transmisión de servicios multimedia de banda ancha a través de satélites y sistemas sin hilos. La convergencia tecnológica conduciría así a un escenario de comunicación interactiva y bidireccional de datos sonoros y visuales a través de redes inalámbricas. En su informe *“Digital-life 2006”*, la UIT reflexionaba sobre los cambios que ha introducido la tecnología digital en todo el mundo, y que se podrían resumir en que las comunicaciones cada vez son *“más digitales, más móviles y más anchas”*. Estos planteamientos se vieron, en efecto, confirmados en la CMR de 2007.

3. En el de los servicios, cuando tienden a asimilarse, por poner un ejemplo, las actividades necesarias para la prestación de servicios televisivos sobre protocolo de Internet (TV sobre IP) y para la prestación de los servicios de la Sociedad de la

Información o las actividades precisas para el suministro de servicios de TV convencional (servicio de difusión televisiva) y servicios de TV interactiva (servicio de la Sociedad de la Información o de comunicaciones electrónicas) sobre la red terrestre o de ondas hertzianas.

4. En el de los contenidos que tienden a hacerse multimedia. Y así cuando la información, en el más amplio sentido apuntado más arriba, permite ser convertida en un cúmulo de señales electromagnéticas para pasar a ser transmitida a través de cualquier red y reproducida en cualquier terminal.

Aún cabría añadir a esos cuatro niveles en los que los principios de convergencia y neutralidad despliegan sus efectos un quinto constituido por los que la Directiva Marco llama recursos asociados a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Éstos, aún sin formar parte de la red de comunicaciones electrónicas, resultan ser un complemento de la misma indispensable para que, a través de ella, puedan prestarse los servicios de referencia a los usuarios finales. Aquí tendrían cabida una serie de elementos más o menos heterogéneos a los que ya nos hemos venido refiriendo a lo largo de la tesis y que convendrá recordar ahora a los efectos de avanzar en la formulación de conclusiones.

Estarían, en primer lugar, los equipos avanzados de TV digital integrados por los descodificadores, incorporados al propio televisor o externos al mismo, que hacen del aparato de televisión una terminal apta para suministrar a los usuarios finales servicios de TV digital convencional, pero también de TV interactiva; los cuales, como se ha venido repitiendo, no serían servicios de difusión televisiva, sino más bien de la Sociedad de la Información o de comunicaciones electrónicas. El descodificador, aparte de asociarse a los servicios de TV digital convencional e interactiva, que está por ver si serán o no de pago al tratarse de un mercado emergente, forma parte integrante de lo que en el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas se denomina sistema de acceso condicional, que no es más que una técnica que permite condicionar el acceso inteligible al servicio protegido de difusión televisiva al pago de una cuota o a otra autorización individual previa; al cual puede también asociarse una tarjeta inteligente que, insertada en el decodificador, permite el disfrute de tan sólo los servicios efectivamente contratados.

Esa idea de la autorización individual previa, que resulta de la definición de sistema de acceso condicional incluida en el Art. 2 de la Directiva Marco, podría llamar a confusión entre los servicios de difusión televisiva sometidos a esa autorización individual previa (TV de pago) y los servicios de comunicación audiovisual consistentes en el video a la carta sujetos, como se vio, a petición individual. El matiz de diferenciación habrá que situarlo, como se vio, en que en los primeros existe una emisión punto/multipunto, aun cuando los servicios prestados no puedan disfrutarse por todos los usuarios incluidos en el área de cobertura, sino sólo por los que efectivamente los hayan contratado.

Además, cabría tener por recurso asociado la Interfaz del Programa de Aplicación (API), que sería la conexión física y funcional entre el decodificador del usuario y las aplicaciones (programas informáticos preparados para un uso determinado) puestas a disposición pública por los difusores televisivos y los prestadores de servicios interactivos. Tendríamos también como recurso asociado las Guías Electrónica de Programación (EPGs), que son un sistema de navegación que permite al usuario visualizar y elegir entre los diferentes canales de TV y servicios conexos o accesorios, como son los interactivos, y acceder directamente a los

misimos. Por último, podrían citarse como recurso asociado las antenas parabólicas de recepción que, instaladas en los hogares, permiten la prestación al usuario sobre redes de satélites de servicios de difusión televisiva (en el sistema directo al hogar, *direct to home* o DTH), servicios de comunicaciones electrónicas (telefonía o acceso y tráfico a redes de datos) o de la Sociedad de la Información (servicios interactivos o acceso a *webs*).

Con relación a estos recursos asociados, los principios de neutralidad y convergencia tecnológicas quedan garantizados por el juego del de interoperabilidad. La Comisión (v. Ap. 1.3 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de tercera generación - COM/2003/0410 final) reflexiona sobre el concepto de interoperabilidad en los siguientes términos: *“El Instituto Europeo de Normalización de las Telecomunicaciones (ETSI) define en STF228 la interoperabilidad (desde el punto de vista del proveedor) como «la capacidad de facilitar la comunicación entre usuarios finales a través de un entorno combinado de diferentes dominios, redes, recursos, equipos, etc. de diferentes fabricantes y (o) proveedores. En este contexto, se entiende que la comunicación es entre usuarios finales o entre un usuario final y un prestador de servicios». Para un operador de red, esto significa la capacidad para interfundionar con otras redes y prestar servicios sin fisuras a los usuarios; para un proveedor de contenidos o un prestador de servicios, implica la capacidad de hacer funcionar una aplicación o servicio en cualquier plataforma de entrega adecuada. Para un consumidor, interoperabilidad puede significar idealmente la capacidad de adquirir el dispositivo terminal pertinente «y empezar a consumir y pagar servicios sin tener conocimiento previo de qué servicios se consumirán, de forma sencilla». Sin embargo, en futuros entornos de servicios interactivos, empezará a desdibujarse la distinción entre proveedor y consumidor. Se espera que los usuarios comiencen a enriquecer y crear sus propios contenidos y servicios, convirtiéndose así en proveedores y consumidores de servicios al mismo tiempo”*.

La interoperabilidad supone la necesidad de que los diversos servicios de TV digital convencional e interactiva suministrados a los usuarios finales resulten compatibles con los diferentes descodificadores comercializados y la forma de lograrlo no es otra que la de imponer interfaces del programa de aplicación abiertos y estandarizados, es decir, ajustados al criterio del organismo europeo de normalización (admitiéndose en las normas europeas la extensión de esta obligación a otras pasarelas como serían, fundamentalmente, las guías electrónicas de programas).

g) Los efectos de la digitalización

Si esenciales resultan los principios de convergencia y neutralidad tecnológicas traídos más arriba a colación, esencial resulta también el proceso de digitalización estrechamente vinculado a los anteriores.

Como es sabido los códigos para representar la información pueden ser analógicos y digitales. Mientras la forma analógica consiste en recoger y transmitir variaciones continuas en el fenómeno sobre el que versa el mensaje, en la representación digital de la información se parte de reducir el universo de casos posibles a un conjunto numerable y de asignar a cada uno de ellos uno o varios símbolos elegidos de entre un repertorio finito. Cualquier

información es susceptible de ser digitalizada ya que cualquier código por el que se exprese o se conserve puede traducirse a otro tipo de números, de aquí el nombre de digitalización o conversión a dígitos. En definitiva, toda información, cualquiera que sea su naturaleza puede convertirse en una secuencia de bits. Así, la digitalización no es otra cosa que el procesamiento o tratamiento del mensaje mediante su reducción a dígitos que permite su transmisión de manera casi instantánea y el máximo aprovechamiento de las posibilidades de la red soporte.

Tras de la anterior definición pueden vislumbrarse las importantísimas consecuencias que la digitalización acarreará en los mercados de los que nos hemos venido ocupando. Entre ellas, podría comenzar por destacarse la ruptura de barreras de entrada tradicionalmente existentes. Así, al permitir el disfrute de contenidos en diversos idiomas, la digitalización llevaría aparejada la atenuación de barreras lingüísticas que han supuesto hasta hoy la fragmentación del mercado audiovisual europeo. La digitalización permite también concebir proyectos como el del llamado “cine electrónico” o “cine digital”, que supondría llevar directamente hasta la gran pantalla la señal audiovisual, lo que, ciertamente, implicaría modificación de los canales de distribución del cine en Europa, copados, a día de hoy, por las grandes productoras norteamericanas.

Del mismo modo, al entrañar un más racional aprovechamiento del espectro, supondría relativizar la importancia de esta barrera de entrada y propiciar la aparición de lo que la Comisión ha llamado “dividendo del espectro”, es decir, un remanente de frecuencias que podrán ser aplicadas a servicios nuevos e innovadores o convergentes, como los de suministro de contenidos audiovisuales sobre redes móviles. Relacionado con este último extremo, cabría también destacar las esperanzas puestas en el proceso de digitalización como palanca que permita dotar de un definitivo impulso al proyecto de desarrollo de la TV de alta definición, que exige un ancho de banda superior al de la TV analógica o convencional.

Aparte de este efecto de atenuar barreras de entrada en los mercados existentes, la digitalización ha llegado a propiciar la aparición de nuevos mercados, siendo éste el caso de, por ejemplo, la edición y comercialización de canales temáticos, opción que nace asociada al multiplexado o inclusión de varios canales dentro de un múltiple digital y, también, el de los servicios de TV interactiva. Con relación a estos últimos, se insiste en las fuentes europeas en la necesidad de propiciar plataformas abiertas basadas en interfaces del programa de aplicación y guías electrónicas de programación adaptados al criterio de los organismos europeos de normalización a fin de neutralizar los efectos de posibles barreras tecnológicas.

Otros efectos de la digitalización se concretan en una mejora de las prestaciones ofrecidas a los televidentes: mejor imagen y sonido, aumento de cadenas y programas, posibilidades de recepción móvil y portátil y de interactividad, contribución a la satisfacción de las necesidades de determinados colectivos como los discapacitados sensoriales (Vg. mediante la introducción de subtítulos), por poner sólo unos ejemplos.

También podría destacarse la fragmentación de audiencias derivada de la multiplicación de canales que conducirá a una dispersión de los ingresos por publicidad y a la necesidad de acudir a otros modos de financiación, fundamentalmente, los pagos directos procedentes de los abonados; si bien, también cabe que la publicidad se invista de una mayor eficiencia al dotarse de una mayor especificidad dirigiéndose a nichos de audiencia más definidos. Esa fragmentación de audiencias podría llevar también a un aumento de concentraciones en el sector de la producción audiovisual, en un intento por compensar la pérdida de ingresos

derivada de las dificultades a la hora de concentrar audiencias sobre una determinada obra audiovisual.

Y no sólo en el referido sector de la producción audiovisual habría llevado la digitalización a la concentración de empresas, sino también en otros como los de la difusión televisiva o las comunicaciones electrónicas: el soporte digital permite la difusión del contenido a través de todas las redes, siendo ésta la causa de que organismos difusores y operadores de telecomunicaciones busquen integrarse para lograr economías de gama. En Europa, la búsqueda de estas sinergias se habría visto acentuada en el ámbito del mercado de la TV de pago con la crisis del sector, sensible ya a partir de 2001, y cuyos efectos negativos intentaron paliarse, precisamente, a través de esas concentraciones (tal aconteció en nuestro país con la fusión digital, pero ya antes incluso con el proyecto de creación de *Cablevisión*; ambas operaciones respondían a un intento de concertación entre *Telefónica*, activa en el sector de la transmisión, y *Sogecable*, que lo estaba en el de los contenidos).

El proceso de implantación de la TV digital en Europa está siendo más lento que en Estados Unidos. La principal plataforma de impulso de la digitalización en TV viene siendo en el Viejo continente la satelital, seguida, a mucha distancia por la de cable. El proceso exigía un especial esfuerzo en el caso de la plataforma terrestre que ofrecía un ancho de banda muy inferior a las dos anteriores, al margen de otras dificultades como, por ejemplo, las inherentes al despliegue de antenas que permitieran alcanzar un determinado grado de cobertura, a la adaptación de las antenas colectivas de los edificios, a la instalación de descodificadores o la adquisición de contenidos audiovisuales con un valor diferenciador con relación a los emitidos en analógico.

En Europa, hasta 2002 la televisión digital experimentó altas tasas de expansión con la plataforma satelital como su principal motor. En 2002, con la crisis de todo el sector televisivo, esas tasas bajaron notablemente. Sin embargo, se produjo una cierta compensación pues, al bajar menos esas tasas en los países en los que la televisión digital se encontraba en un estado sólo incipiente, se atenúo la brecha digital entre unos y otros. A partir de 2003 se produjo una recuperación de esas tasas que permitió a la Comisión mantener la previsión del apagón analógico en el entorno de 2010-2012. En Europa, las Actas Finales de la Conferencia Regional de Radiocomunicaciones de 2006 (adscrita a la UIT) para la planificación del servicio de radiodifusión digital terrenal incluyen el acuerdo con los planes de asignación y adjudicación de frecuencias para el servicio de radiodifusión digital y el Plan de televisión analógica aplicable durante el periodo de transición.

En nuestro país, la contribución de la plataforma satelital a la digitalización llegó a ser incluso mayor que en el resto de la UE. En cuanto al desarrollo de la TDT en los últimos años, podía observarse como el ritmo de implantación de la TDT venía marcado por el Plan Técnico Nacional de la Televisión digital terrenal aprobado por Real Decreto 944/2005 que vino a situar la fecha del apagón analógico en el 3 de abril de 2010. A 2007 los servicios de transporte de señal audiovisual daban más ingresos en digital que en analógico, mientras que en servicios portadores era al revés a consecuencia del menor grado de digitalización del último tramo de red. En 2008, la TDT alcanzaba a más del 92 % de la población española. En 2009 la TDT se llevaba ya más del 25 % de la audiencia. Los fuertes niveles de inversión en la red exigidos para alcanzar los últimos niveles de cobertura motivaron que, en virtud de Real-Decreto Ley 1/2009, se recurriera a la plataforma satelital para alcanzar esa cobertura por encima del umbral del 96-98 %. En 2010 la TDT suponía ya el 100 % de la audiencia de televisión terrestre por el apagón analógico y el 81 % de toda la audiencia de televisión a

través de cualquier plataforma. La TDT presentaba así un nivel de audiencia en España superior al de resto de plataformas, a diferencia de lo sucedido con otros países de la UE, principalmente porque las otras plataformas se vinculaban a ofertas de pago, con una menor audiencia. Así, lo cierto es que a pesar de las importantes barreras de entrada el llamado apagón analógico o encendido digital llegó a ultimarse en España en la fecha prevista de 2010.

h) La plena implantación de la Sociedad de la Información y sus consecuencias

Los efectos de la neutralidad y convergencia tecnológicas se dejarán sentir, en efecto, en cada uno de los cinco niveles que dejamos examinados en el epígrafe f, pero, yendo más allá, y en un escenario aún lejano, es probable que entrañen la unificación bajo un mismo régimen jurídico de todos ellos (redes y recursos asociados, servicios, terminales y contenidos), así como la de los segmentos de las comunicaciones electrónicas, de los contenidos, de la comunicación audiovisual (lineal o no) y de la Sociedad de la Información. No es descartable que esa unificación llegue a operarse bajo la misma denominación formal de Sociedad de la Información al entenderse que aquélla es sólo una consecuencia del efecto globalizador de ésta.

Este proceso de unificación o uniformización a que acabamos de hacer referencia se inscribe, por otra parte, dentro de un entorno de liberalización donde, de un lado, se atenúa la intervención de los poderes públicos en todo lo concerniente a la prestación de los servicios y, de otro, se potencian las facultades de las autoridades de la competencia a la hora de preservar la libre concurrencia de los agentes activos en el mercado (el Estado, en la más acendrada tradición liberal, hace de gendarme dejando hacer y pasar, pero también de árbitro y garante del *fair play* entre los operadores económicos activos en el mercado). Sintetizando, puede advertirse una tendencia paulatina a uniformizar los regímenes jurídicos aplicables a los segmentos de los contenidos, de la difusión televisiva, de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información bajo la constante de mitigar la injerencia del sector público en estos ámbitos, con la sola condición de que en ellos la libre competencia juegue de forma efectiva.

Esta pauta de la atenuación de la intervención de la Administración en la prestación de los servicios no se manifiesta igual en cada uno de esos ámbitos. Así, yendo de menos a más control administrativo, tendremos que en el segmento de los servicios de la Sociedad de la Información ese control será mucho más matizado que en el de las comunicaciones electrónicas y que, en este último ámbito de las comunicaciones electrónicas, estará también la intervención administrativa mucho más atenuada que en los de los contenidos y la difusión televisiva (sobre las relaciones y diferencias entre estos dos segmentos de los contenidos y la difusión televisiva ha habido ya oportunidad de abundar). Sin embargo, por lo que acabamos de comentar, la pauta es la de la uniformización del régimen correspondiente a todos esos segmentos.

h) Mitigación de la intervención de los poderes públicos y evolución histórica de la exigencia normativa de título habilitante en el ordenamiento jurídico español

i) Dentro del segmento de la Sociedad de la Información

El principal botón de muestra, la piedra de toque que permite percibir con claridad estas tendencias a la liberalización y consiguiente mitigación de la injerencia de los poderes públicos que, si bien se ponen de relieve en todos esos segmentos, no lo hacen con la misma intensidad, es la exigencia de título habilitante para la prestación de los servicios de referencia.

Puede ser, por tanto, clarificador que sinteticemos la evolución de esa exigencia dentro del ordenamiento jurídico español, implementación del europeo en los segmentos de los servicios de la Sociedad de la Información y de las comunicaciones electrónicas, mas no en los de los contenidos y de la difusión televisiva, donde las prerrogativas son sobre todo del legislador nacional con los límites implícitos en la libertad de prestación de servicios en todo el territorio de la UE y en las normas de los Tratados sobre libre competencia.

Se ha dejado ya entrever que en el ámbito de la prestación de los servicios de la Sociedad de la Información la intervención de los poderes públicos resulta prácticamente inexistente, limitándose tan sólo a garantizar que no se vulneran normas relacionadas con la moral o el orden público. Lo anterior puede ser también consecuencia de las características de Internet en cuanto que sistema de información que, por su dimensión planetaria, no conoce de fronteras y escapa al poder regulador del legislador nacional.

Por esta razón, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, dispone en su Art. 4 que no será necesaria autorización previa para la prestación de los servicios de la Sociedad de la Información, sin perjuicio de que dicha autorización pueda exigirse por razón de otros servicios a los que los de la Sociedad de la Información vayan vinculados.

Así, por ejemplo, los servicios de TV interactiva – suponiendo que no impliquen transmisión de señal pues, de lo contrario, como hemos visto, habría que estar al régimen de las comunicaciones electrónicas – no requieren autorización para ser prestados pero, como se verá, si se ha venido exigiendo concesión administrativa para la prestación del servicio público de TV por ondas hertzianas al que aquellos otros se vinculaban por el hecho de basarse en la misma plataforma de entrega: la terrestre, si bien, como sabemos, a partir de la LGCA, basta con una licencia individual).

En España, estas previsiones de la Directiva 2000/31/CEE se respetan íntegramente por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico.

ii) Dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas

1) Introducción

En el sector de las comunicaciones electrónicas el punto de partida es el de que, en palabras de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones (Art. 2), las telecomunicaciones – léase comunicaciones electrónicas – son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. Lo anterior se traduce en que la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se entiendan autorizados por la Ley con carácter general, sin que sea necesaria la obtención de título habilitante (en este punto la Ley 32/2003 se limita a implementar la Directiva de Autorización). Lo que se exige es tan sólo una notificación previa al inicio de la actividad a la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones que es la Autoridad Nacional de Reglamentación española (Art. 6).

En esta exigencia de notificación previa cabe cifrar un grado de intervención administrativa que, aún siendo tenue, sí es ligeramente superior al hasta hace poco vigente en el campo de los servicios de la Sociedad de la Información donde el Art. 9 de la Ley 34/2002 citada exigía a los prestadores de dichos servicios tan sólo que comunicaran al Registro Mercantil donde figurasen inscritos un nombre de dominio o dirección de Internet. Tras la supresión de ese Art. 9 operada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE nº 312, 29-Dic-2007), ni tan siquiera lo anterior se hace necesario. La razón de la supresión de esta exigencia la cifraba la Exposición de Motivos de la propia Ley 56/2007 en que se había “*revelado como poco operativa desde un punto de vista práctico*”.

Este régimen que acabamos de mencionar de ausencia de título habilitante para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas no empece para que dicho título habilitante pueda ser necesario no por razón del servicio prestado, sino por la de ser necesaria para dicha prestación la reserva de recursos escasos o que son bien de dominio público, singularmente, las frecuencias del espectro radioeléctrico o los recursos de órbita de los satélites asociados a dichas frecuencias. No es del caso profundizar sobre lo anterior aquí, en sede de conclusiones, teniendo en cuenta, además, que ya se hizo más que de sobra en los correspondientes apartados de la tesis, pero sí puede serlo, al menos, remachar este punto diciendo que esa necesidad de título habilitante motivada por la naturaleza de los recursos adscritos a la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas se ciñe al caso de que estos últimos se presten sobre redes inalámbricas: ondas hertzianas o redes de satélite.

Por lo demás, la tendencia es la de hacer de todos estos recursos, por la impronta liberalizadora que venimos mencionado, bienes de libre comercio, despojándolos de todo carácter demanial. En este sentido, en las últimas CMRs, la consideración que viene dándose al espectro es la de bien objeto de comercio y con un valor económico susceptible de ser fijado por vía de subastas o precios establecidos por la Administración u operaciones comerciales, razón esta por la que la extensión del proceso liberalizador, también a este ámbito, hará previsible, a medio o largo plazo, la supresión del requisito de la concesión demanial.

Dejando aparte el caso de la necesidad de disponer de título habilitante a causa de la adscripción de recursos que acabamos exponer, puede ya advertirse que la no exigencia de título habilitante para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, coherentemente con el principio de neutralidad tecnológica, se da con independencia de cuál

sea la red que soporte dichos servicios. No obstante, y también porque ayudará a tener las ideas claras para cuando incidamos sobre el segmento de la difusión televisiva y sus diferentes plataformas de entrega, procede que nos detengamos en la evolución del requisito del título habilitante para el suministro de los servicios de comunicaciones electrónicas a través de cada una de las siguientes redes: satélite, cable, Red Telefónica Pública Conmutada (incluido el par de cobre reforzado con técnica DSL) y ondas hertzianas.

2) Sobre plataforma satelital

Para la prestación de servicios – entonces de telecomunicaciones; hoy de comunicaciones electrónicas - sobre redes de satélite, la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por satélite, y el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por satélite aprobado mediante Real Decreto 136/1997, de 31 de enero impusieron la necesidad de obtener autorización administrativa. Tras de esta exigencia sólo de autorización y no de concesión latía la declaración del Art. 1 conforme a la que *“los servicios de telecomunicaciones para cuya prestación se utilicen principalmente redes de satélite no tendrán la consideración de servicio público”*. La autorización mencionada podía serlo para suministrar capacidad de transporte de señal o para la prestación de servicios de telecomunicaciones a través de la red satelital. En el primer caso el operador se limitaba a poner su red a disposición del operador que efectivamente prestaba los servicios de telecomunicaciones (p.e., servicios de telefonía) a través de dicha red. Este paquete regulador fue derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. A partir de aquí, la prestación de los servicios de telecomunicaciones por satélite quedó sujeta al régimen de títulos habilitantes previsto en la propia Ley 11/1998; en concreto, a su Art. 15 que exigía la llamada licencia individual para el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones y para la prestación del servicio telefónico disponible al público.

Debe hacerse aquí una matización que nos permitirá proseguir con la evolución histórica del requisito de la exigencia de título en lo referente a la prestación de servicios de telecomunicaciones sobre redes de satélites. La misma radica en la necesidad de no confundir servicio de difusión televisiva con servicio soporte del de difusión televisiva.

El primero, junto con el servicio de video a la carta, conforma uno de los segmentos que hemos comenzando diferenciando, el de los servicios de comunicación audiovisual, el cual se situaría junto al de las comunicaciones electrónicas, al de los servicios de la Sociedad de la Información y al de los contenidos (sobre las relaciones entre contenidos y difusión televisiva incidiremos más abajo).

El segundo, el servicio soporte de difusión televisiva, se inscribe de pleno dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas y procede, por tanto, que nos ocupemos de él ahora. Sin salir, por tanto, del ámbito referido de las comunicaciones electrónicas, el supradicho servicio soporte del de difusión televisiva puede traducirse en una simple puesta a disposición de terceros operadores de las redes o infraestructuras propias para que aquéllos las utilicen (esa puesta a disposición daría lugar a un mercado de red o de simple acceso a infraestructuras), pero también en la actividad necesaria para el transporte de la señal de televisión a través de redes propias o ajenas (dicha actividad daría lugar a un mercado de servicios de comunicaciones electrónicas en sentido estricto). Hechas estas precisiones, podemos ya retomar el hilo de la exposición.

El Art. 4 de la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por satélite excluyó de su ámbito de aplicación el servicio portador de los servicios públicos de difusión televisiva previstos en las Leyes 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión; 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, y 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. *Sensu contrario* implicaba lo anterior que era bastante con la autorización administrativa prevista en la misma Ley 37/1995 para la prestación del servicio portador del de difusión televisiva que no participara de la naturaleza de servicio público conforme a todas esas Leyes (básicamente, el gestionado por RTVE, por la entidad concesionaria del tercer canal autonómico o por las entidades privadas *Antena 3*, *Telecinco* y *Sogecable*).

La Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite, fue derogada por la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, como se ha dicho. A partir de esta última, bastaría con la licencia individual referida más arriba también para la prestación del servicio portador del de difusión televisiva sobre redes de satélite. Ahora bien, con respecto al servicio portador de los servicios públicos de difusión televisiva a que se ha hecho referencia se preveía alguna especialidad en la Disposición adicional cuarta de la Orden de 22 de septiembre de 1998, sobre régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares. Esta especialidad era en el sentido de que, hasta la extinción del plazo inicial de 10 años asignado a las tres concesiones vigentes para la gestión indirecta del servicio público de difusión televisiva (*Antena 3*, *Telecinco* y *Sogecable*), no podrían otorgarse licencias individuales que habilitaran para la prestación al reiterado servicio portador del público de difusión televisiva el cual seguiría encomendado a *Retevisión*.

Con la derogación de la vieja Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998) por la vigente (**Ley 32/2003**) ha sido suprimida la exigencia de licencia individual para el establecimiento y explotación de redes de comunicaciones electrónicas basadas en satélites (recuérdese, mercados de redes, de acceso a infraestructuras o de capacidad) y para la prestación de servicios también de comunicaciones electrónicas sobre dichas redes satelitales, de modo que todas esas actividades se entienden autorizadas por la Ley con carácter general conforme al nuevo paquete regulador europeo de las comunicaciones electrónicas sin que sea necesaria la obtención de título habilitante y bastando una simple notificación. Exactamente lo mismo habría ocurrido con el servicio portador del de difusión televisiva sobre redes de satélite para el que tampoco resulta necesaria la obtención de dicho título habilitante.

En síntesis: en los mercados inscritos en el segmento de las comunicaciones electrónicas - incluido el servicio portador del de difusión televisiva, con las salvedades mencionadas para el servicio público televisivo que hubiera de prestarse sobre ondas hertzianas - sobre redes de satélite el proceso liberalizador se ha vertebrado sobre los siguientes hitos: **(a)** el régimen de concesión administrativa impuesto por la ***Ley 31/1987*** General de Telecomunicaciones y la ***Ley 35/1992***, de 22 de diciembre, de la Televisión por satélite (Art. 5), que consideraban dicho segmento como de servicio público, dio paso al de sólo autorización administrativa en la ***Ley 37/95***, de Telecomunicaciones por satélite, que lo despojaba de la condición de servicio público mencionada; **(b)** esta última exigencia de autorización administrativa fue suplida por la de un título habilitante con una menor carga de intervención administrativa, a saber: la licencia individual prevista en la ***Ley 11/1998*** General de Telecomunicaciones; **(c)** la vigente Ley General de Telecomunicaciones, que es ***la 32/2003***, ha suprimido la exigencia de título habilitante, siendo bastante con una simple notificación a la CMT.

2) Sobre plataforma fibrilar o alámbrica (cable o ADSL)

Dejando atrás el segmento de las comunicaciones electrónicas basadas en redes de satélite es ya del caso que abordemos el de las basadas en plataformas de cable, dando a este concepto un sentido amplio y comprendiendo, en consecuencia, dentro del mismo la Red Telefónica Pública Conmutada de Telefónica. Bajo la **Ley General de Telecomunicaciones de 1987** (Art. 2) “*cualquier comunicación mediante cables*” tenía la naturaleza de servicio esencial de titularidad estatal reservada al sector público. La **Ley 42/1995** vino a detallar el régimen de la Ley 31/1987 para el que llamaba servicio público de telecomunicaciones por cable (Art. 1). Coherentemente con este planteamiento, el Art. 3 de la misma Ley 42/1995 sujetaba a concesión administrativa la gestión indirecta del servicio de telecomunicaciones de cable por los operadores de cable.

Lo característico de la Ley 42/1995 vino a ser que, bajo el nombre de servicio de telecomunicaciones por cable, encuadró no sólo actividades inscritas dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, que es del que ahora nos ocupamos, sino también dentro de otros como serían el de la Sociedad de la Información, la difusión televisiva y los contenidos. Lo anterior se ponía de manifiesto en la amplia definición del servicio de telecomunicaciones por cable incluida en su Art. 1 y, conforme a la cual, debía entenderse por tal “*el conjunto de servicios de telecomunicación consistente en el suministro, o en el intercambio, de información en forma de imágenes, sonidos, textos, gráficos o combinaciones de ellos, que se prestan al público en sus domicilios o dependencias de forma integrada mediante redes de cable*” y en la declaración de la Exposición de motivos del **Real Decreto 2066/1996**, aprobando el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, según la cual la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, “*había supuesto el establecimiento en España de unas normas de rango legal que regulan, por primera vez, la prestación conjunta de servicios de telecomunicación y audiovisuales a través de las nuevas tecnologías del cable*”.

Así, y conforme al Art. 28 del Reglamento técnico y de prestación del servicio referido, la concesión habilitaba a su titular para la prestación de servicios de video a la carta o bajo demanda (servicios de la Sociedad de la Información y a la vez de contenidos; hoy serían de comunicación audiovisual no lineal: *vid supra*) y de servicios de difusión televisiva (con la sola excepción del servicio público televisivo que debía prestarse sobre ondas hertzianas conforme a las Leyes 4/1980, 46/1983 y 10/1988). Habiéndonos ocupado ya de la exigencia de título habilitante en el ámbito de los Servicios de la Sociedad de la Información y dejando para más adelante el estudio de dicha exigencia en el de la difusión televisiva, procede que nos centremos ahora en el segmento de las comunicaciones electrónicas.

Ya dentro de este último segmento, y reiterando ciertas aclaraciones que se hicieron ya al abordar la exigencia de título habilitante en el caso de plataformas satelitales, podría comenzar por decirse que la concesión habilitaba (Art 9 de la Ley 42/1995) al operador de cable adjudicatario de la misma para el establecimiento de la red de cable y su explotación mediante la puesta a disposición de terceros, pero también para prestar por sí mismo el servicio de telecomunicaciones por cable. Por otra parte, y con relación al servicio portador del de difusión televisiva que, como vimos, ha de distinguirse del de difusión televisiva y que sólo sería un servicio de comunicaciones electrónicas más, la concesión habilitaba también para la prestación del mismo con la sola excepción del servicio portador del servicio público televisivo que hubiera de prestarse sobre ondas hertzianas conforme a las tres leyes citadas:

4/1980, 46/1983 y 10/1988 (la misma excepción, como vimos, se preveía en el caso de las plataformas de satélite por la Ley 37/1995 de Telecomunicaciones por Satélite).

La Ley 42/1995 fue derogada por la **Ley General de Telecomunicaciones de 1998**, salvo lo dispuesto por dicha Ley para el servicio de difusión de televisión. Lo anterior dio lugar a una diferenciación en el tratamiento del servicio de difusión televisiva sobre redes de cable, que seguía sujeto al régimen de concesión previsto en la propia Ley 42/1995, y en el de los servicios de telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas, los cuales dejaban de ser servicio público para pasar a ser servicios de interés general a prestar en régimen de libre competencia (Art. 2 de la Ley 11/1998), dejando por tanto de estar sujetos a concesión para estarlo sólo a la obtención de licencia individual conforme a lo dispuesto en la misma Ley 11/1998. A partir de aquí, la evolución de la exigencia de título habilitante para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (incluido el servicio portador del de difusión televisiva) sobre redes de cable se asimilaría a la que expusimos al tratar de las redes satelitales, que no parece necesario reiterar.

Dicho lo anterior y en resumidas cuentas, en los mercados encuadrados dentro del sector de las telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas sobre redes de cable (incluido el servicio de comunicaciones electrónicas consistente en el servicio portador del servicio de difusión televisiva; con las especialidades que hemos visto en el caso del servicio portador del servicio público de difusión televisiva regulado en las Leyes 4/80, 46/1983 y 10/1988, hoy derogadas), los dos principales eslabones de la cadena de liberalización habrían sido los siguientes: (a) el régimen de concesión derivado de la configuración de tales servicios como servicio público en las ***Leyes 31/1987 y 42/1995*** – Ley General de Telecomunicaciones y Ley de Telecomunicaciones por cable – fue sustituido por el de licencia individual previsto en la ***Ley General de telecomunicaciones de 1998*** que les negaba ya la condición de servicio público; (b) la ***Ley General de Telecomunicaciones 32/2003*** ha eliminado la necesidad de título habilitante, siendo bastante con una simple notificación a la CMT. Esta evolución pone de manifiesto, con respecto a la operada en redes de satélite, una diferencia esencial: se habría pasado del régimen de concesión al de licencia individual sin pasar por el estadio intermedio de la autorización como consecuencia de haberse demorado la liberalización hasta la ***Ley 11/1998*** (mientras que, en el caso del satélite, dicha liberalización se anticipó con la Ley 37/1995).

4) Sobre plataforma terrestre

Estudiado en los términos que anteceden el desarrollo histórico de la necesidad de título habilitante para la prestación de los servicios de las comunicaciones electrónicas sobre redes de satélites y de cable, procede ya que nos centremos en ese mismo desarrollo en el caso de la plataforma terrestre o de las ondas hertzianas. Llegados a este punto, la primera observación puede ser la de que el desarrollo de la plataforma terrestre en nuestro país ha ido principalmente ligada a un concreto servicio de comunicaciones electrónicas, a saber, el servicio portador del servicio público de difusión televisiva sobre ondas hertzianas.

Una primera norma de la que partir sería la **Ley 31/1987 General de Telecomunicaciones**. Conforme a su Art. 1, era objeto de la Ley la ordenación de las telecomunicaciones y “*cualquier comunicación mediante radiocomunicación*”, debiendo entenderse incluidas en esta última referencia las ondas hertzianas. La naturaleza de servicio público de los servicios de comunicaciones electrónicas sobre ondas terrestres – incluidos los servicios portadores de los de difusión televisiva – resultaba de lo dispuesto en el Art. 2 de la misma Ley. Y de esta

configuración como servicio público derivaba que, para su prestación, fuera necesaria la correspondiente concesión.

Con relación al caso concreto del servicio portador de los de difusión televisiva, y por remisión del Art. 25 al 23 de la Ley, debía recurrirse a los servicios portadores (los que ofrecían capacidad de transporte sobre tramos definidos de red) y finales (los que alcanzaban a los destinatarios últimos de los servicios) ya existentes y, sólo en defecto de estos, cabía el establecimiento de nuevas redes. Esto motivó que los servicios portadores del de difusión televisiva por ondas hertzianas fueran prestados en régimen de gestión directa por el ente público *Red Técnica Española de Televisión (RETEVISIÓN)*.

La **Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones**, supuso que el Ente Público *RETEVISIÓN* hubiera de aportar su red y todos sus demás activos a una sociedad para que, acto seguido, adjudicara ésta a licitadores privados el 51 % de su capital social. A partir de aquí, se establecía una dualidad entre los servicios de comunicaciones electrónicas sobre ondas terrestres, en general, y los servicios portadores del de difusión televisiva basados en ese mismo medio. Los primeros habrían de prestarse, en régimen de gestión indirecta bajo concesión, por dicha sociedad y los segundos seguirían suministrándose hasta la expiración del plazo de diez años de vigencia de las concesiones de TV privada, en régimen de gestión directa (sin necesidad por tanto de concesión), por parte del ente público *RETEVISIÓN*, el cual, desprovisto ya de red propia tras su cesión a la nueva sociedad, habría de celebrar contrato privado con ésta para la utilización de la red cedida.

La llegada de la **Ley General de telecomunicaciones 11/1998** supuso que los servicios de comunicaciones electrónicas prestados sobre ondas hertzianas dejaran de ser considerados servicio público y, en consecuencia, de estar sometidos a régimen de concesión para pasar a estarlo sólo a licencia individual. Sin embargo, la Disposición Transitoria Séptima de dicha Ley mantenía lo dispuesto en la Ley 12/1997 para los servicios portadores del de difusión televisiva sobre ondas hertzianas que continuarían, hasta la finalización del reiterado plazo de diez años, siendo prestados por el Ente Público *RETEVISIÓN* valiéndose para ello de la red de *RETEVISIÓN*, Sociedad Anónima.

Finalmente, la vigente Ley General de Telecomunicaciones, que es **la 32/2003**, ha supuesto que la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas sobre ondas hertzianas (incluido el servicio portador de difusión televisiva) se asimile, en lo que a la no exigencia de título habilitante se refiere, al suministro de servicios de esa clase a través de las otras redes estudiadas, cable y satélite.

Como corolario de todo lo anterior, cabría sentar que el proceso liberalizador en el campo de los servicios de comunicaciones electrónicas a través de las ondas hertzianas ha seguido un ritmo diferente según que se tratara del servicio portador del de difusión televisiva o del resto de servicios de comunicaciones electrónicas. En el caso del primero, puede afirmarse que la prestación del mismo habría estado monopolizada por el Estado, a través de *Retevisión*, hasta prácticamente la **Ley 32/2003** sin admitir su gestión indirecta por particulares, ni en virtud de concesión ni de ningún otro título habilitante. Y en lo que concierne al resto de servicios de comunicaciones electrónicas, la liberalización del sector habría tenido como hitos fundamentales los ya conocidos, a saber: **(a)** concesión administrativa bajo la **Ley General de Telecomunicaciones de 1987** que los conceptuaba como servicio público; **(b)** licencia individual bajo la **Ley General de Telecomunicaciones**

de 1998 que los despojaba ya de esa condición de servicio público; y (c) simple comunicación a la CMT bajo la *Ley General de telecomunicaciones de 2003*.

Cerrando el apartado dedicado a la evolución de la exigencia de título habilitante dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas podrían destilarse las siguientes conclusiones. Dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, en general, el proceso liberalizador habría ido algo más rápido en el medio satelital que en los otros dos (cable y ondas hertzianas), que habrían evolucionado a un ritmo similar. En lo que se refiere al servicio portador de la difusión televisiva el progreso más lento se habría dado en el medio de las ondas hertzianas, tradicionalmente ligado a la TV de servicio público televisivo; más rápido habría sido en el caso del servicio portador de la difusión televisiva sobre redes de cable; y más rápido aún, en el del servicio portador de la difusión televisiva sobre redes de satélite.

iii) Dentro del segmento de los contenidos

Como hubo oportunidad de observar en otros pasajes de la tesis, del mismo modo que la llamada “excepción cultural” es lo que ha permitido a la UE mantener medidas proteccionistas con relación a los contenidos en el seno de la OCDE, la misma filosofía que anima esa excepción es lo que motiva que los contenidos audiovisuales sean competencia estatal y queden excluidos, en lo esencial, del ámbito competencial de la UE.

Lo anterior permite que la intervención administrativa con relación a la producción y comercialización de esos contenidos pueda ser en nuestro país más intensa que, por ejemplo, en los segmentos de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información. Ahora bien, esa intervención administrativa adopta formas diferentes a la exigencia de títulos habilitantes y así:

1. En *contenidos deportivos* se concreta, p.e.: (a) en el cumplimiento de requisitos de carácter corporativo como los que dimanarían de los estatutos de la UER o de la UEFA; (b) en la publicación de eventos que, siendo de interés general, tendrán que ser emitidos en abierto (LGCA).
2. En *contenidos cinematográficos*, p.e., en: (a) la obtención de certificados de calificación, en especial, por edades (RD 2062/2008); (b) la catalogación de una película como española, la inscripción de las empresas cinematográficas, con carácter previo a la producción, distribución y exhibición de películas, en un Registro Administrativo especial o la imposición en salas de cine de cuotas de pantalla del 25 % para obras europeas (Ley 55/2007); (c) la obligación de los organismos de radiodifusión televisiva de dedicar tiempo de emisión y parte del presupuesto a la difusión y financiación, respectivamente, de obras cinematográficas nacionales y europeas (LGCA).
3. En *canales temáticos*, p.e., en: (a) el dato de que la función de servicio público de RTVE se extienda a la edición y comercialización de canales temáticos (Ley 17/2006 y LGCA); (b) en la obligación de los difusores de estos canales de informar sobre si son propios o de terceros a los efectos de que la Administración pueda verificar el cumplimiento de las obligaciones referidas a las obras nacionales europeas (Ley 25/94; aunque la previsión no se mantiene en la LGCA); (c) en el deber de los titulares de los canales temáticos de realizar una notificación a la Administración con carácter previo al inicio de su actividad, en la imposición de toda una serie de medidas para la

protección de la infancia o en el de los proveedores de una oferta multicanal de incluir en la misma ciertos canales generalistas (Borrador de Anteproyecto de Ley General Audiovisual, aunque la previsión no se mantiene en la LGCA).

4. En **obras audiovisuales para TV**, p.e., en: **(a)** la inclusión de la producción de estas obras dentro de la función de servicio público de RTVE (Ley 17/2006 y LGCA); **(b)** la aplicabilidad a las mismas de lo dicho para las cinematográficas en cuanto a la catalogación nacional española y a la inscripción en un Registro administrativo especial (*Vid Supra* nº. 2 letra “b”); **(c)** todas las obligaciones concernientes a la promoción de obras europeas nacionales y europeas a que nos hemos referido bajo la letra “c” del número 2 anterior (LGCA).

A la vista de lo anterior, carece de sentido, con relación al segmento de los contenidos audiovisuales, analizar la evolución normativa de la exigencia de título habilitante toda vez que dicha exigencia ni existe ni ha existido en nuestra historia reciente.

iv) Dentro del segmento de la comunicación audiovisual

(1) No lineal/vídeo a la carta

Antes de tomar carta de naturaleza como servicios de comunicación audiovisual, ya decimos que cabría entender esta clase de servicios sometidos al régimen de los de la Sociedad de la Información y de las comunicaciones electrónicas, a cuyo régimen valía con remitirse.

Como hemos ya dejado expuesto, desde la modificación de la Directiva 89/552, los servicios de vídeo a la carta pueden entenderse desgajados del segmento de la Sociedad de la Información para, junto con los de difusión televisiva, pasar a conformar un segmento amplio de la comunicación audiovisual. Con la implementación de esta regulación en nuestro ordenamiento, a través de la LGCA, se observa que la prestación de esta clase de servicios de comunicación audiovisual, en la medida en que no se presten sobre plataforma terrestre, que es por otra parte lo más normal, pues dicha plataforma carece aún del necesario grado de interactividad, exigirá tan sólo una notificación fehaciente a la autoridad audiovisual competente (Art. 22.2 LGCA).

(2) Lineal/difusión televisiva

(a) Sobre plataforma satelital

Para el estudio en nuestro país de la evolución de la exigencia de título habilitante dentro del subsegmento de la comunicación audiovisual lineal convendrá reiterar la advertencia de que no es lo mismo servicio de difusión televisiva que servicio portador del de difusión televisiva (este último servicio de comunicaciones electrónicas ha sido ya estudiado en los párrafos que preceden). Por otra parte, para esta exposición, parece lo mejor diferenciar según que nos encontremos ante servicio de difusión televisiva prestado sobre redes de satélite, sobre redes de cable o por ondas terrestres.

En cuanto a lo primero, en la **Ley 31/1987**, de 31 de diciembre, de Ordenación de la Telecomunicación, en su Art. 25, se definían los servicios de difusión como “*servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de*

recepción simultáneamente”, se establecía que “la televisión tendrá siempre la consideración de servicio de difusión” y se definía la televisión como “la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio”. Al definirse los servicios de difusión televisiva como servicios de telecomunicaciones – hoy, más bien, comunicaciones electrónicas – la Ley del 87 se apartaba de la sistemática imperante hoy dentro del paquete regulador europeo de las comunicaciones electrónicas y en la legislación nacional que la implementa, conforme a la cual habría que diferenciar los servicios de difusión televisiva de los de comunicaciones electrónicas. Conforme a ese mismo artículo, la prestación en régimen de gestión indirecta del servicio público de difusión televisiva a través de redes de satélite exigía concesión.

La **Ley 35/1992**, de 22 de diciembre, de la Televisión por Satélite, partiendo de la configuración dada al servicio de difusión televisiva realizada por la Ley 31/1987, introdujo una regulación específica para la modalidad basada en las redes de satélite. A estos efectos, su Art. 2 disponía que la gestión directa del servicio se realizaría por el ente público *Radio Televisión Española* de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 4/1980. En cuanto a la gestión indirecta, el Art. 3 regulaba el régimen de la concesión remitiéndose en lo esencial al régimen de la Ley 10/1988 de Televisión Privada e introduciendo sobre dicho régimen una serie de especialidades que variaban en función de que el objeto de la concesión fuera la emisión de programas con cobertura nacional o comunitaria europea o con cobertura fuera de territorio comunitario europeo.

La **Ley 37/1995**, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por satélite, supuso la liberalización de, entre otros, los servicios de difusión televisiva basados en redes de satélite que, como lógica consecuencia, dejaban de conceptuarse como servicio público y exigían para su prestación tan sólo autorización administrativa (Arts. 1 y 3). Tan sólo se exceptuaban de lo anterior los servicios públicos de difusión televisiva previstos en las Leyes 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión (La 1 y la 2 de TVE); 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión (tercer canal autonómico), y 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (Sogecable, Antena 3, Telecinco y, luego, la Sexta).

La **Ley 11/1998** General de Telecomunicaciones excluyó de su ámbito de aplicación el régimen básico de la televisión que – se decía – habría de regirse por las disposiciones vigentes sobre la materia (Art. 1). Lo anterior suponía ya desgajar de la esfera de las telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas todo lo referente a la difusión televisiva conforme a la sistemática de las fuentes europeas a la que nos venimos sujetando en esta exposición. Con relación a la difusión televisiva sobre plataformas satelitales habría que observar como la Disposición derogatoria única de la Ley 11/1998 suponía la derogación de la Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite, “*salvo lo dispuesto para el régimen de difusión de Televisión*”. Lo anterior suponía que la prestación del servicio de difusión de televisión sobre plataforma satelital continuara sujeta al régimen de autorización administrativa dispuesto por dicha Ley.

Por su parte, la **Ley General de Telecomunicaciones 32/2003** ha mantenido la sistemática de su predecesora en cuanto a la exclusión de los servicios de difusión televisiva de su ámbito de aplicación. En concreto su Art. 1 deja fuera del mismo “*el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual a que se refiere el artículo 149.1.27ª de la Constitución*” y “*la regulación de los servicios que suministren contenidos*

transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas” así como “de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos”.

Un hito más en la materia de que tratamos cabría cifrarlo en el borrador de anteproyecto de Ley General Audiovisual conforme al cual para la prestación del servicio de difusión de TV sobre redes de satélite no sería necesario ningún título habilitante, bastando con una simple notificación a la Administración. Este ha sido, efectivamente, el régimen impuesto con la **LGCA de 2010**.

A la vista de cuanto precede podrían destacarse como pasos más importantes en el camino hacia la liberalización de los servicios de difusión televisiva sobre redes de satélite los que siguen: (a) la exigencia de concesión inherente a su configuración como servicio público en la ***Ley de Ordenación de la Telecomunicación de 1987*** y en la ***de Televisión por Satélite de 1992*** dejó paso a la de sólo autorización bajo la ***Ley de Telecomunicaciones por Satélite de 1995*** que la despojaba de esa condición de servicio público, manteniéndose este último régimen bajo las ***Leyes Generales de Telecomunicaciones de 1998 y 2003***; (b) la ***Ley General Audiovisual*** suprime el requisito de la autorización administrativa, sustituyéndolo por el de una simple notificación fehaciente a la Administración.

(b) Sobre plataforma fibrilar (cable) o alámbrica (ADSL)

Adentrándonos ya en los servicios de difusión de TV sobre plataformas de cable, el requisito de la exigencia de título habilitante habría tenido la evolución que pasamos a exponer. Bajo la **Ley 31/1987**, de 31 de diciembre, de Ordenación de la Telecomunicación, como hemos visto, la difusión televisiva sobre plataformas de cable era un servicio de telecomunicación más y, en cuanto tal, servicio público sujeto a concesión para su prestación en régimen de gestión indirecta.

Como más arriba se dejó apuntado, bajo la **Ley 42/1995**, de Telecomunicaciones por cable, los servicios de difusión televisiva sobre esta clase de plataformas quedaban absorbidos por el servicio público de telecomunicaciones por cable, cuya definición, a tenor del Art. 1 de la Ley, resultaba ser de lo más amplia y que había de prestarse, en régimen de gestión indirecta, por los cableoperadores mediante concesión administrativa (Art. 3). Ya se dijo también que el Art. 20 del **Real Decreto 2066/1996**, de 13 de septiembre, de aprobación del Reglamento Técnico y de prestación del servicio de telecomunicaciones por cable, disponía que la concesión habilitaba para la prestación, entre otros, de los servicios de difusión televisiva con la sola excepción del servicio público de difusión televisiva que hubiera de prestarse sobre ondas hertzianas regulado por las Leyes 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radiodifusión y Televisión, 46/1983, de 28 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, y 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

Al igual que en el caso de los servicios de difusión televisiva sobre plataformas de satélite, la Disposición derogatoria de la **Ley 11/1998** General de Telecomunicaciones derogó la Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por cable, a excepción de lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión. Lo anterior suponía que la prestación de servicios de difusión televisiva sobre redes de cable continuara participando de la condición de servicio público sometida a concesión.

La **Ley 32/2003** General de Telecomunicaciones, pese a su declaración arriba citada de excluir de su ámbito de aplicación los servicios de difusión televisiva, introdujo a través de

su Disposición Adicional Décima la liberalización de dichos servicios cuando se basaran en redes de cable, al afirmar que los mismos se prestarían en régimen de libre competencia y al someterlos sólo a autorización administrativa.

Por último, en el Borrador de Anteproyecto de Ley General Audiovisual, la pretensión era la de dar un paso más allá en el tránsito hacia la plena liberalización de los servicios de difusión televisiva sobre plataformas de cable. En este sentido, la prestación de dichos servicios dejaba de sujetarse a título habilitante (autorización administrativa) para pasar a estarlo sólo a notificación a la Administración con carácter previo a la iniciación del servicio. Este ha sido el régimen finalmente mantenido en la **LGCA de 2010**.

De este modo, la liberalización de los servicios de difusión televisiva sobre redes de cable se basaría en los pasos siguientes: (a) el régimen de concesión basado en su configuración como servicio público bajo las ***Leyes 31/1987, de Ordenación de la telecomunicación, 42/1995, de Telecomunicaciones por cable y 11/1998, General de Telecomunicaciones*** habría dejado paso al de prestación en régimen de libre competencia bajo simple autorización administrativa en la ***Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones***; (b) la previsión de la ***Ley General audiovisual*** es la de que dichos servicios de difusión televisiva sobre plataformas de cable se sujeten a una simple comunicación previa a la Administración.

El proceso de liberalización se habría revelado algo más lento en la difusión televisiva por cable que en la desarrollada por satélite, toda vez que, en esta última, la sujeción a simple autorización administrativa se habría obrado ya con la ***Ley 37/1995, de Telecomunicaciones por Satélite*** mientras que, en aquélla, no habría tenido lugar hasta la ***Ley General de Telecomunicaciones 32/2003***.

(c) Sobre plataforma terrestre

Por último, la evolución del requisito de la exigencia de título habilitante para la prestación del servicio de difusión televisiva sobre ondas hertzianas es sencilla de resumir desde el mismo momento en que el mismo ha participado siempre del carácter de servicio público hasta fechas muy recientes. Llegados a este punto, puede ser clarificador diferenciar, como ya se hizo en los correspondientes apartados de la tesis, entre servicio público televisivo de ámbito estatal, autonómico y local.

En lo que concierne a la primera, la gestión directa del servicio público televisivo de ámbito estatal sobre ondas hertzianas comenzó correspondiendo al ente público RTVE bajo la **Ley 4/1980**, de 10 de enero, por la que vino a aprobarse el Estatuto de la Radio y Televisión. Siguiendo con el servicio público televisivo sobre ondas hertzianas de ámbito estatal, puede observarse como, a partir de la **Ley 10/1988**, de 3 de mayo, de Televisión privada, se hizo posible su gestión indirecta por particulares mediante concesión.

Este planteamiento persistió tras la **Ley 10/2005**, de 14 de junio, de Medidas para el impulso de la Televisión Digital Terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo que, en su Art. 1, vino a dar nueva redacción al Art. 25 de la **Ley 31/1987**, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, el cual debía estar vigente hasta la aprobación de la regulación específica de los servicios de difusión televisiva, por aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la **Ley 11/1998** General de Telecomunicaciones (esta Disposición Transitoria Sexta se mantiene expresamente en vigor por la Derogatoria de la Ley 32/2003 también General de Telecomunicaciones). Así,

conforme a la redacción vigente del citado Art. 25: “*los servicios de radiodifusión sonora y televisión por ondas terrestres son servicios públicos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente*”; “*la prestación en régimen de gestión indirecta de estos servicios requerirá la previa concesión administrativa*”.

La Ley 4/1980 fue derogada por la **Ley 17/2006**, de 5 de junio, de Radio y Televisión de titularidad estatal en la que se mantenía la categoría servicio público del servicio de difusión televisiva de titularidad del Estado sobre ondas hertzianas que se encomendaba, en régimen de gestión directa, a la Corporación RTVE.

También en el borrador de Anteproyecto de la Ley General Audiovisual se mantenía esa consideración de servicio público cuya gestión directa se reservaba, igualmente, al Estado. Así pues, el planteamiento era el de reservar la condición de servicio público sólo al de difusión televisiva sobre ondas hertzianas de titularidad estatal que sólo podría ser gestionado directamente por el mismo Estado. El servicio de difusión televisiva terrestre gestionado por particulares no participaba de la naturaleza de servicio público, bastando para su prestación una simple licencia (ya no concesión).

También en la **LGCA de 2010** el servicio público audiovisual es el que, reuniendo ciertas condiciones, sea desarrollado por el Estado, por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales. Por otra parte, se admite la prestación por privados de servicios de comunicación audiovisual sobre plataforma terrestre que no tendrán ese carácter de servicio público, siendo en este caso necesaria la obtención de licencia. La LGCA ha supuesto la derogación del Art. 25 de la LGT de 1987.

Pasando al servicio de difusión televisiva terrestre de ámbito autonómico, la **Ley 46/1983**, de 26 de diciembre, reguladora del tercer canal de televisión, mantuvo su configuración como servicio público, el cual debía ser gestionado, en régimen de concesión, por una sociedad anónima de capital público íntegramente suscrito por el ente territorial autonómico correspondiente. También en el Borrador de Anteproyecto de Ley General Audiovisual y en la **LGCA de 2010** se reserva la categoría de servicio público al de difusión televisiva de ámbito autonómico que sea gestionado por entidad de titularidad pública.

Aunque ha de notarse que la aprobación de la **Ley 6/2012**, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, ha supuesto que las Comunidades Autónomas puedan decidir sobre la prestación del servicio público de comunicación audiovisual, optando por la gestión directa o indirecta del mismo a través de distintas fórmulas que incluyan modalidades de colaboración público-privada; y también que puedan decantarse por no prestar el servicio público de comunicación audiovisual, debiendo en tal caso convocar los correspondientes concursos para la adjudicación de licencias. Del propio modo, se admite que las Comunidades Autónomas que vinieran prestando el servicio público de comunicación audiovisual puedan transferirlo a un tercero de acuerdo con su legislación específica.

Terminando con el servicio de difusión televisiva por ondas terrestres de ámbito local, la **Ley 41/1995**, de 22 de diciembre, de Televisión Local por ondas terrestres, lo concebía como servicio público cuya gestión, en régimen de concesión administrativa a otorgar por la Comunidad Autónoma, habría de corresponder a los Municipios o a personas naturales o

jurídicas. Así pues, el Borrador de Anteproyecto de Ley General Audiovisual y la **LGCA** posterior han asignado la categoría de servicio público tan sólo al de difusión televisiva de ámbito local que se gestione por entidad de titularidad pública.

A la vista de lo anterior, fácil resulta concluir que el grado de liberalización en los servicios de difusión televisiva sobre ondas hertzianas sería muy inferior al existente en los servicios de difusión de TV sobre plataformas de cable y satélite; en efecto, para la prestación de estos últimos, bastaría con una simple notificación a la Administración mientras que para el suministro de los primeros sería exigible el otorgamiento de licencia.

j) El retroceso de la noción de servicio público

El estudio que precede sobre la exigencia de título habilitante en los segmentos de los servicios de la Sociedad de la Información, de las comunicaciones electrónicas y de la comunicación audiovisual dentro del ordenamiento jurídico español permite inferir que el grado de intervención estatal sería casi nulo en el primero, algo más acentuado en el segundo donde se exige una comunicación a la CMT con carácter previo al comienzo del servicio y más acentuado aún en el de los servicios de difusión televisiva donde, acabamos ver, dependiendo del medio soporte, puede ser necesaria simple notificación o licencia para la prestación del servicio.

Por medios soporte, la liberalización ha sido más rápida en satélite que en cable y ondas terrestres, lo que se pondría de manifiesto en el dato de que, ya desde 1995, bastara con autorización administrativa para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas (incluido el servicio portador del de difusión televisiva) mientras que en los otros dos medios continuaba la exigencia de concesión; o en el de que, también desde 1995, fuera suficiente con esa autorización administrativa para la prestación de servicios de difusión televisiva en tanto que en cable y ondas terrestres seguía siendo, por esas fechas, necesaria concesión.

Aun siendo más lento que en el medio satelital, el proceso liberalizador habría ido más deprisa en el medio del cable que en el de las ondas terrestres, lo que podría apreciarse en el dato de que, dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, el servicio portador del de difusión de televisión a través de las ondas hertzianas fuera monopolizado por Retevisión hasta la Ley 32/2003; o en el de que los servicios de difusión televisiva exijan hoy licencia si son a través de ondas terrestres y sólo notificación si lo son a través del cable.

El final de este proceso, lo que abrirá la puerta a la unificación bajo un mismo régimen jurídico de los segmentos de la Sociedad de la Información, de las comunicaciones electrónicas y de la comunicación audiovisual, será la supresión de la exigencia de título habilitante – concesión, autorización o licencia – para la prestación de servicios de difusión televisiva (en este sentido se avanza en la Ley General audiovisual).

A partir de aquí, servicio público televisivo será sólo el gestionado directamente por el Estado para cumplir con una serie de fines (Vg., la promoción de los valores constitucionales), pero no el gestionado por particulares que bastará que cumpla unos mínimos de orden público (Vg., los relacionados con la protección de la infancia).

Hablamos más arriba de que, con el paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, no cabría asimilar del todo la actividad de la difusión televisiva, por un lado, y la del suministro de contenidos audiovisuales a través de redes de comunicaciones electrónicas, por

otro. Y lo anterior es así porque, si bien toda actividad de difusión televisiva entraña el suministro de contenidos audiovisuales a través de una red de comunicaciones electrónicas, no resulta ser cierta la proporción inversa.

En efecto, los servicios de video a la carta entrañan la entrega de contenidos audiovisuales a través de redes de comunicaciones electrónicas, pero al tener lugar a petición individual (punto/punto) no suponen actividad de difusión televisiva (punto/multipunto). En todo caso, el régimen de ambas modalidades de comunicación audiovisual (lineal y no lineal), aún sin asimilarse del todo, si tiende a equipararse en la nueva Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual. Seguiría al margen del segmento de la comunicación audiovisual, para permanecer dentro del de la Sociedad de la Información, el acceso a contenidos vía web o través de redes P2P.

De lo dicho hasta aquí resultaría que los avances tecnológicos han venido a poner en jaque la noción de servicio público en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, de la difusión televisiva y de los contenidos. En previsión precisamente de esta circunstancia, nuestro TC había ya venido admitiendo que la noción de servicio público en la gestión del servicio televisivo era posible y no indispensable en nuestro ordenamiento y que aquellos avances tecnológicos – y el cambio de valores implícito en ellos - podían ser justamente una de las causas de revisión de los límites de la *publicatio*.

En resumidas cuentas, la plena implantación de una red de comunicaciones electrónicas de dimensión global que conduzca a una inmediata y total disponibilidad de contenidos supondrá la definitiva marginación de la noción de servicio público del ámbito de la difusión televisiva y del más amplio de los contenidos. Esta implantación hará baladí cualquier polémica en punto a si la intervención del Estado mediante la exigencia de título habilitante en el ámbito en que nos movemos constituiría o no recorte de las libertades fundamentales de expresión e información, polémica salvada, ya y por lo demás, por el mismo TC que vino a diferenciar un ámbito primario y de abstención integrante del contenido esencial del derecho fundamental y otro, también integrante de ese contenido, pero no esencial, de creación de los medios de difusión, donde la intervención del Estado quedaba justificada.

Las tensiones, y hasta contradicciones, derivadas de la liberalización de determinadas parcelas dentro del servicio público televisivo llegaron a generar en el pasado situaciones chocantes o cuando menos llamativas. Así, no dejaba de llamar atención la existencia de un servicio público de TV encriptado (el gestionado por *Sogecable* como concesionaria en TV terrestre hasta la transformación de su título para emitir en abierto a través de *Cuatro*) junto con otro en abierto (p.e. el gestionado por *Antena 3* también en TV terrenal).

Tampoco que, como se expuso en su lugar, el TS considerara conforme a derecho la autorización del *Ente Público RTVE*, destinado por mandato legal a la gestión del servicio público televisivo, para operar en el segmento de la difusión por satélite que, también por imperativo legal, no participaba de esa naturaleza de servicio público. Resultaba también llamativo que un mismo servicio televisivo, con idéntica programación incluso, pudiera o no tener la consideración de servicio público dependiendo de cual fuera el medio de difusión empleado. Y lo mismo cabría entender en cuanto a la inserción de declaraciones más o menos vinculantes relacionadas con aspectos como el del pluralismo informativo en las normas reguladoras de la difusión por satélite cuya naturaleza, reiteramos, no era la de servicio público.

A partir de lo anterior se explicaría que una cadena pública (*Verónica*) activa en el mercado neerlandés de la TV, paradigma de la representatividad de los diferentes grupos sociales (el Tribunal Constitucional Alemán ha hablado en alguna ocasión de la garantía del “acceso a la palabra” de los grupos sociales significativos; y en nuestra Constitución el Art. 20 contiene el mandato dirigido al legislador de “*garantizar el acceso a los medios de comunicación social de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España*”), como se vio al examinar el caso *HMG*, solicitara licencia para difusiones de carácter privado con la finalidad de coordinar su programación con otras dos cadenas privadas en detrimento de potenciales competidores.

2) CONCLUSIONES FINALES SOBRE SEGMENTOS Y MERCADOS EN PARTICULAR

a) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de la difusión televisiva (comunicación audiovisual lineal): televisión en abierto y de pago

i) Relaciones de los mercados del segmento de la difusión televisiva con mercados de otros segmentos

Ambos, el de la TV en abierto y el de la TV de pago, son mercados de producto independientes por más que entre ellos exista una fuerte presión competitiva.

Sus relaciones con otros mercados adscritos a segmentos diferentes podrían esquematizarse del modo siguiente:

1. **Mercados con los que mantendrían relaciones tanto el de la TV en abierto como el de la TV de pago.**
 - a. **Segmento de los Contenidos.**
 - i. **Contenidos deportivos importantes.**
 - ii. **Obras audiovisuales y programas para TV.**
 - b. **Segmento de la Sociedad de la Información/Comunicaciones Electrónicas.**
 - i. **Mercado de los Servicios de TV digital interactiva.** Se trata de los servicios interactivos que no consisten en el suministro de contenidos audiovisuales pues este último suministro hace referencia, sobre todo, a los servicios de video a la carta que, como hemos visto, forman parte del mercado de la TV de pago. En la medida en que la interactividad permita disfrutar de servicios cada vez más complejos se irá difuminando, cada vez más, la frontera entre los servicios de TV (difusión) y los de acceso a IT (Sociedad de la Información).
 - c. **Segmento de los Recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.**
 - i. **Listas con el avance de los programas de TV** (guías electrónicas de programas que tienden a sustituir a las impresas).
2. **Mercados con los que mantendría relaciones sólo el de la TV en abierto.**
 - a. **Segmento de la publicidad televisada.**
 - i. **Mercado de la publicidad televisada.** Este es el verdadero mercado; donde unos, los difusores, venden y otros, los anunciantes, compran. Los telespectadores no compran la televisión en abierto.
 - b. **Segmento de las Comunicaciones electrónicas.**
 - i. **Transmisión de la señal audiovisual sobre plataforma terrestre** (referido al mercado español). Hay que matizar, aunque sea excepcional, la existencia de ofertas novedosas de TDT de pago (p.e., *Gol Televisión de Mediapro*).

3. **Mercados con los que mantendría relaciones sólo el de la TV de pago.**

a. **Segmento de los contenidos.**

- i. **Contenidos Premium cinematográficos.** El proceso de liberalización de todo el segmento lleva a que los estrenos en las primeras ventanas televisivas de las grandes superproducciones de *Hollywood* se den en TV de pago sólo.
- ii. **Contenidos Premium deportivos.** Ese mismo proceso de liberalización conduce a que estos costosos contenidos se relacionen más con la TV de pago y que tengan una importancia mucho más marginal en TV en abierto, quedando cada vez más restringidos los privilegios de los miembros de la UER. Tan es así lo anterior, que la sola inclusión de esta clase de contenidos en una cadena de TV terrestre, plataforma principalmente vinculada a la TV en abierto (*free to air television*), puede llegar a convertirla en cadena de pago (véase el caso citado de *Gol Televisión*).
- iii. **Canales temáticos.** La digitalización posibilitará la proliferación de esta clase de canales también en TV en abierto.

b. **Segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.**

- i. **Servicios técnicos, administrativos y comerciales.** La digitalización hará que algunos de los elementos tradicionalmente integrados en este mercado se hagan extensivos a la difusión televisiva en abierto (p.e., sintonizadores digitales o APIs).
- ii. **Comercialización de antenas parabólicas.**

c. **Segmento de las comunicaciones electrónicas.**

- i. **Capacidad satelital.** Dado que tanto los cableoperadores (*ONO*) como *Telefónica (Imagenio)* se autoprestan el servicio de transporte y portador de señal audiovisual no cabe hablar en nuestro país, por el momento, de un mercado de la transmisión de señal sobre esos soportes.

ii) Evolución de los mercados del segmento de la difusión televisiva en Europa

Como ideas esenciales relativas a la evolución de estos mercados dentro del entorno de la UE cabría destacar las siguientes:

1. Hasta 2000, el **segmento de la difusión televisiva** experimentó una fuerte expansión en Europa atendiendo a todos los indicadores: número de cadenas, volumen de negocios, número de hogares con TV, cadenas recibidas fuera de su territorio, tiempo pasado por los europeos ante el televisor, ingresos, etc.
2. En cuanto a la **TV en abierto**, la evolución de la misma en Europa y en España ha ido muy pareja. Hasta 2000, los niveles de inversión publicitaria y de publicidad se mantuvieron y, si bien en 2001 experimentaron una fuerte regresión, no tuvieron problemas para recuperarse en años posteriores. Sin embargo, la fuerte crisis global desatada a partir de 2007 llevó a que los operadores europeos protagonizaran drásticos recortes (p.e., *ITV* en UK). También los resultados de las cadenas españolas como *Telecinco* o *Antena 3* experimentaron un fuerte retroceso. Si en 2001, las dificultades de la TV de pago llevaron a la fusión digital, en 2008 fue necesario relajar los límites impuestos a la concentración empresarial en TV en abierto de modo que fuera posible una fusión como la de *Telecinco* y *Cuatro*. Sin embargo, con 2010 empezaron a sentirse síntomas de recuperación con resultados espectaculares, como los de *RTL* (que

representaba un tercio del volumen de negocio del mayor grupo de comunicación europeo *Bertelsmann*). También los doce grupos más grandes de TV europeos se pusieron a niveles como los de antes de la crisis y, en el caso de España, operadores como los citados recuperaron esos niveles, sin duda también como consecuencia de las restricciones a la participación de RTVE en el mercado publicitario.

3. En cuanto al mercado de la **TV de pago**, el mismo experimentó también una fuerte crisis en el bienio 2001-2002, en el que las iniciativas más innovadoras basadas en la personalización y la interactividad se hundieron y retornaron las más tradicionales. Lo anterior condujo a fusiones como las de las plataformas digitales en España e Italia y la búsqueda de sinergias entre los sectores de las redes y de los contenidos (las autoridades de la competencia no pudieron mantenerse del todo ajenas a la doctrina de la *failing firm* a la hora de aproximarse a estas operaciones). También llevó lo anterior a que en 2003 la cadena de TV por satélite de *Kirch* fuera adquirida por intereses estadounidenses y a que las acciones de *BSkyB* tocaran fondo en cuanto a su cotización en bolsa. El mercado de la TV de pago recobró su empuje ya a partir del bienio 2003-2004, en gran medida a resultas del incremento del número de contrataciones en el marco de ofertas *triple play*. Esta evolución del mercado de la TV de pago fue también la que se dio en nuestro país. Además, a partir de 2007, como ya se ha dicho, el mercado de la TV de pago resultó mucho menos golpeado por la crisis global que el de la TV en abierto financiada por publicidad; probablemente, la TV de pago se presentaba como opción frente a otras alternativas de ocio más caras, mientras que el mercado de la publicidad televisada seguía aún experimentando una fuerte regresión.
4. Las **plataformas satelitales** han venido siendo el principal motor de los mercados de la TV digital y de pago seguidas a mucha distancia por las de cable y a más aún por las de ADSL. En el caso del **cable**, sus tasas de participación en la TV digital y de pago serían mucho menores que las del satélite, quedando condicionadas por las dificultades de extensión de la red y por su lenta expansión. Los condicionamientos orográficos limitarían, en efecto, enormemente la expansión de la red de cable y alimentarían la existencia de importantes brechas entre estados, por un lado, y entre zonas rurales y urbanas, por otro. Lo anterior también podría predicarse de la **TVIP**, sin embargo, en el caso de ésta última cabe observar una fuerte expansión en el mercado de la TV de pago impulsada por los incumbentes de telecomunicaciones que han sabido aprovechar la capilaridad de su red y la extensión de la banda ancha para realizar agresivas ofertas en *triple play*. La **plataforma terrestre** sigue siendo la principal plataforma de entrega de servicios de TV en Europa y se mantiene vinculada a la TV en abierto, sin embargo, tras su digitalización, comienza a relacionarse con ofertas de pago y, de hecho, ya existen iniciativas empresariales en este sentido.
5. En años venideros, por principales **indicadores de la evolución de los mercados de la TV** podrían tenerse: (i) la evolución hacia ofertas personalizadas; (ii) la efectiva digitalización; (iii) la implantación de la TVAD; y (iv) el desarrollo de la TV en movilidad.
6. En cuanto a la **TVAD**, la misma lleva incubándose en Europa desde hace ya varias décadas. Podría destacarse como las decisiones 89/337/CEE, 89/630/CEE y 93/424/CEE intentaron fomentar un estándar único para la prestación de estos servicios y destinar fondos europeos para el desarrollo de televisores y equipos adaptados a su prestación. Se buscaba que el desarrollo de estos componentes creara un círculo

virtuoso que animara a los operadores a prestar esta clase de servicios. En parte, los objetivos se cumplieron y, por ejemplo, la tasa de penetración de televisores adaptados en 2002 en Europa alcanzó el 22 %. Sin embargo, la barrera de entrada consistente en la disponibilidad de frecuencias sólo podría ceder en cuanto a la TDT a partir del apagón. Más recientemente, la Directiva Acceso (2002/19/CEE) ha llegado a imponer como estándar/relación de aspecto el formato 16:9, ordenando la adaptación de las redes de comunicaciones electrónicas para servicios de TV digital a los de alta definición y prescribiendo a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que reciban señal en alta definición el conservar este formato.

Como exige un mayor ancho de banda que la TV convencional, la misma sólo parece posible en un escenario digital en el que la compresión de la señal permita un mejor aprovechamiento del espectro. Aun así, y por esas mismas razones, parece más viable en cable y satélite que en TDT, pues ésta ofrece un menor ancho de banda que aquéllas y obliga a los operadores a renunciar a un mayor número de canales en el múltiple para la prestación de servicios en alta definición. La TVAD se basa en un aumento del número de líneas, en un cambio de la relación de aspecto (anchura y altura) para acercar la pantalla a formatos panorámicos, en el incremento del número de imágenes por segundo y de la calidad del audio que se asimila a la de un CD. La TVAD alcanzó masas críticas de audiencia en EE.UU. y Japón, en Europa en 2008 había del orden de 70 canales de esta clase y también en España *Digital +* incorporó en 2009 varios canales en esta tecnología.

Finalmente, las técnicas de compresión de la señal de vídeo asociadas a la digitalización han terminado por hacer posible la TVAD en digital terrestre, si bien la misma exige una capacidad equivalente a dos canales digitales, o lo que es igual, a más de la mitad del múltiple digital. La misma se contempla en la LGCA que impone su adaptación a estándares europeos y también en el desarrollo normativo de la misma que prevé acuerdos entre operadores que compartan el múltiple para facilitar su desarrollo (en el escenario anterior a 2015, pues a partir de esta última fecha cada operador tendrá ya asignado todo un múltiple digital).

7. En cuanto a la **TV en movilidad**, la misma se encuentra atrasada con respecto a la TVIP, por ejemplo. Esto responde a ciertas indefiniciones en el modelo de negocio. Sobre éste, el modelo de jardín vallado en el que el operador de comunicaciones electrónicas mantendría en sus manos la llave del acceso del contenido al usuario final sería el opuesto al de la neutralidad de red en la que, como sucede en IT, dicho operador no tendría forma de controlar los contenidos dispensados a través de su red. Esta última opción, no parece factible desde el momento en que las redes móviles no son redes abiertas como las de IT. Por otro lado, la necesidad que los operadores móviles tendrían de dar contenidos con un valor de diferenciación hace lo más viable las opciones intermedias entre una y otra fórmula que pasarían por los acuerdos entre los operadores móviles y los proveedores de contenidos en los que unos y otros tendrían su participación en el valor añadido generado (p.e., últimamente en España, los acuerdos entre *Sogecable* y *Jazztel*). En cuanto al estándar tecnológico, frente al modelo UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*), basado en la descarga de contenidos en flujo de datos (*streaming*), en Europa se ha impuesto el modelo DVB-H (*Digital Video Broadcasting for Handhelds*), basado en un modelo de difusión terrenal (*broadcast*). En España lo anterior pasaría por la colaboración entre un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas sobre redes móviles (p.e., *Telefónica*), un

proveedor de terminales móviles (p.e., *Nokia*), el operador de red de difusión digital terrestre (*Abertis*) y un proveedor de contenidos (p.e., *Sogecable*). Este modelo estaría en un estado sólo germinal, si bien cabría esperar su desarrollo a raíz de la mayor disponibilidad de frecuencias tras el apagón analógico de 2010. En este sentido, la TV digital en movilidad es ya una realidad normativa en la LGCA y en su legislación de desarrollo, exigiéndose una simple licencia para su prestación y pudiendo vincularse la misma tanto a ofertas en abierto como de pago.

8. El **retroceso de la noción de servicio público** en el campo de la difusión televisiva supondrá que el mismo quede limitado a la parte de las emisiones realizadas en abierto por los entes públicos (p.e., *Corporación RTVE*) formada por aquellas de esas emisiones que satisfagan ciertas exigencias (promoción de valores constitucionales, etc.). El resto de las emisiones en abierto de esos mismos entes públicos, todas las emisiones en abierto de las cadenas comerciales y todas las emisiones de pago estarán desprovistas del carácter de servicio público sin perjuicio del deber de ajustarse a las exigencias de orden público. El retroceso de la noción de servicio público confiere un papel especialmente protagonista al Derecho Antitrust para evitar la sustitución del monopolio empresarial e informativo público por otro privado.

iii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de la difusión televisiva

En punto a la identificación del **mercado de producto** dentro del segmento de la difusión televisiva, TV en abierto y TV de pago mantienen en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia sus perfiles como mercados independientes atendiendo: **(i)** a los criterios habituales de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda (por más que la gratuidad de los servicios de difusión televisiva en abierto pueda dificultar la aplicación de la prueba del monopolista hipotético o de los criterios de la elasticidad propia o cruzada de la demanda); **(ii)** a la existencia de unas barreras de entrada de carácter normativo en el caso de la TV en abierto basada en la plataforma terrestre (licencia) más intensas que en el de la TV de pago basada en los otros sistemas de distribución (simple comunicación); **(iii)** a las características del servicio ofrecido (sin contenidos *Premium* en el caso de la TV en abierto); **(iv)** o al diferente modelo de negocio (ingresos por publicidad frente a pago de abonados).

El proceso de digitalización de la TV terrestre puede, en cambio, restar importancia a otros factores tradicionales de diferenciación: la existencia de una multitud de canales o de unos elementos específicos (descodificadores, EPGs, etc.) como característicos de la TV de pago. No obstante ya se advierte por las autoridades de la competencia (CNC en el caso *Gol TV*, p.e.) que el progreso tecnológico y la digitalización podrán llevar a que se diluyan las diferencias entre ofertas de pago y en abierto y, asimismo, a que se hagan más difusos los factores de distinción entre el mercado de la difusión televisiva y otros como los de la comunicación televisiva sobre terminales móviles o por internet. Además, la plataforma de entrega (satélite, ADSL, cable o TDT) o el modo analógico o digital de la señal no generan mercados diferentes. Del propio modo, cabría observar cómo, dentro del mercado de la TV de pago, tendrían cabida todas las ventanas: TV de pago, pago por visión, video a la carta y video cuasi a la carta.

En cuanto al **mercado geográfico** de referencia, tanto en el caso de los servicios de TV de pago como en el de los de TV en abierto, el mismo tiene dimensión nacional atendiendo a los mismos criterios de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda y a los basados en factores

culturales y lingüísticos. En este sentido, vimos ya que, para la Comisión, las denominadas “características básicas de la demanda” pueden, por sí solas, bastar para la definición del mercado geográfico de referencia. En este punto, puede ser también útil la aplicación de los criterios como el de la sustitución en cadena para concluir que la existencia de cadenas de ámbito nacional, autonómico o local (dentro de la TV en abierto) o de plataformas tecnológicas con diferente grado de cobertura territorial (p.e., demarcaciones para cableoperadores dentro de la TV de pago) no tiene por qué determinar una fractura de ese mercado nacional. En cambio, el dato de que la presión competitiva ejercida sobre las cadenas nacionales por las de estados europeos vecinos, en gran medida por la existencia de acuerdos sobre propiedad intelectual de ámbito nacional, no sea tanta como para dar lugar a la aplicación de los criterios de la sustitución en cadena permite inferir que no existe un mercado europeo de la TV de pago o de la TV en abierto.

iv) Entorno normativo de los mercados del segmento de la difusión televisiva

El entorno normativo, tanto del mercado de los servicios de TV de pago como del mercado de la TV en abierto, viene a ser en esencia el mismo. Dentro del ordenamiento jurídico comunitario, la norma primordial vendrá a ser la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual que persigue eliminar las trabas a la libre circulación de esta clase de servicios (difusión televisiva + servicios audiovisuales a petición) dentro del mercado común. Dentro de esta Directiva, por las razones expuestas en su lugar, las normas sobre comunicación audiovisual lineal (léase difusión televisiva) serían comunes a los mercados de la TV de pago y de la TV en abierto. En cambio, las que versan sobre comunicación audiovisual no lineal o a petición irían más bien referidas de forma exclusiva al mercado de la TV de pago. En la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual de 2010 la regulación viene a ser más liviana en el caso de los servicios no lineales que en el de los lineales. Por otra parte, dentro de esos servicios a petición sólo quedarán sujetos a las prescripciones de la Directiva los que tengan la consideración de *mass media*, por estar destinados a una parte significativa del público en general, por lo que quedaría excluida la comunicación audiovisual a través de webs privadas o el intercambio de ficheros P2P.

Y en lo que se refiere al entorno normativo nacional, la norma a la que hay que estar es la LGCA de 2010. La misma se ajusta al contenido de la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual y, además, intenta erigirse en un auténtico Código Audiovisual, derogando y absorbiendo toda una serie de normas anteriores muy dispersas. En ella, los servicios de comunicación audiovisual pasan a ser concebidos como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia. La consecuencia de este planteamiento será la no exigencia de título habilitante para la prestación de los servicios de comunicación audiovisual, bastando con una simple comunicación a la autoridad audiovisual, salvo en el caso de la plataforma terrestre en que se exige aún licencia (en esto el principio de neutralidad tecnológica no termina de aplicarse totalmente). Dentro de los servicios de comunicación audiovisual, sólo tendrá la consideración de servicio público audiovisual el prestado por el Estado que cumpla, además, una serie de condiciones objetivas (promoción de valores constitucionales, culturales, etc.).

En este sentido, puede observarse la siguiente evolución. Con respecto a la Ley de 1980 de TV pública, la de 1988 de TV privada supuso una desregulación de la actividad televisiva muy matizada (los concesionarios privados seguían sujetos a la supervisión de los poderes públicos en el desarrollo de su actividad), una relativa desmonopolización de la actividad (se

mantenía una situación de oligopolio) y una notable privatización de la actividad (con la incorporación de varios operadores privados). En consecuencia, la liberalización, en el sentido de eliminación de trabas a la libre iniciativa empresarial en la prestación del servicio televisivo, quedaba muy matizada. La LGCA de 2010, en cambio, ha supuesto un alto grado de liberalización: la desregulación es importante (hasta el punto de que deba sólo respetarse el orden público audiovisual y de no exigirse concesión, autorización ni licencia para prestar el servicio, salvo en el caso de la TV terrestre en que se exige dicha licencia), la desmonopolización también (la digitalización lleva a la dispersión de la oferta) y la privatización es máxima (la mayor parte de la TV es privada). Entre medias, el proceso de liberalización se ha visto adelantado con la regulación que ya conocemos de la TV por cable y satélite (TV de pago).

Como aspectos principales que, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, planteaba el Proyecto de LGCA podrían citarse: **(i)** la necesidad de que las competencias del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), sobre todo las relacionadas con el mantenimiento del pluralismo de informaciones en los medios, no invadieran las de las autoridades de la competencia, relacionadas con el mantenimiento de una pluralidad de ofertas en los mercados, en aspectos tales como la aprobación de operaciones de concentración, aprobación de códigos de autorregulación de los operadores audiovisuales, control de los contenidos integrados en la oferta de servicio de público, etc.; **(ii)** la moderación de las obligaciones de acceso y de *carrier* que pretendían imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas a favor de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, de modo que las mismas quedaran limitadas a casos muy concretos, derivándose, para todo lo demás, a la regulación sectorial de las comunicaciones electrónicas y al control *a posteriori* verificado por las autoridades de la competencia.

En cuanto a la definición del servicio público televisivo en la LGCA, el mismo parte de los mandatos marco aprobados por el poder legislativo por plazo de nueve años y que tendrán que terminar de ser completados por la autoridad audiovisual competente. Además esa definición deberá ir acompañada de los criterios para fijar el coste del servicio público con la sana intención, desde el punto de vista del juego de la competencia, de que la financiación obtenida se limite a ese coste del servicio público y que el exceso revierta a los Presupuestos Generales del Estado.

Así, un aspecto esencial en la LGCA, en la Ley de Televisión de Titularidad estatal de 2006 y en la Ley de Financiación de ésta de 2009, ha sido el relacionado con la financiación del servicio público televisivo. En este sentido, podría empezar por observarse como, ya al pronunciarse sobre la admisibilidad de un monopolio público televisivo, se había referido el TJUE a la necesidad de que el mismo no afectara a las normas del TFUE sobre libre prestación de servicios, vetando las emisiones emanadas de los difusores de otros estados miembros sin justificación, o sobre libre competencia, consolidando posiciones dominantes que pudieran degenerar en abuso de las mismas.

Desde el sistema del Protocolo de Ámsterdam se admite un modelo de difusión dual, público y privado. El primero se reserva al Estado (condición subjetiva) y debe cumplir ciertas exigencias (condiciones objetivas). Este es el planteamiento de la LGCA de 2010. En la medida en que lo anterior se dé, estará justificado el apoyo financiero y las ayudas al sector público de radiodifusión. En el caso del servicio público, la vinculación es en positivo a la consecución de los valores relacionados con esas condiciones objetivas. En el caso de los

difusores privados, la vinculación es en negativo y se relaciona con la imposible transgresión de ciertos límites asociados al orden público.

En cuanto al sistema de financiación de *RTVE*, con la normativa referida se eliminan los ingresos por publicidad de Corporación *RTVE*. También se imponen límites presupuestarios a la adquisición de contenidos *Premium* deportivos y límites al número de películas *Premium* de Hollywood que podían ser emitidas. El sistema de financiación impuesto sigue, no obstante, planteando serios problemas desde el punto de vista de la normativa comunitaria sobre ayudas y del Derecho de la Competencia.

Así, la difusión se adscribe a la categoría de servicio de interés económico general (SIEG) y la concesión de ayudas a la misma puede beneficiarse de la excepción a la prohibición de ayudas en la medida en que se ajuste a la jurisprudencia sentada por el TJUE en el caso de *Altmark* y a las decisiones de la Comisión que la interpretan.

Los requisitos eran: (i) misión y definición del servicio público de radiodifusión (SPR): el organismo de radiodifusión debía tener encomendado el desarrollo de la función del SPR y los contornos de éste debían quedar bien limitados; (ii) objetividad, transparencia y no discriminación en la fijación de los parámetros de la compensación estatal para el servicio público; (iii) proporcionalidad de la compensación, de manera que la misma quede limitada al SPR; (iv) atribución del SPR mediante procedimientos competitivos (licitaciones) y, cuando lo anterior no tuviera lugar, control de que el organismo de radiodifusión encargado del SPR actuaba como un empresario eficiente y en condiciones de mercado. No cumpliéndose la anterior, podía ser que la ayuda pudiera, no obstante, beneficiarse de la llamada excepción cultural, de interpretación muy restrictiva, como hubo oportunidad de examinar, pues no cabía asimilar a ella la simple necesidad de satisfacer las exigencias pedagógicas o democráticas de un estado miembro cualquiera.

En sus consideraciones sobre la normativa de financiación, subrayó la CNC que los límites de ayuda a *RTVE* con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no quedaban fijados de antemano de modo objetivo conforme a los costes en los que incurriría una empresa bien gestionada.

La decisión de la Comisión sobre ayudas de 2001 fue sustituida por otra de 2009. En ésta entendió la Comisión que el modelo de financiación no cumplía con la exigencia de que el SPR fuera atribuido a *RTVE* mediante procedimientos competitivos (licitaciones) o, en su defecto, con la de que se realizara un control de que el organismo de radiodifusión encargado del SPR actuaba como un empresario eficiente y en condiciones de mercado. Tampoco cumplía con los requisitos de objetividad, transparencia y no discriminación en la fijación de los parámetros de la compensación estatal para el servicio público. Es decir, que con lo anterior vinieron a confirmarse las apreciaciones de la CNC.

Sin embargo, entendió la Comisión que lo anterior no afectaba a la validez del régimen de financiación, pues, al tiempo de publicarse la Ley 8/2009, de financiación de *RTVE*, la decisión aplicable era la de 2001, de la que no se desprendían tales exigencias, con lo que debía considerarse conforme a ella aquel régimen de financiación.

Otra cosa era que fuera ajustado al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas el gravamen impuesto a los operadores de comunicaciones electrónicas que, como se vio, debían contribuir con un porcentaje de sus ingresos a la financiación del servicio público

televisivo. Sobre este punto, para la CNC la cuestión era la relacionada con el hecho de que, en alguna medida como contraprestación a todos esos límites impuestos a *RTVE*, principalmente en materia de participación en el mercado de la publicidad, debieran contribuir a la financiación de ésta no sólo las empresas prestadoras de servicios de comunicación audiovisual, sino además las empresas prestadoras de servicios de comunicaciones electrónicas. La CNC entendió que, en el caso de las segundas, era dudoso que las mismas resultaran beneficiadas por tales limitaciones impuestas a *RTVE*.

Siendo esta la situación, dado el potencial de crecimiento de los servicios de comunicaciones electrónicas, bien podía resultar que, tras sumar los ingresos procedentes de las aportaciones de los operadores, resultaran excedentes. Tales excedentes recibirían el tratamiento de ingresos con destino a los Presupuestos Generales del Estado. Es decir, que no revertirían a los operadores, ni se les tendrían en cuenta para la fijación de futuros umbrales de aportación. Lo anterior suponía para la CNC una importante fuente de restricción del juego de la competencia.

Estas advertencias del CCNC parecieron verse confirmadas por la propia Comisión europea, para quien el gravamen podría ser ilegal porque las normas europeas (la directiva 2002/20, en concreto) establecían que las tasas pagadas por las compañías de telecomunicaciones para poder operar sólo podían destinarse a *“financiar las actividades de la autoridad nacional de reglamentación relativas a la gestión del sistema de autorización y el otorgamiento de derechos de uso”*; añadiéndose que *“tales tasas deben limitarse a cubrir los gastos administrativos reales de estas actividades”*. Sobre este particular había otro proceso de infracción en curso ante la propia Comisión Europea.

v) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la difusión televisiva en España

Inciendo sobre todo lo referente al análisis de la estructura del mercado español en relación con los mercados pertenecientes al segmento de la difusión televisiva, una primera idea podría ser la de que, así como en las resoluciones de las autoridades de la competencia la fijación de cuotas dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores tiene lugar atendiendo a los niveles de audiencia, ante la imposibilidad material de acudir a los criterios del volumen o del valor de las ventas al tratarse de servicios gratuitos, dentro del de la TV de pago esa misma fijación se realiza atendiendo a estos últimos criterios.

Esto último se ve posibilitado no sólo por la existencia de “ventas”, sino además por la de una infraestructura física y lógica que enlaza al abonado con el organismo de radiodifusión y que permite una información, más exacta que la que ofrecen los servicios de audimetría para la TV en abierto, en cuanto al número de abonados y a las cantidades facturadas a éstos. En este sentido, el criterio del valor de las ventas puede ofrecer una imagen más fiel sobre la posición de los operadores dentro del mercado de la TV de pago que el del volumen de las mismas: p.e., un operador de TV por satélite, al incluir en su oferta unos contenidos con mayor valor *Premium*, podrá cobrar un precio más elevado que otro de cable o ADSL, con lo que, aun cuando pudieran todos ellos contar con igual número de abonados, aquél disfrutaría de un mayor poder de mercado (paradójicamente, en el caso *Sogecable*, el entonces TDC primó el factor del volumen de ventas).

En lo que concierne al análisis del mercado de la TV en abierto, con más de 3.700 millones de euros en 2003 correspondientes a publicidad y subvenciones, tendría una dimensión

global mucho mayor que el de TV de pago (unos 485 millones de euros en 2006 procedentes de las cuotas pagadas por los abonados). Mientras que para la TV en abierto la red principal de distribución sería la red terrestre, para la TV de pago lo serían la satelital y la de cable (en un sentido amplio también comprensivo del ADSL). No obstante, ha de notarse la posterior aparición de ofertas de TDT de pago (*Gol Televisión de Mediapro*). Además, en tanto que el mercado de la TV en abierto presentaría un grado de concentración moderado (IHH de 1.640), el de la TV de pago sería un mercado muy concentrado (IHH de 4.040, por volumen de ventas, y de 6.550, por valor de las mismas).

El mercado español de la TV en abierto es un mercado con una tendencia “natural” al oligopolio por la existencia de fuertes barreras normativas de entrada ligadas a la exigencia de título habilitante (actualmente sólo licencia) y de dominio (espectro) públicos. En cambio, el mercado español de la TV de pago se configura como mercado con una tendencia “artificial” al monopolio a causa de importantísimas barreras de entrada económicas derivadas del particular modelo de negocio que parte de la adquisición de carísimos contenidos audiovisuales (*Premium*) sobre la base de contratos de larga duración y rígida exclusividad (se habla de las plataformas de pago como de auténticos “castillos de naipes”). Ahora bien, el anterior, que sería el escenario pre-apagón, podría revertir con la digitalización, la liberación de frecuencias a consecuencia del “dividendo digital”, la multiplicación de ofertas y la atenuación de las exigencias para la obtención de título habilitante derivada de la LGCA.

Ambos, TV en abierto y de pago, son mercados maduros, aun cuando ese grado de madurez sea mayor en el caso de la TV en abierto. Y en lo que se refiere a la estructura de la demanda (comunidad de televidentes/abonados), en los dos mercados sería fragmentada y dispersa y, aunque en el de la TV de pago pudiera estar más focalizada, ni siquiera en este último mercado podría llegar a imaginarse la existencia de ningún poder negociador del lado de la demanda.

El escenario del mercado español de la TV de pago no se presentaba como especialmente propenso a la colusión por la sencilla razón de que *Sogecable* disfrutaba de una posición dominante individual que la eximía de la necesidad de ponerse de acuerdo con otros operadores (en 2010, si bien la cuota de mercado de *Sogecable* había cedido, seguía situándose en umbrales cercanos al 70 % por volumen de ingresos, con lo que cabría considerar que seguía disfrutando de una posición dominante de acuerdo con la doctrina de las autoridades de la competencia). Una intensificación de la presión competitiva procedente del cable, como consecuencia de rebasar el punto de inflexión de sus inversiones en red para pasar a invertir en contenidos, podría invertir el signo de la situación alentando la colusión entre *Telefónica* y la propia *Sogecable*.

Los riesgos de coordinación entre *Sogecable* y *Telefónica* fueron muy tenidos en cuenta con vistas a autorizar la integración de las plataformas digitales en España en 2001/2002 y la participación de *Telefónica* en el capital de *Sogecable* (v. condiciones 13.^a a 16.^a y 19.^a del ACM 2002: prohibición de comercialización conjunta de la oferta de *Sogecable* con la de *Imagenio*; prohibición de discriminación a favor de *Telefónica* en el suministro de contenidos por *Sogecable* o en la contratación del retorno para servicios interactivos prestados por la misma *Sogecable*; prohibición de la suscripción de alianzas estratégicas entre ambas compañías, etc.). Frente a las anteriores medidas de comportamiento, llegó incluso a postularse la adopción de medidas estructurales que pasaban por la desinversión de *Telefónica* en *Sogecable* (v. op. referencias al voto particular de Espín Templado).

A esa presión competitiva ejercida sobre *Sogecable* sobre todo por los cableoperadores debía sumarse la procedente de *Gol TV*, que emitía en TDT y que, aun no disfrutando de una cuota elevada, venía respaldada por la fuerte posición de su matriz *Mediapro* en el mercado ascendente de los contenidos *Premium* deportivos.

En cambio, en el mercado español de la TV en abierto la inexistencia de posición dominante individual haría más patente el riesgo de colusión entre operadores ya asentados con vistas a excluir del mercado de la publicidad televisada a otros de reciente entrada como, p.e., *La Sexta*. Llevado al extremo, lo anterior pudiera degenerar en una posición dominante colectiva. La realidad ha sido, además, que el grupo *Mediapro*, con *La Sexta* como su ramificación en el mercado de la TV en abierto y con *Gol Televisión* como su opción en TV de pago sobre plataforma terrestre, no sólo ha animado el mercado de la TV en abierto, sino también el de pago, adoptando una actitud a veces discolá a veces cooperadora. La primera, por ejemplo, para hacerse con los principales contenidos *Premium* futbolísticos en detrimento de *Sogecable*, con vistas a disputarle el mercado descendente de la TV de pago (caso *Gol TV*). Lo segundo, verbigracia, para repartirse con *Sogecable* los derechos para TV en abierto y de pago en el caso *AVS III*.

vi) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de la difusión televisiva en España

(1) En materia de concentraciones

(a) Horizontales

Entrando ya en todo lo concerniente a la evaluación del juego de la competencia en el mercado español respecto de estos mercados de la difusión televisiva, TV en abierto y TV de pago, cabría empezar por todo lo concerniente a las concentraciones dentro de los mismos.

En el mercado español de la TV en abierto, en su configuración hasta fechas muy recientes, la existencia de restricciones legales para que un mismo organismo de radiodifusión participase en varias cadenas y la necesidad de mantener la explotación de la concesión, pues ya vimos que aún se mantenía su concepción como servicio público, hacían poco imaginables las concentraciones horizontales. Lo anterior no significaba que no pudiera llegar a darse la colusión horizontal o, incluso, un abuso de posición dominante colectiva (dada la inexistencia de posición dominante individual) en el caso de concertación entre varias cadenas en abierto. Sin embargo, la relajación de los límites para la existencia de esas participaciones cruzadas en la vigente LGCA y en la legislación inmediatamente anterior a ésta, como se vio, ha sido una de las razones de que haya, por ejemplo, podido llegar a verificarse la concentración entre *Telecinco* y *Cuatro*, a la que ha seguido casi por inercia el proyecto de integración entre *Antena 3* y *La Sexta*.

En el caso del mercado de español de la TV en abierto, partimos de una hipotética concentración horizontal entre *Antena 3* y *Telecinco* refiriéndola a la situación del mercado español en 2006, el cual presentaba un índice de concentración mayor que el actual por el menor impacto de la digitalización. Como resultado de la concentración, la cuota de la concentrada se situaría por encima del 40 % por niveles de audiencia. Ciertos factores, como lo distante que se encontraba la cuota del inmediato perseguidor (*RTVE*), harían necesaria

una valoración de la operación. Así, los parámetros del IHH posterior a la concentración y del delta de la operación, 2.463 y 823, respectivamente, determinarían que hubiera de procederse a la evaluación de los efectos anticompetitivos coordinados y no coordinados.

Los efectos anticompetitivos no coordinados serían muy importantes y se asimilarían a la falta de competencia entre *Telecinco* y *Antena 3* para la captación de audiencia. Las elevadas cuotas disfrutadas por ambos operadores – insistimos en el escenario de 2006 – llevarían a un incremento exponencial de los niveles de concentración en el mercado. La nueva entidad quedaría en condiciones de expulsar o impedir la expansión de sus competidoras en el mercado de la publicidad televisada, protagonizando abusos de exclusión y vetando así su acceso a los medios de financiación de sus producciones, lo que, a su vez, debilitará su posición en el mercado de la audiencia (p.e., la concentrada podría ofrecer incentivos a los anunciantes, lo que llevaría a una exclusión de los competidores del mercado de la audiencia y del de la publicidad televisada).

En cuanto al riesgo de efectos anticompetitivos coordinados derivados de la operación, los mismos se pondrían de manifiesto más respecto de otros operadores privados (*Cuatro* o *La Sexta*, que aún no habían pasado a formar parte de las empresas participantes en la concentración) que públicos (por la diversidad de los objetivos de estos). Estos efectos coordinados podrían manifestarse a través del reparto del mercado con arreglo a criterios como pudieran ser la clase de televidentes (público juvenil o familiar) o las franjas horarias o las limitaciones o degradaciones de la calidad de las programaciones. Y esos mismos efectos podrían basarse en la posibilidad de influencia efectiva de las partes sobre las condiciones en las que se basa la coordinación (por la simplicidad y transparencia del mercado de la TV en abierto, por la simetría de las empresas concertadas en cuanto a sus cuotas de mercado, grado de integración vertical y estructuras de costes, etc.), aunque más difícil resultaría imaginar la activación de represalias (por ejemplo, por la existencia de normas dirigidas a evitar la contraprogramación) o que la concertación pudiera ser inmune a la reacción de otros competidores (por el dinamismo del mercado, vg., la concertación para rebajar la calidad de la programación sería aprovechada por otros operadores para mejorarla).

No habría neutralizadores importantes para los anteriores efectos anticompetitivos: ni poder de mercado del lado de la demanda conformada por los telespectadores; ni competencia potencial debido a la existencia de importantes barreras de entrada dentro del mercado de la TV en abierto; ni eficiencias para los telespectadores. Lo anterior tendría que llevar a que, en principio, tal operación no pudiera ser autorizada.

Por otra parte, en el mercado español de la TV de pago esa concentración horizontal si llegó a plantearse en el caso *Vía Digital*, si bien en el escenario post-concentración resulta ya improbable que se reproduzcan las concentraciones pues existe ya un solo operador para cada plataforma tecnológica: *Sogecable* en satélite, *ONO* en cable y *Telefónica* en ADSL. Ahora bien, ha de considerarse la introducción de la TDT de pago en el que la existencia de un único operador no se encuentra tan definida (el modelo de *Gol TV*, dependiente de *Mediapro*, es incipiente). En TV de pago, hemos visto también que la existencia de posición dominante individual en manos de *Sogecable* haría menos probable que en TV en abierto la colusión horizontal o el abuso de una posición dominante colectiva.

Puestos a elucubrar con el escenario posterior a la fusión digital de 2001, barajamos la opción de la creación de una empresa en participación de carácter concentrativo por parte de *Sogecable* y *Telefónica*, en la que quedaran integradas sus dos plataformas de TV por satélite

y ADSL, respectivamente, es decir, de una empresa de carácter concentrativo con “plenas funciones”. El mercado de referencia sería el español de la TV de pago, en el que la nueva empresa (“Nueva”) rayaría una cuota del 85 %. De este modo, el IHH posterior a la concentración sería de 7.290 y el delta de 735. Partiendo de la situación del mercado de 2001, en la que *Imagenio* de *Telefónica* acababa de incorporarse, lo anterior se agravaba por tratarse de un proyecto TV sobre ADSL novedoso y porque la concentración podía perjudicar la innovación. Además, ya había indicios de coordinación en el pasado entre *Telefónica* y *Sogecable* (v. asunto *Cablevisión*) y una de las partes, *Sogecable*, presentaba antes de la operación una cuota de mercado muy por encima del 50 %.

Los efectos anticompetitivos no coordinados, cifrados en la atenuación de la presión competitiva entre *Sogecable* y *Telefónica* en el mercado de la TV de pago, se verían agravados por muchos factores, además de los ya apuntados: el grado de concentración del mercado, la existencia de trámites y costes de transferencia para que los abonados de las dos plataformas concentradas pudieran pasarse a la de *ONO*, la posibilidad de que *Nueva* expulsara a otros operadores (cableoperadores) del mercado de la TV de pago, etc. Por el contrario, los riesgos de efectos anticompetitivos coordinados no resultarían significativos ante lo improbable de que *Nueva* tuviera necesidad de coordinarse con otros operadores activos en el mercado.

El análisis de neutralizadores, con matizaciones, sería prácticamente coincidente con el que hemos visto en el ejemplo de la integración entre *Antena 3* y *Telecinco* en el mercado de la TV en abierto. El poder de compra ejercido por los abonados, aunque levemente superior al de los espectadores de TV en abierto, tampoco sería determinante. La competencia real y potencial, ejercida por los cableoperadores y por las plataformas de TDT de pago, sí podría invertirse de una mayor entidad que en ese otro ejemplo, pero no hasta el punto de compensar los efectos anticompetitivos de la operación. Lo mismo cabría decir respecto de posibles eficiencias (bidireccionalidad e interactividad de los servicios resultado de combinar la senda de ida y la de vuelta de ambas plataformas, refuerzo de poder de compra para adquirir contenidos en mejores condiciones, etc.), pues lo más probable es que *Nueva* terminara por dar los servicios indispensables para diferencia su oferta de la de los operadores en abierto y, además, habría formas mucho menos lesivas de obtener esas eficiencias como, por ejemplo, acuerdos de cooperación horizontal.

En suma, estos dos ejemplos extremos de concentraciones horizontales dentro de los mercados de la TV en abierto y de pago, permitirían extraer algunas conclusiones. Se trata en ambos casos de mercados concentrados, pero más el de la TV de pago, por lo que los efectos anticompetitivos podrían invertirse en este último caso de una mayor intensidad. Una concentración horizontal en cualquiera de esos dos mercados produciría efectos no coordinados. El riesgo de efectos coordinados, en cambio, se daría más en un caso de concentración horizontal en el mercado de la TV en abierto que en el de la TV de pago. Los neutralizadores de los efectos anticompetitivos no serían bastantes para compensar los efectos anticompetitivos en uno ni en otro caso, sin embargo, se invertirían tal vez de una mayor relevancia en el caso del mercado de la TV de pago, sobre todo la competencia potencial por la presión ejercida por los cableoperadores. Finalmente, la dificultad de articular la simple colusión horizontal en los mercados en los que nos movemos, por su carácter dinámico y cambiante, ha revelado la necesidad de ir hacia vínculos más fuertes como son los que derivan de la concentración: así con la integración de *Vía Digital* y *Sogecable* en el mercado español de la TV de pago en 2001 y con las más recientes de *Cuatro* con *Telecinco* y *La Sexta* con *Antena 3* en el mercado español de la TV en abierto.

(b) Verticales

En cuanto al riesgo de concentraciones verticales dentro del mercado español de la TV en abierto, por el carácter minorista de los servicios prestados a los telespectadores, habría que planteárselo respecto de empresas situadas en eslabones superiores de la cadena de valor. Sin embargo, tampoco lo anterior sería probable. Respecto de los mercados de contenidos, porque las obras audiovisuales para TV en abierto normalmente las suministran personas jurídicas independientes de los difusores aunque puedan presentar vínculos estructurales con ellos. Y en lo que se refiere a los servicios de transmisión de señal, la diversidad de modelos de negocio entre servicios de comunicaciones electrónicas y de comunicación audiovisual hace prácticamente inconcebible una concentración entre un difusor cualquiera y *Abertis*; aunque lógicamente puedan existir intereses comunes (p.e., entre *Abertis*, *Mediapro* y *La Sexta*).

La posibilidad de concentraciones verticales estaría, en cambio, más presente en el mercado español de la TV de pago. Ésta es también una constante en todos los mercados europeos y mundiales donde cabe que los titulares de derechos sobre contenidos busquen hacerse con una red de distribución de los mismos o que los organismos de radiodifusión u operadores de comunicaciones electrónicas pretendan adquirir otras compañías titulares de esos derechos (véase el caso de la adquisición de *AVS III*, plataforma titular de derechos deportivos, por parte de *Sogecable*). Como el estudio de este último caso ilustra bien la integración vertical entre un difusor y un proveedor de contenidos, especulamos con la opción de la integración vertical entre un difusor y un prestador de servicios de comunicaciones electrónicas (estos son insumos necesarios para la prestación de servicios de comunicación audiovisual). En este sentido, dando continuidad al ejemplo de concentración horizontal, barajamos la opción de la integración vertical entre *Sogecable* y *Telefónica*, considerando que esta última llegara a adquirir *Digital +*. Los efectos verticales de esta concentración serían mucho menos restrictivos que los horizontales que acabamos de ver.

En este ejemplo, el mercado español de la TV de pago sería mercado afectado por la existencia de relaciones verticales. Tras la concentración, *Telefónica* podría hacer llegar a través de su RTPC a los usuarios finales, no sólo la señal de *Imagenio*, sino también la de *Canal Satélite Digital*. O, puesto en otros términos, *Canal Satélite Digital* podría llegar a los abonados a través de las antenas parabólicas instaladas en los hogares y, además, a través del par de cobre reforzado con técnica ADSL, y lo mismo podría ocurrir con *Imagenio*, que podría también aprovechar esa duplicidad de plataformas. La sección descendente de *Telefónica* actuaría en el mercado de la TV de pago a través de esas dos plataformas y canales y su cuota en el mercado de la TV de pago quedaría muy por encima del umbral del 30 %, que es el que según las Directrices de la Comisión sobre concentraciones no horizontales puede hacer pensar en el riesgo de que la concentrada llegue a afectar a los parámetros competitivos de la calidad, la innovación, la variedad o los precios.

En una concentración vertical como ésta, los efectos anticompetitivos no coordinados habría que cifrarlos en el riesgo de que los competidores de *Telefónica* en el mercado de la TV de pago pudieran perder la capacidad o el interés por permanecer en el mercado. Lo anterior podría llegar a darse en nuestro caso ante el riesgo de que los cableoperadores, o incluso *Gol TV*, vieran cerrado el mercado, más que por el bloqueo de insumos – los cableoperadores se autoprestan los servicios de transmisión de señal y *Gol TV* tendría garantizado el suministro por *Abertis* de los servicios portadores de difusión –, por el bloqueo

de clientes, pues los alternativos verían limitada su capacidad para acceder a una base de clientes suficiente como para replicar la cobertura de la plataforma combinada de *Telefónica* e incurrir en economías de red (densidad de la cobertura de hogares), de alcance (integración del componente audiovisual del *triple play*) y de escala (mayor número de abonados) que llegaran a compensar las obtenidas por la propia *Telefónica*.

Los efectos anticompetitivos coordinados coincidirían con los vistos al tratar de las concentraciones horizontales y no llegarían a ser significativos en el mercado de la TV de pago por las mismas razones allí expuestas. Igual remisión podría hacerse en cuanto a la falta de entidad de los neutralizadores de los efectos anticompetitivos, con alguna adición referida a la posible internalización de márgenes dobles (la eliminación de un eslabón en la cadena de valor supone la reducción del margen de beneficio entre la sección ascendente y la descendente de la concentrada y una rebaja de la presión sobre los precios aguas abajo). No obstante, tampoco lo anterior llegaría a compensar la elevación de barreras de entrada en el mercado de la TV de pago que supondría la operación.

(c) Conglomerales

Finalmente, en cuanto al riesgo de concentraciones conglomerales el mismo cabría cifrarlo, p.e., en algún caso de concentración entre un operador activo en el mercado de la TV en abierto y otro en de los servicios de TV digital interactiva. El estudio de este caso lo reservamos para el de este último mercado.

En cuanto a la posibilidad de concentraciones conglomerales en relación con el mercado de la TV de pago, decir lo siguiente. Los efectos conglomerales se dan cuando las partes concentradas no se encuentran en una relación horizontal o vertical y, sin embargo, la operación puede reportarles ventajas financieras, técnicas, comerciales o de otro tipo. Las directrices de la Comisión, ante la imposible sistematización de tales ventajas, se centran en las concentraciones entre empresas activas en mercados de productos complementarios entre sí, que son los que presentan un mayor valor si se consumen o usan juntos que si lo son por separado, o pertenecientes a una misma gama, con lo que la sustituibilidad del lado de la oferta será muy alta. En alguna de esas relaciones con el mercado de la TV de pago podrían encontrarse el mercado de la TV en abierto, el mercado de la TV digital interactiva o cualquiera de los otros dos mercados que, junto con el de la TV de pago, integran el *triple play* (acceso a Internet o telefonía).

Los efectos conglomerales de una concentración entre un operador de TV de pago y otro de TV en abierto no han llegado definitivamente a plantearse en el mercado español y, a reserva de lo que dé de sí la digitalización, aún parece pronto para considerar que ambos servicios pudieran integrarse en una misma gama de servicios (podían haberse planteado en el caso de la toma de control de *Digital +* por *Telecinco*, *Prisa* y *Telefónica*; sin embargo, de esta operación desistieron las partes). En cuanto al mercado de los servicios de TV digital interactiva, en el caso del mercado español, tanto los audiovisuales (p.e., *video on demand*), como los genéricos (p.e., teleasistencia) se consideran por las autoridades de la competencia absorbidos por el mercado de la TV de pago. Por lo anterior, se planteó como ejemplo de concentración conglomeral la integración de *Telefónica* (activa en acceso a internet y telefonía) y *Sogecable* (activa en TV de pago). Las cuotas de mercado de esos operadores en sus mercados respectivos rebasarían con mucho los umbrales en que las Directrices imponen un análisis en profundidad de la operación.

En este caso, la nueva entidad, a la que llamamos *S/T*, podía apalancarse en el mercado dominado de la TV de pago para, por ejemplo, protagonizar abusos de exclusión en los otros dos mercados del *triple play* (efectos no coordinados en esos mercados). Los riesgos, más que de vinculación, pues por normativa no cabría “obligar” al usuario a contratar los tres servicios, o de empaquetamiento puro, pues difícilmente *S/T* optaría por comercializar sólo el *triple play* y renunciar a la oferta separada de sus componentes, serían de empaquetamiento mixto, donde le saldría más barato al usuario contratar los tres servicios conjuntamente que por separado.

Habría así que valorar la capacidad de *S/T* para cerrar el mercado de la telefonía o del acceso a internet como consecuencia de la operación. Las características de los servicios respaldarían esta opción, pues los tres servicios admitirían su contratación en un solo acto por los abonados y, además, la oferta de TV de pago de *S/T* admitiría ser considerada esencial. Por otra parte, la existencia de una amplia base de clientes compartida generaría para *S/T* importantísimas economías de escala, alcance y densidad, pues todas estas se dan en los mercados de las comunicaciones electrónicas y de la TV de pago, y la facultaría especialmente para cerrar el mercado a sus competidores.

Finalmente, no cabría pensar en la adopción de contraestrategias de los competidores de *S/T* en los mercados de los servicios de acceso a internet o de telefonía: no cabría la combinación de empresas monoproducto para replicar la oferta triple de *S/T*, pues la oferta de esta última en TV de pago no sería replicable; tampoco cabría pensar en un arbitraje de tercero que pudiera adquirir la triple oferta de *S/T* para luego revender los servicios por separado en condiciones rentables; tampoco podrían los rivales replicar a *S/T* con rebajas de precios porque difícilmente podrían hacerlo en TV de pago, aunque si pudieran hacerlo en los otros dos servicios – menos costosos – del paquete (acceso a internet y telefonía); etc. Habría pues que concluir que *S/T* tendría capacidad para excluir a los competidores y cerrar los mercados de los servicios de acceso a internet y de telefonía.

Además de tener capacidad, *S/T* tendría incentivos para operar ese cierre de mercados. Dado el valor *Premium* de los contenidos de la oferta de *S/T* en TV de pago difícilmente los usuarios se decantarían por la oferta monoproducto de TV de pago de otros operadores. Ese riesgo sí podría darse más en los otros dos mercados, sin embargo, el efecto gancho del servicio de TV de pago llevaría a que *S/T* pudiera no obstante llegar a expandirse en esos otros dos mercados obteniendo todas esas economías de escala, alcance (efecto gama) y densidad (efecto red) a que nos venimos refiriendo. Por lo anterior cabría concluir que los beneficios de la vinculación para *S/T* serían mayores que los costes y de ahí que estuviera estimulada para cerrar los otros dos mercados del paquete.

Lo anterior permitiría concluir la existencia de un impacto significativo de la operación en los mercados de acceso a internet y de telefonía, en los que la exclusión de competidores podría llevar a incrementos de precios o rebajas de la calidad o la innovación en detrimento de los usuarios. A estos efectos no coordinados podrían llegar a sumarse los coordinados, pues, al incrementarse el grado de concentración de esos mercados, podría llegar *S/T* a protagonizar prácticas de colusión con otros operadores de comunicaciones electrónicas activos en los mismos.

En cuanto a los neutralizadores, alguna especialidad con respecto a las concentraciones horizontales podrían plantearse en el plano de las eficiencias. Éstas concentraciones presentan menos efectos restrictivos y, al tiempo, un mayor margen a las eficiencias que las

horizontales. La concentración conglomeral que estudiamos podría generar eficiencias como la creación de un punto único de distribución de los tres servicios o la producción de economías que pudieran rebajar la presión sobre los precios aguas abajo. Sin embargo, no parece que tales eficiencias pudieran llegar a compensar el impacto sobre el juego de la competencia en los mercados de los servicios de acceso a internet y de la telefonía, por lo que una operación tal no debiera ser en principio autorizada.

(2) En materia de prácticas restrictivas

(a) Abusos de posición dominante

Siguiendo con la evaluación del juego de la competencia en el mercado español, habría que ocuparse del riesgo de abuso de posición dominante. Se trata de una práctica restrictiva de la competencia que las autoridades de la competencia reprimen después de haberse producido, a diferencia de lo sucedido con las concentraciones que deben aprobar antes de que se produzcan. En estos casos, prima el modelo de abuso frente al de prohibición (ver más arriba). En el caso de las concentraciones se trata de prevenir posiciones dominantes que puedan llegar a ganarse sin una competencia meritaria y por el atajo que ofrece una operación de fusión u otra modificación estructural semejante. En el caso del abuso de posición dominante, no se ataca la posición dominante que por meritos propios haya podido ganar la empresa dominante; pero, si ha llegado a abusarse de ella, este abuso es el que se sanciona.

En cuanto al riesgo de abuso de posición dominante individual en los mercados españoles del segmento de la difusión televisiva, las conclusiones podrían ser las siguientes. En el **mercado de la audiencia o de los telespectadores** no cabría concluir la existencia de posición dominante individual en el escenario de 2006, que es el que tomamos. En él, el operador con mayor cuota era *RTVE*, con la del 23 %. Esta cuota sería sólo relativa, es decir, que sólo sumada a otros factores podría ser determinante de una posición dominante individual. Sin embargo, las cuotas de los inmediatos perseguidores *Antena 3* y *Telecinco* estaban muy cercanas y ello sería determinante de que *RTVE* no pudiera adoptar un comportamiento independiente del de sus competidores ni tampoco influir sobre estos, ni sobre la competencia efectiva. Esa posición dominante individual podría resultar de una operación de concentración cualquiera y aquí nos encontramos con el caso de la integración de *Cuatro* y *Telecinco*, pero, incluso en este caso, dado que cada cadena conservaría una identidad propia, el peligro de prácticas restrictivas habría de analizarse más en clave de colusión horizontal o de abuso de posición dominante colectiva. En fin, que no sería fácilmente concebible un abuso de posición dominante individual.

Más riesgos que de abuso de posición dominante individual habría de abuso de posición dominante colectiva en el mercado español de la audiencia o de los telespectadores. Estas situaciones serían rayanas con las de colusión horizontal y, de hecho, buscan las instituciones comunitarias la forma de compatibilizar e incluso simultanear la aplicación de ambas figuras a unos mismos hechos. Si tomamos el escenario del mercado español en 2006, podría plantearse, por ejemplo, un abuso de posición dominante colectiva protagonizado por *Antena 3* y *Telecinco*. Ambas sumaban una cuota por encima del 40 %, pero la del inmediato perseguidor se encontraba muy alejada, no existía ningún poder compensatorio de lado de la demanda (telespectadores y/o anunciantes) y las barreras de entrada económicas y normativas eran muy elevadas. De hecho, en ese escenario previo al apagón analógico/encendido digital la demanda procedente de los anunciantes era muy superior a la

oferta de las cadenas para la inserción de anuncios. Tampoco era descartable la persistencia de esa cuota combinada a lo largo de un horizonte temporal cercano a los cinco años y, por ende, la persistencia de la posición dominante.

Probablemente ambas se aprovecharían de esa posición dominante conjunta para reforzar sus posiciones respectivas en el mercado de la publicidad televisada vetando el acceso al mismo de nuevas cadenas o dificultando la permanencia en el mismo de las discolas (p.e., *La Sexta*). Ese aprovechamiento bien podría ser para fines contrarios a los que el ordenamiento jurídico español asignaba al servicio público de difusión (ahora en la LGCA servicio de interés general de comunicación audiovisual), entre los que cabría incluir la emisión de una programación variada y de calidad. En efecto, la posición dominante en el mercado superpuesto de la publicidad televisada podría llevar a la falta de incentivos para invertir en la programación o a un exceso de anuncios y, en fin, a la degradación de los servicios ofrecidos a los televidentes en el mercado de la audiencia o TV en abierto. Ante la dificultad de imaginarse el mercado de los telespectadores sin los comportamientos pretendidamente restrictivos para el juego de la competencia, para decidir si los mismos habrían llegado o no a ser determinantes de esa lesión, en ese punto de la degradación de los servicios ofrecidos podría cifrarse el resultado lesivo para el juego de la competencia en el mercado de la TV en abierto

En cuanto a las variedades posibles del abuso de posición dominante colectiva, el abuso de exclusión habría que referirlo más bien al mercado de la publicidad televisada que sería al que las dos cadenas en posición dominante colectiva no tendrían interés que accedieran sus competidores. En cuanto al abuso explotativo, aguas arriba no sería fácil que se planteara por el poder de mercado de *Abertis*, en servicios portadores de difusión, y, en cuanto a los contenidos, porque normalmente los contenidos para TV en abierto (obras audiovisuales sin valor *Premium*) se producen por entidades que presentan un fuerte nivel de integración vertical con los propios difusores. En cuanto al abuso explotativo aguas abajo, dada la ausencia de relación comercial con los telespectadores, prácticamente sólo habría margen para el mismo en las relaciones con los anunciantes, lo que, nuevamente, remitiría al mercado de la publicidad televisada.

Finalmente, tras la concentración de *Cuatro* con *Telecinco* aprobada por la CNC, los mismos riesgos que acaban de describirse, y con mayor intensidad por la existencia de integración jurídica, cabría que se plantearan ante un abuso de posición dominante colectiva protagonizado por ambas cadenas, por más que cada una de ellas siguiera manteniendo su propia identidad y sus propios múltiples digitales asignados.

A diferencia de lo sucedido en el mercado de la TV en abierto, más riesgos de abuso de posición dominante individual se plantearían en el caso del mercado español de la TV de pago. Dentro de la institución del abuso de posición dominante suele distinguirse entre un examen estructural, referido a la existencia de posición dominante, y otro examen de comportamiento, centrado en la existencia de abuso de esa posición dominante, toda vez que la existencia de posición dominante por sí sola no se reprueba por el Derecho Antitrust.

En cuanto al examen estructural, partíamos de la existencia de posición dominante individual de *Sogecable* en este mercado español de la TV de pago. Ésta se cifraba en la posibilidad de que la propia *Sogecable* pudiera adoptar una estrategia comercial sin considerar en gran medida el comportamiento del resto de agentes económicos (competidores, proveedores o clientes) e influyendo sobre ese comportamiento, así como

sobre las condiciones de competencia en el mercado. Este examen estructural pasaba, a su vez, por un análisis estático centrado en la cuota de mercado y otro dinámico referido a la existencia de barreras de entrada y otros factores.

En cuanto al análisis estático, lo primero era fijarse en el tamaño de la cuota de mercado y, en el caso del mercado español de la TV de pago, por la importancia de la marca, cabía fijarse más en el volumen de los ingresos que en el de las ventas. Así, la cuota de mercado de *Sogecable* en 2006 en este mercado, que era la del 80 %, podía ser absoluta, en el sentido de determinar por sí misma y sin necesidad de otros factores la existencia de posición dominante. En segundo lugar, debía atenderse a la permanencia de la cuota y, en este sentido, la cuota de mercado de *Sogecable* se habría mantenido estable en torno a ese umbral del 80 % a lo largo de un periodo que bien podría exceder de los 5 años y, en todo caso y seguro, de los 3 años. Además habría que considerar que la exigencia de permanencia de la cuota se matiza mucho en el caso de mercados dinámicos como es precisamente el de la TV de pago.

Respecto del análisis dinámico, aún cuando no sería indispensable, dado el carácter absoluto de la cuota disfrutada por *Sogecable*, podría distinguirse entre las barreras de entrada y otros factores. Las primeras serían muy elevadas en el mercado español de la TV de pago, lo que contribuiría a apuntalar la posición dominante de *Sogecable*. Dentro de los otros factores, cabía diferenciar entre la estructura empresarial y las situaciones de dependencia económica. En la primera cabría englobar factores de lo más heterogéneo cuya base común sería la de relacionarse más con la organización interna de la empresa que con el mercado, p.e., el fácil acceso de *Sogecable* a los insumos esenciales (derechos de propiedad intelectual sobre contenidos *Premium*), la fuerte integración vertical con la plataforma de derechos deportivos *AVS*, o su integración en un sólido grupo financiero (Grupo *PRISA*). En cuanto a la dependencia económica, si bien es cierto que *Sogecable* tendría que suministrar a sus competidores (*ONO*, *Telefónica*, etc.) los *inputs* esenciales para operar en el mercado de la TV de pago (Vg. derechos sobre los partidos de los que disfrutaba *AVS*), la posibilidad de subsistencia de las mismas basada en otros servicios, como serían los de telecomunicaciones, valdría para descartar el riesgo de que tal situación pudiera llegar a darse.

Por lo que hace al examen de comportamiento, la existencia o no de explotación abusiva se encontraría a expensas de las circunstancias del caso concreto. En todo caso, resultaría necesario que *Sogecable* se prevalliera de su posición dominante para desarrollar una conducta, y de tal intensidad, que la misma le resultaría imposible en el caso de no gozar de esa posición dominante. De este modo, su posición dominante supondría para *Sogecable* una responsabilidad cualificada que permitiría, aún a título de culpa leve, tachar en ella de ilícitos comportamientos que no merecerían ese reproche en el caso de ser protagonizados por empresas sin esa posición dominante. Siendo el mercado geográfico de referencia de la TV de pago de ámbito nacional, esa ilicitud tendría que ser decidida a luz de los fines del ordenamiento jurídico español y, en especial, a la luz de preceptos constitucionales como los que regulan la libertad de empresa (Art. 38), la propiedad privada (Art. 33) o el principio de igualdad (Art. 14) o la consecución de eficiencias, a saber, mejoras de la producción o la distribución de los productos o fomento del progreso técnico o económico y participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante de esas mejoras y progresos (Art. 1.3 LDC).

No siendo el de *Sogecable* un monopolio legal, la vinculación a esos fines de interés general se darían para ella más en términos negativos, en el sentido de no transgredirlos, que positivos, en el de buscar su directa consecución. En este sentido habría que remarcar que los

servicios de comunicación audiovisual prestados por *Sogecable* no participan ya del carácter de servicio público bajo la nueva LGCA, de manera que no se trataría ya de que los mismos tendieran a la consecución de esos fines de servicio público, sino sólo de que los mismos no transgredieran ciertos límites que podríamos denominar de orden público audiovisual (protección de la infancia, xenofobia, etc.).

Terminando con el examen de comportamiento, resultaría exigible que la conducta de *Sogecable* llegara a producir un resultado lesivo para el juego de la competencia. Sobre este particular, ya sabemos que la dificultad para su determinación es lo que lleva a que las autoridades de la competencia vengan sobre todo a fijarse en la existencia o no de un perjuicio para los consumidores, en nuestro caso los abonados a TV de pago, como consecuencia del comportamiento del operador dominante.

En cuanto a las clases de abuso de posición dominante que cabría que llegara a protagonizar *Sogecable*, prescindiendo de otras clasificaciones más complejas, distinguíamos, atendiendo a los sujetos afectados, entre abusos anticompetitivos (en ellos se veía afectada la primera línea de defensa, como cuando *Sogecable* protagonizara abusos de posición dominante para excluir a sus competidores del mercado de la TV de pago) y explotativos (se darían cuando *Sogecable* protagonizara abusos frente a sus proveedores de insumos para actuar en el mercado de la TV de pago o frente a sus clientes de servicios de TV de pago). Dentro de los explotativos los habría puros (cuando no se perjudicase la posición del proveedor o cliente frente a sus fuerzas respectivas, es decir, frente a sus competidores en sus mercados respectivos) y mixtos (cuando sí se perjudicase esa posición, viéndose así afectada la denominada segunda línea de defensa).

La posibilidad de que llegaran a darse abusos anticompetitivos por parte de *Sogecable* frente a otros operadores de TV de pago (p.e., *ONO*) no ofrecería ninguna duda.

En cuanto a la de abusos explotativos, concluimos la dificultad de que pudieran llegar a darse aguas arriba frente a proveedores por diversos motivos: **(i)** el poder de mercado de los grandes estudios proveedores de contenidos *Premium* de cine; **(ii)** por la integración vertical de *Sogecable* con *AVS* que era la suministradora de contenidos *Premium* deportivos en 2006; **(iii)** por la integración vertical de *Sogecable* con otras productoras de programas; **(iv)** porque la digitalización ha ampliado el espectro de la demanda de canales temáticos; **(v)** porque los proveedores de servicios de capacidad satelital en absoluto dependerían de la demanda de *Sogecable* para sobrevivir; etc.

Así, sólo cabrían los abusos explotativos puros – mixtos no cabrían por no tener competidores al no actuar los televidentes en el mercado - frente a los clientes de servicios de TV de pago de *Sogecable*, pero ya vimos que la admisibilidad de esta categoría de abuso era muy discutida doctrinalmente, toda vez que las autoridades de la competencia son reacias a convertirse en reguladoras de los precios y otras condiciones del mercado por la fuerza de la libertad de empresa.

En estos casos, tiende a considerarse que los intereses de los consumidores y usuarios, en nuestro caso abonados a TV de pago, quedan suficientemente protegidos a través de su legislación específica. Por otro lado, cuando las autoridades españolas de la competencia han reconocido esa forma de abuso, ha sido en situaciones absolutamente extremas relacionadas con servicios de primera necesidad como serían, por ejemplo, los servicios funerarios. Esta nota no se daría en los servicios de comunicación audiovisual, aunque sí la de servicios de

interés general, a lo que habría que añadir la existencia de una importante oferta en abierto. Además, tiende a exigirse que la conducta lesione los intereses de una categoría general de consumidores – no de uno o varios en concreto – hasta el punto a afectar al orden público económico.

Por estas razones muy difícilmente cabría que las autoridades de la competencia llegaran a sancionar un abuso explotativo puro protagonizado por *Sogecable* en el mercado de la TV de pago. En el caso de que excepcionalmente pudiera llegar a apreciarse, cabrían en cualquiera de las formas recogidas por la doctrina: aplicación de precios excesivos a la vista de la comparación con otros mercados de la TV de pago con una competencia saneada, aplicación de otras condiciones inequitativas (p.e., degradación injustificada de la calidad de la programación), etc. Más complicado sería el llamado abuso por contratos ligados, p.e., cuando *Sogecable* impusiera la contratación de otros servicios además del de TV de pago, aun cuando sólo fuera por el hecho de no ser la misma *Sogecable* operador de telecomunicaciones.

Tal y como se dijo, la posibilidad de que *Sogecable* protagonizara abusos de posición dominante anticompetitivos frente a otros operadores activos en el mercado de la TV de pago para excluirllos (p.e., *Telefónica* u *ONO*) sería mucho más clara que la de abusos explotativos. En general, estando dada esta figura sujeta a una menor controversia, es por lo que existe un instrumento con vocación de generalidad que lo contempla, a saber, las Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. Del listado – no exhaustivo – de conductas abusivas incluido en las orientaciones dedujimos cuáles podrían más probablemente llegar a darse en el mercado español de la TV de pago.

Dentro de la categoría de los acuerdos exclusivos, vimos que no había mucho riesgo de que llegaran a darse los dirigidos a bloquear el acceso de los competidores a una base de clientes, pues sería poco concebible que *Sogecable* vinculara a los abonados de TV de pago a través de cláusulas de compra exclusiva o descuentos basados en la cantidad de servicios de TV contratados. Y tampoco lo habría de que llegaran a darse los encaminados a bloquear el acceso de los competidores a los insumos, pues *Sogecable* no llegaría a disfrutar frente a ellos del poder de mercado necesario como para, por ejemplo, imponer el suministro exclusivo.

Tampoco habría un excesivo riesgo de que *Sogecable* incurriera en prácticas abusivas relacionadas con la vinculación o venta por paquetes en relación con los servicios integrados en el *triple play*, pues la misma, como se viene diciendo, carecería de la condición de operador de comunicaciones electrónicas.

Tampoco lo habría de que protagonizara prácticas abusivas por precios predatorios, aún cuando sólo sea por el hecho de que los insumos necesarios para operar en el mercado de la TV de pago son tan costosos como para hacer impracticable lo anterior.

En cambio, sí podrían llegar a darse denegaciones de suministro y compresiones de márgenes. Estas prácticas se suscitaba sobre todo en el caso de la integración de *AVS* en *Sogecable* (ver a continuación), donde esta última, activa tras la concentración en el mercado ascendente de los derechos deportivos y en el descendente de la TV de pago podía estar incentivada para no suministrar esos derechos a sus competidores en el mercado de la TV de

pago o para no hacerlo en condiciones competitivas. Será, sin embargo, al hilo de ese caso que las estudiemos.

(b) Cáteles

En cuanto al riesgo de cáteles en el mercado español, es perfectamente posible que los mismos se den en el mercado de la TV en abierto, considerando, además, que tanto el Art. 1 LDC como el Art. 101 TFUE no exigen para sancionar tales conductas que llegue a producirse un resultado.

En cuanto al primero de los elementos que definen el cártel, el concierto de voluntades entre competidores reales o potenciales, es perfectamente posible que el mismo adopte cualquiera de las modalidades previstas en dichos preceptos, a saber, los acuerdos entre organismos de radiodifusión, las decisiones o recomendaciones colectivas de asociaciones de empresas (*Unión de Televisiones Comerciales Asociadas, UTECA; Unión Europea de Radiodifusión; UER*), las prácticas concertadas, en el sentido de prácticas uniformes desarrolladas voluntaria y paralelamente por varios organismos de TV en abierto, y también las prácticas conscientemente paralelas, categoría ésta que resulta distorsionadora y que, más bien, habría que reconducir a los casos de conductas que deben presumirse concertadas al no explicarse el paralelismo atendiendo a las circunstancias del mercado.

Y respecto al segundo de los elementos, es decir, el de la afectación potencial o real, intencional o consumada del juego de la competencia en el mercado de la TV en abierto, impidiéndolo, restringiéndolo o falseándolo, también cabría que llegara a darse, dada la amplitud de la definición de esa afectación. Probablemente, los principales parámetros a los que atender para decidir sobre esa afectación serían, de nuevo, los de la calidad, variedad o novedad de la programación disfrutada por los telespectadores, así como la intensidad de la publicidad soportada, que es el precio que pagan por disfrutar de esa programación. Además, dado ese perjuicio para los telespectadores, la concurrencia de eficiencias resulta muy difícil de imaginar, a diferencia de lo que sucede con el mercado superpuesto de la publicidad televisada. P.e., un acuerdo de incremento de los tiempos de publicidad soportada por el telespectador en ningún caso sería eficiente, pero, en cambio, sí podría serlo un acuerdo para limitar el tiempo ofrecido a los anunciantes que puedan redundar en beneficio del espectador.

En cuanto a las formas de manifestarse esa afectación de la competencia, los cáteles de precios u otras condiciones de la transacción no son concebibles en el mercado de la TV en abierto por la ausencia de una relación comercial o de precios. Sí lo son, en cambio, los de reparto del mercado con arreglo a criterios temporales (p.e., franjas de la parrilla de programación) o por categorías de clientes (p.e., segmentos de edad dentro de la audiencia). La afectación de la competencia vendría en este caso de las restricciones impuestas a los televidentes para acceder a una programación variada. Del mismo modo cabrían los acuerdos de limitación de la calidad o variedad de la programación, ya que no de la cantidad, basados en la fijación de las inversiones en programación por parte de los difusores. En tiempos como los actuales, de fuerte crisis del mercado de la publicidad televisada, pudiera lo anterior invertirse de una cierta eficiencia como forma de preservar la supervivencia de las cadenas, siempre que la audiencia no saliera especialmente perjudicada.

Pasando al examen de los riesgos de cártel en el mercado de la TV de pago, cabría sentar las siguientes conclusiones. Frente a la institución del abuso de posición dominante, basada más bien en un comportamiento de carácter unilateral, la de la colusión horizontal presenta

notas de multilateralidad. A diferencia del mercado de la TV en abierto, en el mercado español de la TV de pago existe, claramente, un único operador en posición dominante individual, *Sogecable*. Lo anterior hace que resulte más imaginable el abuso de exclusión que el cártel, toda vez que dicho operador no tendrá necesidad de concertarse en horizontal con otros para excluir a terceros competidores. En todo caso, realizamos un examen de posibles situaciones de colusión horizontal en el mercado español de la TV de pago.

En cuanto a las formas que podría tener de manifestarse la colusión horizontal, vimos que no habría en este mercado asociaciones comerciales tan significativas como para que, en su seno, pudieran llegar a darse decisiones o recomendaciones colectivas. Los acuerdos entre operadores, en cambio, podrían ser más fáciles de imaginar. Estos tenderían a involucrar más a *Sogecable* y a *Telefónica* que a los cableoperadores, pues estos últimos asumirían un papel más discolorado. Sin embargo, por la transparencia en la que se desenvuelven los mercados de la difusión, cabría imaginar más la existencia de acuerdos tácitos que expresos, lo que haría derivar la cuestión más hacia el ámbito de las prácticas concertadas o conscientemente paralelas. Por similares razones, lo más previsible sería que tales acuerdos adoptaran más la forma de pactos entre caballeros que la de acuerdos jurídicamente vinculantes, si bien los primeros serían igualmente perseguibles por el Derecho Antitrust, pues, dejando al margen sus efectos, su objeto o intención serían los de restringir el juego de la competencia. Y, finalmente, en cuanto a las prácticas concertadas o conscientemente paralelas, ya hemos dicho que serían la forma más probable de manifestación del cártel en el mercado español de la TV de pago. Sin embargo, ya advertimos de que las diferentes características de los servicios de TV de pago de *Sogecable* y de *Telefónica* hacen difíciles de imaginar estas prácticas. En todo caso, de darse, esa misma razón valdría para concluir la existencia de cártel toda vez que el paralelismo de comportamientos no resultaría razonablemente explicable por las solas circunstancias del mercado.

Respecto a la afectación del juego de la competencia, en términos como los que se acaban de mencionar para el caso de cárteles en el mercado de la TV en abierto, concluimos ya que, dado el poder de mercado de ambas empresas, lo más probable resultaría ser que cualquier concierto entre ellas produjera, casi de modo automático, una restricción sensible y actual del juego de la competencia dentro del mercado español de la TV de pago.

Y por lo que se refiere a la posibilidad de exención individual o colectiva, ciertamente resultarían difíciles de imaginar por razones cercanas a las dadas en el caso del mercado de la TV en abierto. Hallándonos ante un mercado de servicios prestados a los consumidores abonados a servicios de pago, difícilmente ninguna concertación que pudiera incidir sobre ellos al afectar a las variables competitivas del precio, cantidad, calidad, variedad o novedad de los servicios de TV de pago podría ser considerada eficiente.

Finalmente, en cuanto a las posibles formas de manifestarse el cártel en el mercado español de la TV de pago, concluir lo siguiente. Difíciles de imaginar serían los acuerdos entre los dos operadores que venimos comentando para aplicar condiciones discriminatorias a unos abonados a TV de pago frente a los demás, además de que no cabría apreciar entre estos una relación competitiva sobre la que se pudiera proyectar la desventaja a que los preceptos legales se refieren. Tampoco lo sería que tal acuerdo tuviera por objeto la imposición de prestaciones vinculadas a los servicios de TV de pago, entre otros motivos, por la falta de presencia de *Sogecable* en los mercados de las telecomunicaciones (lo que le impediría sujetar la contratación de sus servicios de TV de pago a la de servicios de telefonía o IT) o por el hecho de que, en el mercado español, los servicios interactivos no lleguen a tener

entidad suficiente como para permitir desgajarlos de los servicios de TV de pago (faltaría uno de los presupuestos de la vinculación, a saber, que el que producto vinculante y vinculado dieran lugar a diferentes mercados de producto).

Por las diferentes estructuras de costes y características de los servicios *Imagenio* y *Digital Plus* (*triple play* por ADSL frente a contenidos atractivos por satélite), tampoco resultarían fácilmente concebibles acuerdos de fijación de precios o de otras características de la transacción. Y por razones similares, tampoco lo serían los acuerdos de limitación de la producción, además de que los mismos serían probablemente aprovechados por el cableoperador *ONO* para ganar cuota de mercado. Tampoco resultan concebibles acuerdos de reparto de mercados ni con arreglo a criterios territoriales (por la cobertura nacional de ambas plataformas tecnológicas) ni temporales (resulta difícil de imaginar el reparto de franjas horarias en servicios de TV encriptada) ni por categorías de clientes (como consecuencia de la multiplicación de canales de los servicios de TV digital; si bien la especialización temática de los canales podría llevar a que lo mismo pudiera llegar a articularse en un futuro no muy lejano).

En cuanto a los riesgos de acuerdos para el reparto de las fuentes de abastecimiento, más que con respecto a los servicios de comunicaciones electrónicas para el transporte de la señal audiovisual, pues ambos operadores se basarían en diferentes plataformas tecnológicas de entrega, podrían imaginarse con respecto a los mercados de contenidos, pero, ni siquiera en este caso: **(a)** en contenidos deportivos *Sogecable* tendría garantizado el suministro por su integración vertical con *AVS* sin necesidad de pactos con *Telefónica*; **(b)** en contenidos cinematográficos, el poder de mercado de los *majors* enervaría cualquier riesgo de colusión entre ambas plataformas de TV de pago; **(c)** en canales temáticos, se trata de un mercado muy fragmentado, y los editores de esta clase de canales han visto ensanchado su mercado potencial en el nuevo escenario de la TDT; **(d)** en obras audiovisuales, ambas plataformas dispondrían de sus respectivas secciones ascendentes de producción de las mismas.

Tampoco resultarían fáciles de concebir otras formas de concertación horizontal de las que citan las autoridades de la competencia: licitaciones fraudulentas (se darían, en todo caso, en los mercados ascendentes de contenidos), intercambios de información (por la transparencia de los mercados de la comunicación audiovisual), limitaciones de publicidad (pues el juego de la publicidad para la promoción de servicios televisivos es cuando menos marginal), etc.

Así, cabría concluir la improbabilidad de cárteles en el mercado español de la TV de pago. Cosa diferente podría ser que, como veremos, pudieran llegar a darse acuerdos de cooperación horizontal entre *Telefónica* y *Sogecable* que pudieran generar el caldo de cultivo necesario para el cártel.

(c) Acuerdos verticales

Tras extraer conclusiones relacionadas con los cárteles dentro de los mercados de la TV en abierto y de la TV de pago, puede ya ser útil que hagamos lo mismo con relación a la colusión vertical con incidencia dentro de estos mercados. En este caso, resulta posible un análisis prácticamente simultáneo del fenómeno de la colusión vertical, tanto en el mercado de la TV en abierto como en el de la TV de pago. En estos mercados, en España, la colusión vertical es un problema que tiende a plantearse con una mayor frecuencia que el cártel, especialmente, en el mercado de la TV de pago, en el que un solo operador disfruta de posición dominante.

Podría empezar por recordarse que hablamos de mercados minoristas, o de servicios prestados a los usuarios finales (televidentes) razón por la que la colusión vertical sería, sobre todo, la que pudiera llegar a darse entre los difusores activos en esos mercados y los operadores situados en los mercados ascendentes a los que se hizo más arriba referencia. En términos generales, esta colusión vertical será menos lesiva para el juego de la competencia que la horizontal que pueda resultar de los acuerdos entre varios operadores activos dentro del mercado de la TV de pago o de la TV en abierto, según los casos. La razón habría que encontrarla en el hecho de que en el ánimo de las partes del acuerdo vertical, además del deseo de colaborar, pesaría una contraposición de intereses al adoptar posturas enfrentadas en el acuerdo de distribución o suministro correspondiente.

Incluso, llegan algunos autores, partiendo de la doctrina de la Escuela de Chicago, a postular el carácter procompetitivo de los acuerdos verticales en la medida en que, si bien es cierto restringen la competencia intramarcas, también lo es que, precisamente por eso, pueden llegar a fortalecer la competencia intermarcas. Lo anterior podrá ser en efecto así cuando nos encontremos ante estructuras de mercado en las que sea necesario dotar de consistencia a los cauces de distribución de las distintas marcas de productos o servicios, pero no ante estructuras de mercado con tendencia al oligopolio o a la simple concentración, como sería justo el caso de los mercados de la difusión televisiva, en las que la colusión vertical puede estimular la colusión horizontal en el mercado ascendente o en el descendente.

Además, partiendo precisamente de ese carácter de mercados al por menor, los efectos perceptibles de esa colusión vertical sobre los mercados de la difusión televisiva serán para el juego de la competencia intermarcas entre cadenas de TV en abierto o entre plataformas de TV de pago. También convendrá recordar que no habría competencia intramarca entre distribuidores de servicios de TV en abierto o de pago, pues los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (capacidad satelital para TV de pago o capacidad terrestre para TV en abierto; en cable y ADSL el difusor y el operador de comunicaciones electrónicas tienden a ser la misma persona) no son distribuidores, sino que ofrecen a los organismos de radiodifusión los insumos necesarios para que éstos puedan llegar a los usuarios finales.

También por ese dato de tratarse de mercados de servicios finales, la colusión vertical que directamente haga sentir sus efectos sobre los mismos será mucho más lesiva que la que pudiera hacerlo sobre los mercados ascendentes. Lo anterior es especialmente así en el mercado de la TV de pago en el que la falta de ciertos suministros – cine o fútbol – puede dejar fuera del mercado a un operador determinado si, por ejemplo, media un acuerdo de suministro exclusivo entre los proveedores de los mismos y una plataforma competidora (en cambio, en TV en abierto no llegan a existir contenidos audiovisuales con un valor tan determinante).

En cuanto a la aplicabilidad de la Exención por categorías a la colusión vertical con incidencia sobre estos mercados podrían destacarse como ideas esenciales las siguientes. Sabemos ya que los presupuestos para esa aplicabilidad se concretan en que no exista poder de mercado por encima del umbral del 30 % y en que no concurra ninguna de las prácticas consideradas como de especial gravedad.

Para el primero de estos requisitos, que la Comisión, pese a ciertas advertencias doctrinales, considera que es el que más certidumbre ofrece, lo habitual será atender a la cuota disfrutada por el proveedor en el mercado ascendente respecto al de la difusión y la del difusor en el

mercado de compra del insumo de que se trate. Esto arrojará una casuística ciertamente variada. Por simplificar, si nos centramos en el mercado español, tendríamos: **(i)** en los mercados ascendentes de comunicaciones electrónicas (capacidad satelital y transmisión de señal audiovisual sobre plataforma terrestre) fácilmente los proveedores (p.e., *Astra* o *Hispasat*; o *Abertis*) tendrán una cuota por encima de ese límite; **(ii)** en los de los contenidos la situación variaría, y así tenderá lo anterior a darse en mercados de contenidos *Premium*, mas no en otros como, p.e., los de la comercialización de canales temáticos. Lo anterior haría sólo imaginable la exención por categorías en el caso de acuerdos verticales en difusores y proveedores de contenidos no *Premium*.

Por otro lado, de acuerdo con el Reglamento de Exención por categorías de 2010, para que la misma sea aplicable, es preciso que el difusor no tenga más del 30 % del mercado de compra del producto de que se trate. Por ello, será más probable que pueda llegar a poder beneficiarse de la exención vertical, por ejemplo, un acuerdo de suministro exclusivo entre un difusor y un proveedor de contenidos para TV en abierto que entre aquél y un proveedor de contenidos para TV de pago, pues será lo normal que este último disfrute de una cuota mayor dentro del referido mercado de compra (el mercado de la TV de pago está más concentrado que el de la TV en abierto y también tienden a encontrarse más concentrados los mercados de los contenidos para TV de pago – cine o deportes – que los de los contenidos para TV en abierto).

Por otra parte, aun suponiendo que, con arreglo a criterios de cuota, resulte de aplicación la exención por categorías, será necesario, además, que no se trate de ninguna de las prácticas excluidas. Entre estas prácticas restrictivas consideradas de especial gravedad, cuya existencia impide aplicar la exención, cobra un especial interés, para prácticamente excluir la aplicación de la exención por categorías, la relativa a los acuerdos cuyo objeto principal sea la cesión de derechos de propiedad intelectual. Lo anterior llevaría a que prácticamente la exención por categorías no pudiera aplicarse a ningún acuerdo celebrado entre proveedores de contenidos y difusores. Por lo mismo, habría un mayor margen a la exención por categorías en el caso de acuerdos verticales entre difusores y operadores de comunicaciones electrónicas.

Por otra parte, convendrá recordar la existencia de ciertos acuerdos que quedarán excluidos de la aplicación de la exención por categorías. Entre estos se situarían los acuerdos entre competidores. Se darían cuando una empresa activa en el mercado ascendente del insumo (servicios de comunicaciones electrónicas o contenidos audiovisuales) lo estuviera también en el mercado descendente de la difusión de TV y se pusiera de acuerdo con otra activa en ese mismo mercado descendente de la difusión de TV. Esta clase de acuerdos entre competidores hay más riesgo de que se den en el mercado español de la TV de pago, por la presencia de *Sogecable* en contenidos y en TV de pago y de *Telefónica* en comunicaciones electrónicas y TV de pago. En TV en abierto, en cambio, resultan más difíciles de imaginar porque ninguno de los difusores opera en el mercado ascendente de los servicios de las comunicaciones electrónicas y porque, aunque alguno pueda operar en mercados de contenidos, lo anterior tiene un menor peso específico que en el caso de *Sogecable*. Otros acuerdos excluidos, como son los de mantenimiento del precio reventa, podrían ser imaginables, si bien difícilmente, en el caso de la TV de pago donde se cobra al espectador por la prestación del servicio; pero resultarían inimaginables en el caso del mercado español de la TV en abierto donde no se cobra al espectador.

Dicho lo anterior, una vez constatado que no rige la exención, lo siguiente será precisar si el acuerdo puede o no llegar a restringir el juego de la competencia, sin que el sólo hecho de no cumplirse los requisitos de la exención por categorías suponga ninguna presunción a favor del carácter anticompetitivo del acuerdo. Para que este efecto anticompetitivo se produzca es necesario que las partes del acuerdo disfruten de una situación de poder en sus mercados respectivos. A pesar de ciertas elaboraciones doctrinales (p.e., Alfaro), esa situación de poder no es en las fuentes comunitarias asimilable a la posición dominante, sino que se encuentra un peldaño por debajo. Se trataría de la posibilidad de elevar los precios y, al menos en el corto plazo, obtener beneficios gracias a esa elevación (en la posición dominante esos beneficios podrían ser obtenidos aún en el medio o largo plazo).

Hay que partir de que los difusores en abierto y los de pago se encuentran en situación de poder en cada uno de sus mercados respectivos. A mayor abundamiento, será probable que ese mismo poder de mercado lo ostenten los proveedores situados en los mercados ascendentes de las comunicaciones electrónicas y en los de ciertos contenidos (*Premium*). Por lo anterior, no será necesario, en estos casos, entrar a discernir si se da o no alguna de las prácticas especialmente graves que imposibilitan aplicar la comunicación *de minimis*, aún con cuotas por debajo del 10 %.

En cuanto a los principales efectos anticompetitivos derivados de la colusión vertical con incidencia sobre estos mercados (TV en abierto y TV de pago), podría destacarse:

1. Exclusión del mercado de otros proveedores y compradores y el incremento de los obstáculos a la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, una colusión vertical muy fuerte entre un proveedor de contenidos audiovisuales y un organismo de radiodifusión televisiva, en abierto o de pago, restringirá: **(i)** el acceso de otros proveedores al mercado de la venta de esos contenidos, **(ii)** el de otros clientes al mercado de compra de los mismos, **(iii)** la entrada de competidores en los mercados descendentes de la difusión televisiva.
2. Reducción de la competencia intermarcas entre organismos de radiodifusión dentro de los mercados de la TV de pago y de la TV en abierto. Este efecto sería casi idéntico al referido en el apartado **(iii)** del párrafo anterior.
3. Creación de obstáculos a la integración del mercado. Este efecto no sería especialmente importante dentro de los mercados que nos ocupan donde los servicios se prestan a través de redes de comunicaciones electrónicas con un amplio despliegue dentro del mercado geográfico de referencia. No obstante, partiendo de la interrelación ya analizada en otras partes de la tesis entre redes y contenidos, una red de acuerdos verticales en el ramo de la distribución de contenidos podrá dificultar, por ejemplo, la generalización de la Televisión Digital Terrestre (mercado de la TV en abierto) o el total despliegue de las redes de fibra o cable (mercado de la TV de pago).

Dentro de los factores de agravación de estos efectos anticompetitivos de la colusión vertical con incidencia sobre estos mercados de la difusión televisiva podrían destacarse:

1. La existencia de importantes barreras de entrada normativas (TV en abierto) y económicas (TV de pago) envolviendo a estos mercados.

2. El hecho de tratarse de mercados ya maduros, incluso en el caso de la TV de pago, en los que la demanda se mantiene estable y las marcas y las tecnologías empleadas son ya conocidas.
3. El dato de tratarse de mercados minoristas de servicios prestados a usuarios finales, más sensibles que los intermedios a las restricciones al juego de la competencia.
4. La elevada cuota de mercado disfrutada por los proveedores de servicios de difusión (en España, sobre todo, en TV de pago) que tiende a mantenerse en el tiempo.
5. El nulo poder negociador del lado de la demanda (especialmente, en los mercados de la TV en abierto).
6. La especial intensidad asociada a la colusión vertical como consecuencia de pactos de larga duración y exclusividad en la compra de contenidos *Premium* para TV de pago y de la integración vertical existente entre productoras de otras obras audiovisuales sin ese valor *Premium* y los organismos de radiodifusión en abierto o de pago.

Además, en el caso concreto de la colusión vertical con incidencia sobre el mercado de la TV de pago, habría otros factores de agravación de los efectos anticompetitivos que no se darían para la TV en abierto:

1. La heterogeneidad de la programación existente dentro de las parrillas de los diversos operadores de TV de pago (cable y satélite) que llevará a que los abonados busquen poco la sustitución (en cambio, en TV en abierto, la homogeneidad de la programación de las diversas cadenas aliviará esos efectos anticompetitivos).
2. El alto valor de compra única implícito en la decisión de abonarse a una determinada plataforma de TV de pago por la existencia de unos recursos asociados que también se adquieren (descodificadores, tarjetas inteligentes, antenas parabólicas, etc.), lo que actuará como factor de disuasión a la hora de optar por otro operador (contrastando con lo anterior, en TV en abierto, la ausencia de todo valor de compra única jugará a favor de la competencia).
3. El hecho de que la colusión vertical entre el incumbente en telecomunicaciones y el operador dominante en TV de pago suela reproducirse cada cierto intervalo de tiempo (“lloverá sobre mojado”).

En cuanto a los factores de atemperación de los efectos anticompetitivos derivados de la colusión vertical con incidencia sobre estos mercados de la difusión televisiva, tendríamos, sólo para el caso de la TV de pago, que, entrañando estos una parte significativa del presupuesto del consumidor para ocio, se encontrará éste especialmente motivado a la hora de buscar la sustitución, alimentando lo anterior la elasticidad de la demanda. Para el de la TV en abierto podrían citarse la homogeneidad de la programación ofrecida por las cadenas en abierto, que inducirá a la sustitución por el televidente, o la ausencia de todo valor de compra única o coste de transferencia por lo fácil que resulta el cambio de canal.

Además, el factor de la posición de los competidores puede desempeñar un papel ambivalente. Si bien el mismo presenta una faz procompetitiva, en la medida en que si es sólida podrá contribuir a paliar las restricciones derivadas del acuerdo vertical, también

presenta otra de signo contrario, pues puede contribuir a la aparición de colusión en estos mercados con tendencia a la concentración.

Pasando al examen de los tipos concretos de restricciones verticales con una mayor incidencia sobre estos mercados de la difusión televisiva, las reflexiones podrían ser las siguientes.

Las restricciones inscritas dentro del **grupo de marca única**, en la medida en que implican una concentración de los pedidos por parte de los difusores sobre determinados proveedores situados en los mercados ascendentes, tenderán, como se dijo, a hacer sentir sus efectos, principalmente, sobre esos mercados ascendentes ya sean estos de contenidos, ya de comunicaciones electrónicas.

En cambio, las restricciones verticales incluidas dentro del **antiguo grupo de distribución limitada**, singularmente el suministro exclusivo, que implican que el proveedor sólo pueda vender a un comprador o a un número reducido de compradores, cabrá que puedan llegar a involucrar a un organismo de difusión en abierto o de pago proyectando sus efectos directamente sobre los mercados de la difusión televisiva. De éstas, las de una mayor incidencia sobre los mercados que nos ocupan podrían ser las de suministro exclusivo por fuerza de las cuales un proveedor de contenidos o de servicios de comunicaciones electrónicas se obligara a suministrarlos sólo a determinados difusores en abierto o de pago.

En cuanto a los segundos, lo anterior sólo sería imaginable en el caso de los servicios de capacidad satelital para TV de pago, pero no en los servicios de transmisión de señal audiovisual por cable, donde el cableoperador se autopresta, ni tampoco en el servicio portador de difusión sobre ondas hertzianas, donde el operador con PSM *Abertis* está sujeto a obligaciones específicas impuestas por la CMT, ni tampoco, en fin, en la transmisión de señal por ADSL, por todos los anteriores motivos, es decir, porque *Telefónica* está sujeta a obligaciones específicas impuestas por el regulador atendiendo a su poder significativo de mercado y también porque predomina la autoprestación, por ejemplo, en *Imagenio*.

En cuanto a los mercados ascendentes relacionados con los contenidos, las cláusulas de suministro exclusivo a cierta plataforma son esenciales, al punto de ser la base del modelo de negocio, respecto al suministro de contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos, y mucho menos importantes con relación al de contenidos desprovistos de ese valor *Premium* (canales temáticos y obras audiovisuales para TV). Es decir, que tienen una importancia mayor en el mercado de la TV de pago que en el de la TV en abierto. Sus efectos son la exclusión de las plataformas de TV del mercado de compra de esos contenidos y, como consecuencia, la reducción aguas abajo de la competencia intermarcas en el mercado descendente de la difusión televisiva.

Los efectos que de lo anterior podrían derivarse, además de comprender los genéricos de la colusión vertical a que nos referimos, abarcarían también el riesgo de colusión horizontal entre proveedores en los mercados ascendentes o entre compradores en los mercados descendentes de la TV en abierto o de la TV de pago.

Las restricciones inscritas dentro del **grupo de mantenimiento del precio de reventa** no tienen cabida en relación con el mercado de la TV en abierto, sino sólo con el de la TV de pago, que es donde existe un precio de comercialización. Con relación a esta última, a pesar de que el servicio suministrado por el difusor es netamente distinto de los insumos que ese

mismo difusor recibe de los proveedores situados en los mercados ascendentes (servicios de comunicaciones electrónicas y contenidos), no resulta del todo descartable que esos mismos proveedores, en especial si gozan de un importante poder de mercado, puedan ejercer una presión en sentido descendente sobre los difusores para que impongan determinado precio en la comercialización de los servicios de TV de pago a los usuarios finales. Si el poder de mercado de esos proveedores es mucho, probablemente, los mismos no estarán incentivados a rebajar los precios aún cuando puedan llegar a obtenerse economías de escala en el mercado descendente (p.e., la posición dominante de una empresa que aglutine los derechos de los partidos de Liga le permitirá no rebajar los precios impuestos a la plataforma de TV que los adquiera, por muchos que sean los abonados que ésta tenga).

Vimos, por otra parte, que más que en el caso de los precios recomendados o en el de los precios máximos de reventa, los problemas de competencia se planteaban sobre todo en el caso de los precios mínimos de reventa. En tales casos, el riesgo principal podría radicar en el hecho de que la limitación de las posibilidades de la plataforma de TV de pago afectada para competir por la vía de los precios pueda llegar a traducirse en un resentimiento de la competencia intermarcas dentro del propio mercado de la TV de pago. A lo anterior cabría añadir el riesgo de una mayor transparencia de precios que desincentivara la competencia y alimentara la colusión en el nivel aguas abajo de la TV de pago.

Sin embargo, se hizo referencia también a nuevos enfoques conforme a los cuales en EE.UU. el mantenimiento del precio mínimo de reventa tendría que dejar de ser considerado ilícito *per se* para pasar a someterse a la *rule of reason* [sentencia del TS de los EE.UU. en el asunto *Leegin Creative Leather Products, Inc., v. Psks, Inc. (No. 06-480)*]. En esta línea se sitúan también ciertos autores (v. op. Alfaro) que ven en esta restricción vertical una forma de evitar problemas de parasitismo. P.e., en el caso de las tarjetas descodificadoras griegas, donde estas se adquirirían a precios más baratos que las comercializadas en el Reino Unido para luego usarlas también en el Reino Unido, una cláusula de mantenimiento del mismo precio de reventa en los diferentes estados miembros podría haber servido para neutralizar los problemas de parasitismo. En casos como éste no habría que descartar de antemano la existencia de eficiencias del Art. 1.3 LDC o 101.3 TFUE. Respecto a la transparencia de precios, el mismo Alfaro se refiere a eficiencias porque ello ayuda a reducir los costes de búsqueda de los consumidores y, con ello, intensifica la competencia intermarcas. La doctrina patria (Zurimendi, Op. cit.) se muestra muy reticente, sin embargo, a admitir estas eficiencias en el caso del mantenimiento del precio de reventa y considera en general que las mismas se pueden obtener a través de medios menos restrictivos.

Finalmente, en cuanto a las restricciones inscritas dentro del **grupo de compartimentación del mercado**, las que limitan la capacidad del comprador para la reventa con relación a un producto o servicio específico no será probable que puedan llegar a ejercer alguna influencia sobre los mercados de la difusión televisiva. En el caso de la TV en abierto, porque esa reventa no existe, y en el de la TV de pago, porque el producto comercializado por el difusor difiere del adquirido por el mismo y, además, porque los insumos necesarios (comunicaciones electrónicas y contenidos) se adquieren a escala nacional, además de ser comercializados a esa misma escala nacional los propios servicios de TV de pago. Por otra parte, las que limitan la capacidad de abastecimiento podrían llegar a plantearse, sobre todo, en el ámbito de los contenidos; sin embargo sus efectos se harían sentir, principalmente, en los mercados ascendentes. No obstante, la acumulación de esta clase de restricciones podría también alimentar la colusión tácita horizontal en los mercados descendentes de la difusión

televisiva en los que cada organismo de radiodifusión podría acomodarse en un nicho determinado de programación sin llegar a entrar en competencia con los demás.

(d) Acuerdos de cooperación horizontal

Pasando a examinar el juego de los acuerdos de cooperación horizontal con proyección sobre estos mercados de la difusión televisiva, una primera conclusión podría ser la de que la casuística imaginable, dados los diversos contenidos posibles de los acuerdos de cooperación, excedería con mucho de la tipología incorporada a las Directrices sobre esta clase de acuerdos. Además, es perfectamente posible que los acuerdos horizontales entre varios difusores sean la forma de articular una posición dominante colectiva que pueda luego llegar a degenerar en un abuso de la misma.

Si nos centramos en la situación existente en el mercado español, lo anterior podría darse, de manera especial, en el ámbito de la TV en abierto, donde no existen posiciones dominantes individuales. En el de la TV de pago, la plataforma en situación de posición dominante (*Sogecable*) poca o ninguna necesidad, a día de hoy, tendría de coordinarse en horizontal con otros operadores de pago, por más que lo anterior si podría llegar a darse en un futuro más o menos próximo si aumenta la presión competitiva procedente del cable (esta circunstancia fue tomada en especial consideración por las autoridades de la competencia inglesa y española en los casos *Vía Digital* y *BiB*). También en el caso *Trio Plus* en España se buscaba una alianza entre las plataformas de *Sogecable* y *Telefónica* en el mercado español de la TV de pago, pretendiendo comercializar conjuntamente sus servicios de televisión y protagonizar acuerdos de compra conjunta de contenidos.

Un primer presupuesto para que la autoridad de la competencia deba evaluar los efectos anticompetitivos asociados a un acuerdo horizontal sería el de que no resulte aplicable la exención por categorías. En primer lugar, las exenciones en I + D o en transferencia de tecnología poco juego tendrían en el mercado de la TV en abierto en el que la tecnología es bien conocida. En el caso de la TV de pago, las mismas podrían tener una mayor incidencia (p.e., TV en alta definición o TV al móvil) pero, incluso en este caso, irían más bien referidas a los mercados accesorios y absorbidos de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago o a los ascendentes de las comunicaciones electrónicas.

De otro lado, las exenciones previstas en el Reglamento de Exención en especialización podrían jugar un papel más destacado en el mercado de la TV de pago que en el de la TV en abierto. En cuanto a los acuerdos de especialización, si bien es improbable que un difusor en abierto (p.e. *Telecinco*) deje de emitir su señal para pasar a retransmitir la de otro diferente (p.e. *Antena 3*), no lo sería tanto que un difusor de pago (*Imagenio* de *Telefónica*) pudiera renunciar a difundir su propia programación para sólo retransmitir la señal de *Sogecable*. Ahora bien, ha de notarse que en el entorno de la TDT también comienzan a darse acuerdos de especialización en el mercado de la TV en abierto, tal y como llegó a ponerse de manifiesto en el caso *Cuatro* (un difusor en abierto podría dejar de emitir su programación para alquilar su canal digital a otro difusor y que fuera emitida a través de él la programación de este último).

Los de producción en común, son aún más viables que los anteriores dentro del mercado de la TV de pago: ante la improbabilidad de que dos difusores en abierto (los mismos *Antena 3* y *Telecinco*) estén dispuestos a renunciar a un título habilitante para pasar a emitir conjuntamente una sola señal, es muy posible que *Telefónica* y *Sogecable* puedan tener

interés en integrar sus plataformas respectivas de TV de pago en una sola para beneficiarse de importantísimas sinergias (la capacidad de transmisión de *Telefónica*, incluida la bidireccionalidad para servicios interactivos para la que no resulta tan apta la plataforma satelital, y los contenidos de *Sogecable*). Ahora bien, dicho lo anterior, lo cierto es que muy difícilmente un eventual acuerdo de especialización o de producción dentro del mercado de la TV de pago podría llegar a beneficiarse de la exención, pues muy probablemente la cuota de mercado combinada disfrutada por los operadores puestos de acuerdo excedería de los umbrales establecidos al efecto por el Reglamento de Exención.

El hecho de que las cuotas disfrutadas por las empresas activas dentro de los mercados de la difusión sean elevadas llevará también a que cualquier concertación en horizontal entre cadenas en abierto, por un lado, o cadenas de pago, por otro, sea muy difícil que pueda llegar a beneficiarse de la aplicación la Comunicación *de minimis*.

En general, y aplicando *mutatis mutandi* las previsiones de la Comisión para las concentraciones horizontales, la colusión horizontal entre difusores televisivos en abierto o de pago podría llegar a producir un triple efecto, a saber: **(a)** la atenuación de la competencia entre los competidores puestos de acuerdo, **(b)** la posibilidad de que los mismos consideren ese modelo de concertación como un modelo económico viable en el medio o largo plazo, y **(c)** el riesgo de que, a consecuencia de lo anterior, los mismos, al no estar tan necesitados de entablar competencia, puedan degradar la calidad de programación o la innovación o, en el caso de la TV de pago, elevar los precios. Lo anterior podría desembocar en un escenario de cártel.

Por lo que se refiere a los factores para la ponderación de los anteriores efectos anticompetitivos, los habría de agravación y de atenuación de los mismos. El factor de la heterogeneidad de los servicios vimos, al tratar de los acuerdos verticales, que podría desincentivar a los consumidores a la hora de buscar la sustitución. La anterior sería la faz anticompetitiva de este factor, sin embargo, el mismo presentaría otra procompetitiva, según los autores, cuando de lo que hablamos es de cooperación horizontal y es que, en este caso, la heterogeneidad de los servicios prestados puede hacer más difícil la coordinación horizontal de los operadores que los prestan. Dando de lado a otros factores ya examinados al tratar de la colusión vertical con incidencia en estos mercados podrían destacarse los siguientes:

1. La onerosidad de los servicios de difusión televisiva. Este factor, circunscrito al mercado de la TV de pago, será un acicate para que los abonados busquen la sustitución.
2. El hecho de que el poder de mercado de las partes del acuerdo, fortalecido como consecuencia de éste, les permita impedir la expansión de los competidores, en especial, de las firmas discolas o innovadoras.
3. La posibilidad de los difusores de influir sobre las consecuencias en las que se basa la coordinación. Lo anterior tenderá a darse más en el mercado de la TV de pago que en el de la TV en abierto como consecuencia de la existencia de unas infraestructuras difícilmente reproducibles asociadas a las redes de comunicaciones electrónicas (descodificadores, parabólicas, etc.) que permitirán a los operadores de pago controlar el acceso a los abonados.

4. El dato de tratarse de acuerdos abiertamente dirigidos a restringir la competencia será un factor que influirá abiertamente para agravar los efectos anticompetitivos.
5. El tamaño y la estabilidad en el tiempo de las cuotas de mercado de las concertadas, lo que será un buen indicador de la relajación de la presión competitiva entre ellas.
6. La ausencia de cualquier eficiencia derivada de la concertación; no será lo mismo si dos organismos de radiodifusión intentan ponerse de acuerdo para reforzar su poder de compra de contenidos, lo que podrá redundar en una mejora de la programación ofrecida o de los precios aplicados a los usuarios, que si con ese acuerdo horizontal persiguen impedir la expansión o la entrada en el mercado de un competidor.
7. La débil posición en el mercado de los competidores y el nulo o mínimo poder compensatorio de la demanda procedente de la comunidad de televidentes o la existencia de fuertes barreras a la entrada.

De las concretas formas de cooperación horizontal tipificadas en las Directrices de la Comisión sobre esta materia – recordemos, sólo centradas en las que suponen incremento de las eficiencias – las de una mayor virtualidad, por las razones dadas en su lugar, podrían ser las siguientes.

En cuanto a los **acuerdos horizontales de producción**, comprendiendo la producción en común y la subcontratación a través de acuerdos de especialización o de incremento de la producción, por las mismas razones a que acabamos de referirnos al tratar de la exención por categorías, los mismos quedarían casi circunscritos al mercado de la TV de pago. En nuestro país el principal riesgo cabría situarlo en la posibilidad de que *Sogecable* y *Telefónica* pudieran converger hacia una plataforma conjunta de TV de pago. En este caso, mercado de referencia sería el de la TV de pago y mercados afectados indirectamente cualesquiera otros en los que existiera el riesgo de que las partes pudieran también llegar a ponerse de acuerdo (p.e., los de la compra de contenidos). Los efectos anticompetitivos en este caso son, sobre todo, la eliminación de la presión competitiva y el riesgo de colusión entre las partes en el mercado de la TV de pago. El efecto de exclusión se daría, en cambio, cuando el acuerdo de producción se diera en los mercados ascendentes de los contenidos y de las comunicaciones electrónicas, con el efecto de incrementar los costes de los competidores en el mercado descendente de la TV de pago, propiciando su exclusión.

La valoración de los efectos anticompetitivos pasaría por ponderar los factores generales y, en especial, el poder de mercado de las partes en los mercados afectados directa o indirectamente o el hecho de que estas compartan importantes partidas de costes.

Otro factor a valorar será el de la naturaleza del acuerdo. Así, los acuerdos de producción que supongan fijación de precios, reparto de mercados o limitación de la producción habrán de ser reconducidos directamente a la estructura del cártel sin posibilidad de beneficiarse de la exención colectiva ni tampoco de la individual. Se exceptúan de lo anterior aquellos acuerdos de producción en los que las partes limiten claramente el alcance de la producción afectada sin que lleguen a verse afectados otros parámetros competitivos, así como aquellos acuerdos de producción conjunta que supongan también la distribución conjunta con fijación de precios de los productos producidos, en el caso de que, faltando esa fijación de precios, las partes carecieran de incentivos para la producción conjunta. En estas dos excepciones, sería necesario valorar la concurrencia o no de efectos anticompetitivos y la posibilidad de aplicar

la exención. También cabría imaginar en el mercado de la TV de pago la existencia de acuerdos de los que nunca tendrían carácter anticompetitivo, p.e., los necesarios para lanzar nuevos productos o acceder al mercado, los de subcontratación de un insumo que hasta ese momento el contratista sólo produjera para sí sin comercializarlo a terceros, los que supongan la escasa asunción de costes en común, etc. Otro factor importante para valorar los efectos anticompetitivos de un acuerdo de producción habría que cifrarlo en la existencia de una red de acuerdos similares en el mercado afectado o la agravación de los efectos anticompetitivos por la generación de economías de escala, alcance o densidad como consecuencia del acuerdo de producción o la existencia de reciprocidad en la subcontratación.

En cuanto a la aplicación de exenciones individuales, la misma habrá que plantearse con un poder de mercado por encima del umbral del 20 %, por ser cuando no se aplica la exención por categorías. Normalmente, será necesario que el acuerdo de producción genere ahorros de costes, economías y mejoras de calidad o gama de los servicios de los que lleguen a beneficiarse los consumidores, que las restricciones de la competencia sean las imprescindibles y que no se produzca una eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado.

A diferencia de los anteriores, los acuerdos de compra conjunta sí podrán, al menos en principio, llegar a plantearse, tanto en el mercado de la TV de pago como en el de la TV en abierto, cuando dos organismos de radiodifusión cualesquiera pudieran llegar a coordinarse para adquirir insumos (contenidos o servicios de comunicaciones electrónicas) en los mercados ascendentes.

Ahora bien, la virtualidad en el campo de la TV en abierto quedaría muy reducida respecto de la compra de obras audiovisuales no *Premium* que, normalmente, producen secciones integradas verticalmente con el propio difusor y respecto de la adquisición de servicios portadores de difusión por el poder de mercado de *Abertis*. En todo caso, suponiendo que sean rebasados los umbrales fijados por la Comisión para la evaluación de los efectos anticompetitivos, los cuales se dejaron ya estudiados, y prescindiendo de los efectos de estos acuerdos sobre los mercados ascendentes, los riesgos principales en el mercado de la TV en abierto ya en el de la TV de pago habría que cifrarlos en la posibilidad de que fueran los competidores privados del acceso a esos insumos necesarios para perdurar en los mercados de referencia.

En el caso concreto del mercado español de la TV de pago, los acuerdos de compra conjunta respecto de los servicios de comunicaciones electrónicas quedarían muy limitados, pues *ONO* y *Telefónica* se autoprestarían y al ser *Sogecable* el único operador por satélite. Sí podrían cobrar un mayor sentido en el caso de acuerdos de compra conjunta de contenidos *Premium*, y sobre este particular nos referimos a un posible acuerdo de compra conjunta entre *Telefónica* y *Sogecable* para la adquisición de contenidos *Premium* cinematográficos. Dado que un acuerdo de compra conjunta tal tendría una doble proyección horizontal y vertical, habría que valorar primero los efectos horizontales sobre el mercado español de compra de los derechos *Premium* cinematográficos y sobre el mercado posterior de la TV de pago, y después los efectos verticales en las relaciones con los *majors* de acuerdo con las Directrices sobre restricciones verticales.

En ese ejemplo, probablemente, se diera el presupuesto del poder de mercado al superar las compras de *Sogecable* y *Telefónica* el 15 % del mercado nacional de compra de esos

contenidos y al ser la cuota combinada de ambos operadores en el posterior de la TV de pago también muy superior a ese umbral del 15 %.

El análisis de los efectos anticompetitivos de un acuerdo tal de compra conjunta podría ser el siguiente. Difícilmente, por el poder de mercado de los proveedores, el acuerdo de compra conjunta podría llevar los precios de venta de los insumos por debajo de niveles competitivos. Por otra parte, la posición de las partes del acuerdo en el mercado de la TV de pago, con una cuota combinada muy por encima del 80 %, y el hecho de compartir importantes costes comunes, dado el valor de los *films*, las llevaría a no trasladar los ahorros obtenidos a los abonados a TV de pago. Además, por la vía de ese acuerdo podrían *Telefónica* y *Sogecable* excluir a otros competidores (*ONO*) del mercado de compra y, por ende, del de la TV de pago. Probablemente, dado que las películas son comercializadas por los grandes estudios a escala mundial, el acuerdo de compra conjunta no llegaría a provocar que esos grandes estudios limitaran la calidad de sus producciones por falta de estímulo para la mejora. Sin embargo, sí sería probable que llegara a darse un resultado colusorio entre *Telefónica* y *Sogecable* en el mercado español de la TV de pago limitando, por ejemplo, el número de películas emitidas.

Teóricamente, un acuerdo de compra conjunta como el que referimos podría producir eficiencias si el freno a los precios aplicados por los *majors* llevara a que los abonados a TV de pago pudieran disfrutar de más películas y a mejor precio. Sin embargo, por lo dicho, sería difícil que tales eficiencias llegaran a trasladarse a los consumidores, faltando así uno de los presupuestos para la aplicación del Art. 1.3 LDC. Además, la fuerte posición de las partes del acuerdo en el mercado de la TV de pago podría también llevar a una eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado español de la TV de pago.

La aplicación de estos criterios podría permitirnos concluir que la plataforma de compra conjunta de *Sogecable* con *Telefónica* supondría una importante eliminación del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de TV de pago.

Los **acuerdos de comercialización** tan sólo es imaginable que lleguen a darse dentro del mercado de la TV de pago desde el momento en que los de TV en abierto, por su propia naturaleza, no implican una comercialización. De los acuerdos de comercialización, los de una mayor incidencia dentro del mercado de la TV de pago podrían ser los de venta conjunta y los de distribución conjunta. Lo más factible sería que tales acuerdos se dieran entre *Telefónica* y *Sogecable* a fin de contrarrestar la creciente presión competitiva ejercida por el sector del cable; de hecho llegó a plantearse con el caso *Trio Plus*, como sucedió años antes con el caso *Cablevisión*.

Si tomamos el escenario español, un acuerdo por el que *Sogecable* y *Telefónica* se pongan de acuerdo para fijar el precio y el resto de condiciones para la venta de sus servicios de TV de pago (venta conjunta) o para poner en común sus plataformas tecnológicas a fin de distribuir sus programaciones (distribución conjunta) difícilmente podría llegar a prosperar considerando las cuotas de mercado de las partes dentro del mercado de referencia de la TV de pago, muy por encima del umbral del 15 %, y el hecho de que tales acuerdos llevarían implícitas restricciones de la competencia de una especial gravedad, a saber, la fijación de precios, agravada por el hecho de compartir posiblemente importantes partidas costes, y el reparto de los mercados si, por ejemplo, a resultas de la cooperación horizontal asumiera *Telefónica* el compromiso de no extender su red en determinadas zonas geográficas respetando así la posición de *Sogecable*. Tampoco sería descartable que llegaran a verificarse

limitaciones de la calidad, cantidad, variedad o novedad de los contenidos audiovisuales ofrecidos.

A la hora de conceder exenciones individuales, aún cuando cabría imaginar que tales acuerdos de comercialización, sobre todo los de distribución conjunta, pudieran llegar a crear eficiencias, como evitar la duplicación de instalaciones o lograr ahorros de costes, el refuerzo de la posición dominante de las partes permitiría pensar en una obstaculización de la competencia en una parte significativa del mercado y en que las mismas no llegarían a extenderse a los consumidores.

vii) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la difusión televisiva y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

(1) En el caso Cablevisión

Con relación a los mercados de la difusión, el análisis de su estructura y la evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos podría permitir extraer las siguientes conclusiones.

En el caso *Cablevision* (mercado de la TV de pago), *Sogecable* y *Telefónica* se proponían crear una entidad de carácter concentrativo para la prestación de servicios administrativos, técnicos y comerciales a los cableoperadores (incluidos los operadores locales de cable de *Telefónica* que, finalmente, no llegaron a existir) y, eventualmente, para suministrar servicios de TV de pago a los usuarios finales.

Éste último, por tanto, podía ser considerado como mercado de referencia; se trataba de un mercado entonces emergente, lo que hacía difícil efectuar un análisis pre-concentración de la estructura del mismo así como pronunciarse sobre posiciones dominantes y abusos de las mismas. En él era donde mayor riesgo de efectos anticompetitivos habría por la existencia de relaciones verticales y horizontales.

En lo que respecta a los efectos anticompetitivos de proyección horizontal, de nuevo, los más importantes eran los no coordinados derivados de que pudiera llegar a atenuarse la competencia entre *Telefónica* y *Sogecable* para la prestación de servicios de TV de pago. Los coordinados no eran tan importantes por lo improbable de que *Cablevisión* se concertara en horizontal con los cableoperadores en el mercado español de la TV de pago.

Había factores que contribuían a intensificarlos, entre los que destacaría el control ejercido por estas entidades sobre los mecanismos de acceso al abonado y el peligro que para el juego de la competencia podía llegar a suponer la combinación de ambos (par de cobre de *Telefónica* y descodificadores y otros recursos asociados de *Sogecable*) ante la dificultad de que los abonados pudieran desviar sus pedidos hacia infraestructuras alternativas. Además, el control sobre esas infraestructuras, sumado al que ejercía *Sogecable* en el plano de los contenidos, era un factor que podía dificultar gravemente la expansión de los cableoperadores.

Lo anterior, unido a la ausencia de neutralizadores de los efectos anticompetitivos – débil poder de compra de los abonados a TV de pago, débil competencia potencial ejercida por los

cableoperadores, ausencia de eficiencias porque se buscaba impedir la expansión de una plataforma nueva de entrega como era la del cable - determinó que el TDC no autorizara la operación.

Las restricciones verticales se daban porque *Telefónica* y *Sogecable* estaban activas en el mercado, anterior con respecto al de la TV de pago, de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Desde este otro enfoque, los efectos no coordinados consistían en la expulsión de los cableoperadores del mercado de la TV de pago ya por el bloqueo de insumos (*Cablevisión* podía denegarles la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales), ya por el de clientes (podían ver bloqueado el acceso a los abonados a TV de pago por el control ejercido por las partes de la operación sobre esas infraestructuras mencionadas más arriba). Un factor de agravación de estos efectos podían derivar de la existencia de fuertes economías de escala, densidad y alcance en ese mercado de la TV de pago.

En cuanto a los efectos coordinados, tampoco bajo este enfoque eran relevantes por las mismas razones que en el caso del horizontal. El análisis de eficiencias era también el mismo, si bien cabría añadir que resultaba muy poco probable que la nueva entidad dejara caer aguas abajo para beneficiar a los abonados las importantes sinergias de carácter vertical que pudiera llegar a obtener como consecuencia del solapamiento de márgenes verticales.

(2) En el caso BiB

En el caso *BiB* (mercado de la TV de pago), el incumbente de telecomunicaciones en el RU (*BT*), el principal operador de TV de pago por satélite (*BSkyB*), un importante grupo bancario (*Midland*) y un potente proveedor de bienes de equipo (*Matsushita*) creaban una entidad de carácter concentrativo para la prestación de servicios de TV digital interactiva.

En este caso, por razones de confidencialidad, no se hallaban disponibles los datos que permitían exponer el análisis estructural pre-concentración del mercado de la TV de pago. Éste era uno de los cuatro mercados de referencia identificados en la resolución de la Comisión.

Lo era, en primer lugar, por la existencia de relaciones horizontales, pues *BSkyB* y *BT* eran competidores reales y potenciales en el mercado de la TV de pago a través de plataformas de satélite y cable, respectivamente. Sin embargo, la nueva entidad de carácter concentrativo no iba a actuar directamente en el mercado de los servicios de TV de pago y por eso no podía hablarse de efectos anticompetitivos coordinados o no coordinados, pues la estructura de este mercado, al menos teóricamente, debía mantenerse igual.

Podía ser el de la TV de pago también mercado de referencia por la existencia de relaciones verticales. *BT* estaba activa en los mercados de las telecomunicaciones anteriores al de la TV de pago. Sin embargo, ello no planteaba problemas de competencia toda vez que, del resto de operadores de TV de pago, prácticamente todos contaban con su propia plataforma y ninguno dependía del suministro de *BT*. Esa dependencia sí se daba en cambio respecto de *BSkyB* para el suministro de contenidos con valor *Premium* (cine y deportes) y para el de servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. Podía haber efectos anticompetitivos no coordinados (los competidores se podían ver fuera del mercado de la TV de pago por la falta de esos insumos) y coordinados (por el riesgo de que *BT* y *BSkyB*, que subsistirían como operadores independientes en el mercado de la TV de pago, tuvieran la

capacidad y el interés por coordinarse en ese mercado en detrimento de esos otros operadores).

Finalmente, podía serlo – mercado afectado - por la existencia de relaciones de tipo conglomeral por el riesgo de que la oferta de servicios interactivos por parte de *BiB* pudiera emplearse como enganche de abonados a los servicios de TV de pago de *BSkyB* a través, p.e., de iconos en pantalla. Así, podía llegar a ser una opción el recurso a los servicios interactivos, por su novedad y atractivo, como producto vinculante que llevara a reforzar la posición de *BSkyB* en el mercado de la TV de pago y, de hecho, lo previsto era que tanto los servicios de TV de pago, como los de TV digital interactiva se terminaran suministrando a través de una única plataforma.

Por último, respecto a las fuentes de neutralización de posibles restricciones al juego de la competencia dentro del mercado de la TV de pago, dado el nulo poder de compra de los usuarios y puesto que las posibles eficiencias se cifraban en el desarrollo de servicios innovadores más relacionados con la TV interactiva que con la de pago, las más importantes eran la competencia (real y potencial) procedente del segmento del cable, que recientemente había protagonizado un proceso de concentración.

(3) En el caso Vía Digital

En el caso *Vía Digital*, el mercado analizado era el español de la TV de pago en 2.000 y en él iba a operar la nueva entidad nacida de la concentración. En este caso, de lo que se trataba era de la integración en una sola de las dos principales plataformas de TV de pago existentes en España. En cuanto al análisis pre-concentración de la estructura de este mercado, por número de abonados, *Sogecable* presentaba una cuota del 56,9 %, *Vía Digital* del 22,7 %, los cableoperadores del 16,7 % y *Quiero TV* del 3,7 %. El servicio *Imagenio* de *Telefónica* no había sido aún objeto de lanzamiento.

El IHH era por tanto de 4.045, lo que revelaba un mercado ya maduro, concentrado y con una demanda dispersa y sin poder negociador. La posición dominante individual de *Sogecable* parecía clara, máxime si se tenía en cuenta que su cuota por volumen de ingresos resultaría aún superior. En 2006, ese mismo mercado, a pesar de la desaparición de *Vía Digital*, presentaba un IHH casi idéntico de 4.038, como consecuencia de la expansión de los cableoperadores y de *Telefónica*.

En cuanto a la evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mercado, la concentración llevaría a reforzar esa posición dominante individual con el riesgo de empeorar los parámetros competitivos de la calidad, novedad, variedad y precio de los servicios de TV de pago en perjuicio de los abonados. De aquí podrían derivarse abusos explotativos en vertical ascendente frente a proveedores de insumos y descendente frente a esos mismos abonados a TV de pago. También podrían llegar a darse abusos de exclusión de proyección horizontal si la nueva entidad hiciera por excluir a otras plataformas competidoras de TV de pago. La nueva entidad se situaría con una cuota de mercado por encima del 80 % por número de abonados y el IHH tras la operación pasaría a ser de 6.629. Determinados factores agravarían los efectos anticompetitivos, p.e., el dato de que ya *Sogecable* contara antes de la concentración con una cuota por encima del 50 %, la implicación de *Telefónica* en la operación que podía desincentivarla para lanzar su servicio *Imagenio*, los antecedentes de coordinación entre *Telefónica* y *Sogecable* en el pasado o las fuertes barreras de entrada que envolvían al mercado español de la TV de pago.

Desde un enfoque horizontal, los efectos no coordinados eran muy importantes por suponer la operación la eliminación de la principal fuente de competencia para *Sogecable*, a saber, *Vía Digital*. El importante peso editorial de la nueva plataforma podía capacitarla para impedir la expansión de los cableoperadores en TV de pago. Los efectos coordinados, aunque menos significativos, podían también estar muy presentes por el riesgo de coordinación entre *Telefónica* y *Sogecable*. Estos últimos podían verse intensificados por las fuertes sinergias que presentaba la red de la primera con los contenidos de la segunda, lo que les permitiría controlar las bases de la coordinación y activar represalias respecto de la incumplidora y, asimismo, neutralizar cualquier reacción procedente de los cableoperadores, por ejemplo, subiendo precios en las demarcaciones en las que no estuviera presente el cable y bajándolos donde sí.

Dada la ausencia de eficiencias, pues la nueva plataforma en posición de monopolio no tendrían incentivos para trasladarlas a los abonados, y de poder de compra por parte de los abonados a TV de pago, los principales neutralizadores de los efectos anticompetitivos se relacionarían con el poder en *triple play* de los cableoperadores y con la oferta digital de la TV en abierto, que se tornaría cada vez más atractiva. Respecto de esto último, se señaló, no obstante, que la multiplicación de cadenas en abierto acentuaría la competencia en ese mercado, pero que, a su vez, podría llegar a debilitar la presión competitiva ejercida por los grandes operadores en abierto sobre la oferta de TV de pago.

Además de los horizontales, la operación presentaba importantes efectos verticales. Estos se planteaban en el eje contenidos/TV de pago, más que en el eje comunicaciones electrónicas/TV de pago. Cada operador de pago contaba con su propia plataforma de entrega y no necesitaba acudir a la de *Telefónica*. En cambio, la posición de *Sogecable* en contenidos *Premium* le permitiría bloquear a los competidores insumos esenciales para sobrevivir en el mercado español de la TV de pago (efectos no coordinados) y, asimismo, suministrarlos a su propia plataforma y además a la de *Telefónica* (efectos coordinados).

Menos importantes que los verticales podrían ser los efectos conglomerados de la operación en el mercado español de la TV de pago. A pesar del peso específico de *Telefónica* en los otros dos mercados del *triple play* (acceso minorista a IT y telefonía fija), por razones ya expuestas al tratar de las concentraciones verticales, los efectos del apalancamiento se harían sentir en esos otros dos mercados, más que en el mercado vinculante de la TV de pago. En efecto, los servicios de TV de pago podrían actuar como cebo para pescar en el mercado de la telefonía y del acceso a internet, pero no al revés, pues la oferta a los abonados a TV de pago de servicio telefónico o de acceso a internet no tendría un valor tan diferenciador.

(4) En el caso HMG

En el caso *HMG* (mercado de la TV en abierto), recordemos, dos organismos de radiodifusión (*RTL* y *Verónica*) se concentraban en uno solo (*HMG*) que quedaba gestionando tres cadenas (*Verónica* y *RTL 4* y *5*). En ese caso, los sistemas de distribución del servicio televisivo eran tanto la red terrestre (cadenas públicas) como la de cable (cadenas privadas). Se trataba de un mercado altamente concentrado con un IHH por encima de 3.600, cuasiduopolístico (*RTL*, con una cuota del 32 %, y las cadenas públicas, con otra del 51 %), maduro y de demanda dispersa. A pesar de esa cuota del 51 % no podía hablarse de una posición dominante individual del organismo público de radiodifusión por hallarse éste sujeto a unas limitaciones legales que permitían a los competidores ejercer una fuerte presión

competitiva. Tampoco, apreciadas las circunstancias del caso, era de temer la colusión horizontal ni la posición dominante colectiva protagonizadas por el difusor público y el principal privado (*RTL*).

De la concentración podían derivarse el riesgo de la reducción de la oferta a consecuencia de la elevación de las barreras a la entrada de nuevos competidores y de la exclusión de los ya existentes y, de forma más mediata, el de una disminución de la calidad de la programación ante esa mitigación de la presión competitiva sobre la concentrada. Se trataba, en fin, de la posibilidad de que pudiera crearse o consolidarse una posición dominante que pudiera llegar a concretarse en abusos de exclusión dentro del mercado de la audiencia o de los telespectadores. Éste era considerado mercado de referencia, en el sentido de mercado en el que debía evaluarse la posición de la nueva entidad resultante de la concentración. En este caso, en concreto, la evolución del mercado de los telespectadores tras la primera decisión de la DG 4 reveló una rebaja del IHH tras la operación en unos 450 puntos y que la presión competitiva entre *NOS* y *HMG* era efectiva, hasta el punto de que no pudiera llegar a hablarse de posición dominante individual en manos de ninguno de esos dos operadores. En *HMG*, como ideas esenciales en lo relativo a los efectos anticompetitivos, coordinados o no, y a sus factores de neutralización podrían resaltarse las siguientes.

Los efectos anticompetitivos no coordinados eran más importantes que los coordinados y derivaban de la desaparición, tras la concentración propuesta, de la presión competitiva entre *RTL* y *Verónica*. Un factor de agravación de los mismos radicaba en la posibilidad de que la nueva plataforma pudiera coordinar sus cadenas para llegar a diversos colectivos de televidentes dificultando la expansión de los competidores. Los riesgos de efectos coordinados asociados a la concentración no eran importantes por lo improbable de que el principal organismo privado de radiodifusión (*HMG*) pudiera llegar a coordinarse con el público (*NOS*).

En cuanto a los factores de neutralización, valdría con hacer una remisión a lo dicho más arriba si bien matizando, en cuanto al caso concreto de las eficiencias, que no concurrían; más bien todo lo contrario como consecuencia del riesgo de que pudiera llegar a degradarse la calidad de la parrilla de la programación disponible para los espectadores. En definitiva, en el caso *HMG*, la ausencia de posición dominante individual y la constatación empírica de que, tras la operación, el mercado se había desconcentrado permitieron que la misma fuera autorizada con la condición de rebajar la fuerza competitiva de una de las tres cadenas de *HMG* (*RTL* 5) convirtiéndola en cadena de noticias a fin de mitigar el riesgo de la coordinación de programaciones.

(5) En el caso UEFA

En el caso *UEFA* (mercado de los telespectadores), la Comisión no realizó un análisis de la estructura del mercado. Se trataba de una restricción horaria, fijada dentro del Reglamento de Retransmisiones de la *UEFA*, por virtud de la cual existían ciertas franjas horarias dentro de las cuales no podían ser retransmitidos partidos de fútbol. La *UEFA* era una asociación de asociaciones de empresas (las ligas nacionales de clubes) que podía entenderse que actuaba en el mercado de los contenidos deportivos surtiendo de los mismos a las cadenas de TV. Así las cosas, el supuesto admitía ser enfocado como un caso de abuso de posición dominante colectiva de esas asociaciones integradas en la *UEFA* o también como uno de cártel de limitación de la producción en el mercado de los telespectadores, sabiendo, como ya se sabe, que ambas figuras no serían incompatibles.

Dada la ausencia de datos sobre la estructura del mercado descendente ni sobre la del ascendente, una forma de enfocar el abuso explotativo y de proyección vertical en este caso sería la basada en la existencia de dependencia económica de las cadenas de TV respecto de la *UEFA* y sus miembros a la hora de obtener un insumo importantísimo para actuar en los mercados descendentes de la difusión, a saber, los derechos sobre los partidos. Sin embargo, aún admitiendo esta posibilidad, relacionada con toda la doctrina del contratante obligatorio, no habría lugar a apreciar abuso de posición dominante en este caso por la ausencia de un fin ilícito (la restricción horaria buscaba garantizar la asistencia del público a los estadios) y de un resultado lesivo para el juego de la competencia (al afectar a todos los organismos de difusión por igual, no llegaba a producirlo).

La decisión de la Comisión se centró, sin embargo, más en la figura del cártel de limitación de la producción. Sin embargo, tampoco desde este enfoque cabía entender que hubiera práctica restrictiva de la competencia por esas mismas razones de la ausencia de un fin ilícito y de resultado lesivo para el juego de la competencia. En todo caso, dada la licitud de la finalidad perseguida (promoción del deporte, etc.) resultaría posible apreciar la concurrencia de eficiencias del Art. 101.3 TFUE.

(6) En el caso AVS III

En el caso *AVS III* se trataba de que *Sogecable*, activa en TV en abierto a través de *Cuatro* y en TV de pago a través de *Digital Plus*, tomaba el control de la empresa *AVS* que, como sabemos, actuaba como suministradora de contenidos deportivos *Premium*. Por tanto, mercados afectados por la existencia de relaciones verticales eran tanto el de la TV en abierto, como el de la TV de pago. Al margen de los aspectos cooperativos del acuerdo *AVS III*, el caso era uno de concentración vertical

En cuanto al mercado de la TV en abierto, un análisis pre-concentración del mercado revelaba una estructura concentrada con *Antena 3*, con un *share* por encima del 25 %, y con *Telecinco* y *RTVE* con cuotas en torno al 20 %. Muy por detrás se situaban *Cuatro* y *La Sexta*, que acababan de incorporarse al mercado. En los eslabones superiores de la cadena, *AVS*, tras aglutinar los derechos sobre los partidos, los había asignado o repartido entre los operadores audiovisuales. En Primera División de Liga, a *Mediapro* le había correspondido la emisión del partido en abierto por cada jornada de Liga, habiendo cedido los derechos de ámbito nacional a *La Sexta* y de ámbito autonómico a *TVValenciana* y *TVCataluña* (hasta entonces habían venido correspondiendo a *RTVE 2* y a la *FORTA*). En Segunda División, de los cinco partidos en abierto por jornada, uno había correspondido a *Localia* (cadenas locales de *Sogecable*) y los otros cuatro a *Mediapro*. Finalmente, en Copa del Rey la situación variaba mucho y dependía de que *AVS* hubiera llegado o no a hacerse con los derechos de los dos equipos que disputaban el partido.

En cuanto a la evaluación post-concentración, los efectos anticompetitivos coordinados de la concentración no eran importantes. Era cierto que *Cuatro* y *La Sexta* podían estar estimuladas para respetarse, pero lo anterior derivaba, más que de la integración vertical *Sogecable/AVS*, de los aspectos concertativos o cooperativos del acuerdo *AVS III*. Además, ninguna de esas cadenas tenía poder de mercado y la coordinación horizontal resultaba muy difícil de mantener en un mercado tan cambiante como el de la TV en abierto.

Así, los riesgos de la operación había, sobre todo, que situarlos en la posición dominante de *AVS* en el mercado ascendente que podía llevar a un bloqueo de insumos a los competidores de su sección descendente en abierto, *Cuatro*. De aquí derivaban los efectos anticompetitivos no coordinados de la concentración vertical asociados al hecho de que, a raíz de dicha concentración, pudieran los competidores de la sección descendente perder la capacidad o el estímulo para competir en el mercado de la TV en abierto. Sin embargo, aquí habría que observar que uno de los requisitos para este efecto de exclusión es el del carácter esencial del insumo y, en este sentido, el TDC, sin dejar de reconocer valor a los partidos de fútbol para conferir imagen de marca a las cadenas en abierto, sentó que los mismos no eran indispensables y que una cadena en abierto perfectamente podía sobrevivir sin fútbol en su parrilla.

Por otra parte, era cierto que no había proveedores de insumos alternativos a *AVS*, sin embargo, los riesgos de exclusión en el mercado de la TV en abierto derivaban, más que de la integración vertical entre *AVS* y *Sogecable*, de los aspectos cooperativos del acuerdo de *AVS III* de 24 de julio de 2006, que suponían dejar la explotación del fútbol en abierto a *Mediapro*. En el caso concreto de los partidos de Copa del Rey, que sí quedaban en manos de *AVS III*, la autoridad nacional de la competencia, además de reconocerles mucho menos valor *Premium* que a los de Liga, constató que los mismos estaban siendo ampliamente difundidos, descartando así la existencia de bloqueos de insumos.

En definitiva, era posible que subsistieran suficientes competidores creíbles en sentido descendente – en el mercado de la TV en abierto - cuyos costes no era probable que aumentasen porque podían cambiar a insumos alternativos adecuados (V. Considerando 50 de las Directrices), pudiendo concluirse que la concentración vertical no entrañaba una obstaculización significativa del juego de la competencia en el mercado de español de la TV en abierto.

Más incidencia que sobre el mercado de la TV en abierto iba a tener la operación sobre el mercado de la TV de pago. En este caso, los efectos restrictivos para el juego de la competencia los analizamos en clave de concentración vertical y además en la de abuso anticompetitivo.

En cuanto a lo primero, el mercado de la TV de pago era mercado afectado por la existencia de relaciones verticales (*Sogecable*, activa en TV de pago, se hacía con el control de *AVS*, activa en el mercado ascendente de los contenidos deportivos, como consecuencia de la eliminación del derecho de veto de TVC).

El análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la TV de pago arrojaba las siguientes conclusiones: (i) que el mercado español de la TV de pago había entrado en fase de estancamiento en el periodo 2002-2007, que el número de abonados se había reducido, pero habían aumentado los ingresos por la subida de tarifas y que esa reducción del número de abonados impedía obtener economías de escala y densidad que pudieran conducir a la rebaja de precios; (ii) que la plataforma de TDT de pago (*Quiero TV*) había sido la de peor comportamiento, que la satelital se había comportado algo mejor, pero sin dejar de perder abonados, que la de cable progresaba lenta pero constantemente en número de abonados, que la de TV sobre ADSL de *Telefónica* era la que presentaba una tasa de penetración más rápida por el bajo coste de adaptación de la RTPC para prestar servicios de TV de pago y que la mayor presión competitiva se daba entre *ONO* y *Telefónica*, pues ambas se basaban en el atractivo del *triple play*, mientras que en el caso de *Sogecable* ese mismo atractivo procedía

de un mayor valor editorial; (iii) que *Sogecable* estaba en posición dominante en el mercado de la TV de pago y que sólo ella disfrutaba del derecho a transmitir un partido por jornada liguera en la ventana de TV de pago a través de *Digital +*; (iv) que en la otra ventana de la TV de pago, a saber la de pago por visión, era mayor el número de contrataciones (“*pinchazos*”) para ver fútbol en PPV que cine de estreno; (v) que en la ventana de pago por visión, *Sogecable* se beneficiaba de ocho veces más pinchazos para ver fútbol que *ONO* y *Telefónica*, por el hecho de contar *Sogecable* con la explotación en ventana de pago del partido más atractivo de la jornada de liga y el efecto de arrastre que lo anterior ejercía en la contratación de otros partidos en pago por visión, razón por la cual, aún admitiendo la existencia de un mercado separado para el pago por visión, seguiría *Sogecable* disfrutando de una posición dominante.

Pasando a la evaluación post-concentración del juego de la competencia, la operación de toma de control de AVS suponía conferir a *Sogecable* la explotación en exclusiva de *la Liga* y *Copa de S.M. el Rey* en televisión de pago y PPV durante los años siguientes a la operación. *Sogecable* quedaría así como monopolista en el mercado ascendente de los contenidos deportivos, lo que reforzaría su posición dominante en el mercado aguas abajo de la TV de pago, en sus dos ventanas, la de pago y la de pago por visión.

Los efectos anticompetitivos más importantes de la operación iban a ser los no coordinados derivados del bloqueo de insumos: *Sogecable* vetaría el acceso de sus competidores en TV de pago a los contenidos deportivos, más que directamente, a través de denegaciones de suministro, de forma indirecta recurriendo a pinzamientos (ver más abajo), que engrosarían los costes de esos competidores impidiéndoles ofrecer precios competitivos a los usuarios de TV de pago.

Se trataba de un insumo esencial por el coste que representaban sobre los servicios finales y por su valor diferenciador de la oferta televisiva y para el que no había proveedores alternativos porque el sistema híbrido español (derecho de arena más derecho de veto del club visitante) alimentaba la concentración de derechos deportivos en una única plataforma. Los márgenes en sentido ascendente eran bajos (*AVS* no cobraría, p.e., a *ONO* mucho más de lo previamente pagado a los clubes por los derechos), por lo que la pérdida derivada para *AVS* de dejar de vender contenidos deportivos a los competidores de *Sogecable* en TV de pago no serían elevadas. Por otra parte, la existencia de fuertes economías de escala y densidad en el mercado de la TV de pago estimularía a *AVS/Sogecable* para no dotar de insumos a sus competidores en este mercado, debiendo a lo anterior añadirse la más que probable captura por la misma *Sogecable* de la cuota de mercado perdida por sus rivales bloqueados. A partir de aquí, *AVS/Sogecable* tendría plena capacidad para diseñar una estrategia coordinada que le permitiera maximizar sus beneficios en las dos ventanas de TV de pago, pudiendo derivar el suministro de contenidos deportivos hacia la ventana de pago o hacia la de pago por visión, dependiendo de cuál fuera su interés en cada momento.

Lo anterior facilitaría así la exclusión de esos otros competidores del mercado de la TV de pago (sólo las condiciones impuestas por la autoridad de la competencia en el caso *Vía Digital* que obligaban *Sogecable* a conceder licencia a otros operadores de pago sobre los contenidos deportivos *Premium* para emisión en pago por visión, en el caso de que llegara a adquirir derechos exclusivos sobre los mismos, habían impedido que lo anterior hubiera llegado a producirse antes y, en todo caso, la vigencia de tales condiciones estaba próxima a expirar a fines de 2007).

Tampoco resultaban descartables los efectos coordinados, pues podía suceder que el nuevo escenario alimentara la colusión entre *Sogecable* y *Telefónica* para excluir a *ONO* del mercado de la TV de pago o, del mismo modo, que todo el área conformado por el mercado ascendente (derechos deportivos) y el descendente (TV de pago) pudiera verse atravesado por dos columnas verticales, a saber, la que suponía *AVS/Sogecable* y la que conformaba *Mediapro/Gol TV*, lo que contribuiría a alentar la colusión tanto en el nivel de los proveedores como en el de los difusores.

En cuanto a los posibles neutralizadores, podía pensarse en la existencia de competencia potencial por la integración vertical (transmisión de señal audiovisual/TV de pago) y conglomeral (TV de pago/Internet/telefonía), que presentaban tanto de *ONO* como *Telefónica*, y que podrían permitirles ganar cuota en el mercado de la TV de pago, sin embargo lo anterior no llegaba a compensar los efectos anticompetitivos, sobre todo, por la ausencia de insumos alternativos para el fútbol. Tampoco había poder de compra de los usuarios de TV de pago ni proveedores de derechos deportivos alternativos a la nueva entidad verticalmente integrada. Por último, la posición dominante de la nueva entidad *AVS/Sogecable*, tanto en el mercado ascendente como en el descendente, iba a ser tan fuerte que probablemente carecería de cualquier incentivo para trasladar a los abonados a TV de pago cualquier eficiencia económica obtenida como consecuencia de las fuertes sinergias verticales y de la internalización de márgenes dobles en la nueva entidad.

Los importantes efectos restrictivos para el juego de la competencia y la ausencia de neutralizadores llevó al TDC a imponer dos restricciones de comportamiento, a saber, en la medida en que *AVS* disfrutara de derechos exclusivos sobre contenidos deportivos *Premium*: (i) debía conceder licencia a terceros en condiciones de sana competencia para la explotación en pago por visión; (ii) de decidir *Sogecable/AVS* un aumento de los partidos a emitir por la ventana de pago debía conceder ese mismo acceso a los terceros para la explotación en dicha ventana de pago.

En cuanto al examen de los efectos de *AVS III* sobre el mercado de la TV en clave de abuso anticompetitivo, apuntar lo que sigue. Se trataba de que *Sogecable*, dada su posición dominante, pudiera protagonizar un cierre anticompetitivo, en el sentido de lesivo para los intereses de los usuarios, del mercado de la TV de pago atendida la ausencia de cualquier posible eficiencia y/o de justificación objetiva para su comportamiento.

De las posibles formas que tal abuso de exclusión podía adoptar, la idea de los acuerdos exclusivos por los que *Sogecable* pudiera forzar o invitar a *AVS* a suministrarle en exclusiva no resultaba especialmente interesante, toda vez que *AVS* y *Sogecable* eran, en el fondo, lo mismo. Mayor sentido cobraría la ya anunciada referencia a las denegaciones de suministro y a los estrechamientos de márgenes. Las denegaciones de suministro, por la ya comentada imposición de condiciones en el caso *Vía Digital*, no cabía que se dieran en el escenario anterior a la concentración. Si llegaron, en cambio, a darse los estrechamientos de márgenes en detrimento de los cableoperadores. En este sentido, tratándose de precios por la adquisición de derechos deportivos, por su alto coste, los riesgos de pinzamiento se darían, más que por la comercialización de los mismos en el mercado minorista de la TV de pago a precios muy bajos, por el cobro a los competidores (*ONO*) de precios muy elevados en el mercado ascendente que les dificultara rentabilizar su inversión en el mercado descendente y sobrevivir en el mismo manteniendo un nivel de eficiencia igual al de *Sogecable*.

El sistema de retribución que existía en España permitía a *Sogecable* controlar el coste marginal de sus competidores en el segmento del pago por visión de partidos de fútbol, impidiéndoles hacer rentable su inversión en la adquisición de contenidos, incurrir economías de escala y reducir sus costes de programación por abonado para de esta manera bajar sus precios e incrementar su número de clientes. Lo anterior había llevado a los cableoperadores a promover varios procedimientos arbitrales, puesto que los mínimos garantizados que les cobraba *Sogecable* habían superado en algunos casos hasta seis veces la cifra de consumos reales (pinchazos) por parte de sus clientes. La amortización de la fuerte inversión acometida por *Sogecable* en contenidos deportivos no llegaba a erigirse en justificación objetiva para excluir a los cableoperadores del mercado de la TV de pago (ventana de pago por visión) por el carácter lesivo que tal exclusión podía llegar a tener para el buen funcionamiento del mercado y para los intereses de los abonados y, de hecho, si a los cableoperadores no se les llegó a dar la razón en tales procedimientos arbitrales, fue sobre la base de un argumento estrictamente formal relacionado con la validez de la cláusula de sumisión a arbitraje.

(7) En el caso Gol TV

En el caso *Gol TV* se trataba de unas prácticas anticompetitivas desplegadas por *Mediapro*, activa en el mercado de los derechos sobre contenidos, y sus secciones descendentes en los mercados de la TV en abierto (*La Sexta*) y de la TV de pago (*Gol TV*).

En cuanto al mercado de la TV en abierto, *Mediapro* se había hecho con una posición dominante en el mercado de los derechos deportivos y, desde ella, había conferido los derechos de retransmisión de los partidos en abierto de la Primera División de Liga a su sección descendente *La Sexta* y a *TVV* y *TVC*. Luego, a partir de la temporada 2007/2008, en el contexto de la conocida como “guerra del fútbol” que la enfrentó a *Sogecable*, *Mediapro* cedió los derechos para el abierto a otros operadores autonómicos.

En primer lugar, *Mediapro* había adquirido de *Telemadrid* los derechos de dos equipos madrileños contra la entrega a la misma *Telemadrid* del derecho a la retransmisión de partidos. En la medida en que, a consecuencia de la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07, la adquisición de los derechos de *Getafe* y *Real Madrid* había quedado limitada a tres temporadas, este límite había que hacerlo extensivo al acuerdo de puesta en común, por lo que el mismo se beneficiaba de la exención de los Arts. 1.3 LDC y 101.3 TFUE sin llegar, por tanto, a entrañar una infracción del derecho antitrust.

En segundo lugar, se trataba de que en 2009, *Mediapro* había dirigido a los difusores en abierto una oferta de reventa de derechos sobre partidos para su emisión en abierto sobre la base de los paquetes que ella misma de modo unilateral había conformado. Lo anterior podía ser enfocado en clave de colusión o de abuso pues, ya sabemos, ambas figuras no son incompatibles.

En cuanto a la colusión, el acuerdo entre *Mediapro* y *La Sexta* no planteaba problemas ya fuera porque, como entendió la Dirección de Investigación, la vinculación entre ambas excluía toda posibilidad de multilateralidad, ya porque, como lo hizo la CNC, la escasa participación de *La Sexta* en el mercado de los telespectadores (5,5 % de share) y de la publicidad (5,6 %), sumada a la limitación de la exclusividad en cuanto al número de partidos, excluía todo objeto o efecto anticompetitivo. Y respecto a los acuerdos de reventa a otros operadores (*TVCataluña*, *TVValenciana* o *Telemadrid*), la limitación de la exclusividad

con arreglo a criterios geográficos o basados en la plataforma de distribución y el hecho de que su duración no excediera de los tres años permitía que los mismos se beneficiaran de la exención prevista en el Art. 1.3 LDC o 101.3 TFUE (ya vimos que la exención por categorías no resultaría de aplicación por muy diversas razones, entre ellas, la cuota de mercado de *Mediapro*).

Así, la práctica difícilmente podía ser sancionada como colusión y, de hecho, la figura que más se aproximaba del suministro exclusivo partía de situaciones en que el poder de mercado se situaba del lado de los compradores que se beneficiaban del suministro exclusivo. Por esta razón la CNC se aproximó a la misma en clave de abuso de posición dominante.

La conformidad de los acuerdos de reventa con el derecho de la competencia se hizo depender de dos factores, a saber, cuáles eran los derechos comercializados y cuáles los parámetros de esa comercialización. En cuanto a lo primero, la CNC entendió que el número de derechos puestos en el mercado era suficiente. Y, respecto a lo segundo, se trataba de decidir si los derechos se habían comercializado por *Mediapro* en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En general, la CNC consideró que *Mediapro* se había hecho con los derechos en condiciones de competencia y que ello le daba un cierto margen para rentabilizarlos explotándolos o cediéndolos en exclusiva, siempre que con ello no se produjera un cierre del mercado y teniendo en cuenta que disfrutaba de una posición dominante que permitía imponerle un patrón de conducta (responsabilidad cualificada) que no cabría exigir a otro operador que no disfrutara de la misma.

Se trataba de que *Mediapro* había abusado de su posición dominante en el mercado ascendente de los contenidos para excluir a competidores en el mercado descendente de los telespectadores. No se habían puesto los derechos a disposición de *Telecinco*, a pesar de que ésta había presentado ofertas por los mismos. No obstante, la extensa disponibilidad de los derechos y la falta de un perjuicio notable para los telespectadores, junto con la escasa cuota de *La Sexta* en los mercados descendentes, pudieron tomarse en cuenta para atenuar la sanción a imponer.

Y, en cuanto al **mercado de la TV de pago**, se trataba de dirimir si *Mediapro* y su filial *Gol Televisión*, podían haber protagonizado en este mercado prácticas colusorias o abuso de posición dominante en la reventa de derechos sobre partidos de Liga y Copa del Rey a otros operadores de TV de pago para las temporadas 2009/2010 a 2011/2012.

En cuanto al análisis estático de la estructura del mercado de la TV de pago en el caso *Gol TV*, se observaba que, a diferencia de lo sucedido en TV en abierto, el fútbol sí era un insumo esencial para sobrevivir en el mercado. Hasta esa temporada 2009/2010 *Sogecable*, a través de *AVS*, había venido monopolizando los derechos deportivos para las ventanas de pago y de pago por visión de la TV de pago. Sin embargo, a resultas de diversos cambios normativos, en el verano de 2009 el canal temático deportivo *Gol TV* comenzó a emitirse en TDT, llegando a ser el cuarto operador de TV de pago más importante.

En 2009, el mercado español de la TV de pago tenía un volumen de ingresos de 1.825 millones de euros y 4,1 millones de clientes que representaban una cuarta parte de los hogares españoles. *Sogecable* disfrutaba de una cuota del 68,7 %, pero su posición se estaba viendo muy erosionada por las ofertas triples de los operadores como *Telefónica* u *ONO* y por la oferta de contenidos deportivos de la misma *Gol TV*.

En la ventana de pago por visión, el fútbol de representar más del 53 % de los pinchazos había pasado a suponer poco más del 34 %, por el contencioso judicial entre *Sogecable* y *Mediapro* sobre el acuerdo *AVS III*, y los ocho partidos emitidos en esta modalidad en la temporada 2006/2007 pasaron hasta los 4 ó 5 en la temporada 2009/2010.

Y en cuanto a la evaluación dinámica del juego de la competencia, ya se vio el modo en que *Mediapro* había llegado a empaquetar los derechos deportivos para su reventa y cuál fue la estructura final del entramado contractual con otros operadores. Por otra parte, los parámetros para dictaminar sobre la compatibilidad de lo anterior con el Derecho de la Competencia serían los mismos mencionados en el mercado de la TV en abierto. La posición dominante en el mercado de los derechos deportivos la había ganado *Mediapro* legítimamente, pero la misma le obligaba a revender los derechos a otros operadores en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

Además de los acuerdos de reventa propiamente dichos, había que mencionar la cesión a *Mediapro* por *Sogecable* de los derechos sobre los partidos del *Betis* y del *Tenerife*. En este caso la solución fue la misma que mencionamos en el caso de los derechos del *Real Madrid* y del *Getafe* para la TV en abierto al tratar del acuerdo de cesión con *Telemadrid*, a saber, que tal cesión no era anticompetitiva al haber quedado limitada su duración a los 3 años a consecuencia de la RCNC de 14 de abril de 2010 en el expediente S/0006/07.

En cuanto a aquellos otros acuerdos de reventa, ya vimos que la autoridad de la competencia consideró bastante el volumen de derechos puestos en el mercado. Sin embargo, no entendió que esa puesta a disposición llegara a darse en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. Así, aunque consideró que no había colusión por la falta de multilateralidad en el acuerdo entre *Mediapro* y su filial *Gol TV*, ni tampoco en los acuerdos de reventa entre la primera y otros operadores de TV de pago que no excedían de los 3 años y en los que la exclusividad estaba fuertemente restringida, sí entendió en cambio que había llegado a darse un abuso de posición dominante sobre la base de lo que sigue.

En primer lugar, por la falta de transparencia y objetividad y por la existencia de discriminación en el modelo de comercialización de los derechos en los que se había privilegiado a su filial y, en un primer momento a *Sogecable* en detrimento de otros operadores, los cuales sólo contaban con la opción de comprar *Gol Televisión* para emitir los partidos más importantes. *Mediapro* no comercializó para la ventana de PPV todos aquellos partidos que no había llegado a comercializar en la ventana de pago, apartándose del criterio sentado por la CNC en su Informe de 2008 sobre los derechos del fútbol.

En segundo término, por las modificaciones unilaterales que *Mediapro* impuso sobre el modelo de explotación imperante, que terminaron por suponer un abuso de exclusión frente a *Sogecable*. *Sogecable* había adquirido para su canal temático deportivo *Canal+Liga* los mismos partidos que, inicialmente, iban a ser emitidos a través de *Gol Televisión*, sin embargo, esas modificaciones unilaterales protagonizadas por *Mediapro* tendieron a favorecer a *Gol TV* y a los operadores que lo redifundían en detrimento de *Sogecable*.

Así, en una primera modificación al comienzo de la temporada 2009/2010 *Mediapro* amplió de 2 a 3 los partidos emitidos por jornada por *Gol TV*, lo que determinó una drástica reducción de la contratación *Canal+Liga*, que ofrecía un partido menos, en un momento especialmente sensible como era el comienzo de la temporada. Luego *Sogecable* tuvo que incrementar el precio pagado a *Mediapro* para hacerse con ese tercer partido, quedando en

una posición de desventaja competitiva respecto de *Gol TV* y el resto de operadores (p.e., *ONO*), que habían adquirido el canal *Gol Televisión* y que no vieron modificadas sus condiciones económicas. Además, el precio de venta a los televidentes del canal *Gol Televisión* se redujo para responder a la bajada de precios de *Canal+Liga*. Esto se tradujo en que esos otros operadores vieran también reducido el precio pagado al por mayor a *Mediapro/Gol TV* por la cesión del canal. Una segunda modificación tuvo lugar en febrero de 2010, cuando se ampliaron de 3 a 4 los partidos emitidos por *Gol Televisión*, pero fue menos dañina que la anterior porque ese cuarto partido no coincidiría con el de ninguno de los clubes importantes, porque el mismo lo emitía también *Sogecable* en su ventana de PPV y, por último, porque no se producía al comienzo de la temporada que era cuando se daban la mayor parte de las contrataciones.

En tercer y último término, había que citar otras discriminaciones de *Sogecable* respecto de otros operadores de TV de pago: (i) la limitación en el contrato de junio de 2009 de los derechos cedidos a la plataforma satelital, lo que le impedía vender al por mayor o al por menor su *Canal+Liga* para otras plataformas tecnológicas diferentes; (ii) la negativa de *Mediapro* a ceder la señal de partidos para PPV a clientes residenciales ante la falta de acuerdo sobre la comercialización de su canal *Gol Bar* en locales comerciales, aunque esta restricción se dejó al final sin efecto ante la posible adopción de cautelares por la autoridad de la competencia; (iii) la cesión de derechos para internet en octubre de 2009 introducía criterios más restrictivos (p.e., en cuanto a la duración de los resúmenes, el periodo de disponibilidad para el público, etc.) que en el caso de otros operadores; (iv) la imposición a *Sogecable* de la forma escrita para el contrato de cesión para PPV, lo que no se había hecho con otros operadores y que había llevado a *Sogecable* a perder clientes al comienzo de la temporada.

Así, en fin, se concluyó la existencia de abuso de posición dominante excluyente de *Mediapro/Gol TV* en modo contrario al interés de los consumidores que habían visto limitada la posibilidad de elegir entre *Gol Televisión* y *Canal + Liga* y también de optar por la ventana de pago por visión que se había visto muy mermada. Aunque la multa (500.000 €) no fue elevada teniendo en cuenta la escasa cuota de *Gol TV* en el mercado de la TV de pago, el hecho de ser *Gol Televisión* un producto novedoso y atractivo, que la exclusión había sido muy localizada en el tiempo y que se habían puesto en el mercado más derechos que en el pasado.

Se trataba, en suma, de que *Mediapro* disfrutaba de una posición dominante no en el mercado en el que se producía el efecto excluyente, sino en el ascendente de los contenidos deportivos. Esa posición dominante era la que había permitido a *Mediapro* actuar con total independencia del comportamiento de otros operadores clientes suyos y competidores en el mercado descendente de la TV de pago de su filial *Gol TV*, p.e., a través de la configuración unilateral de los paquetes de derechos o de las modificaciones unilaterales del modelo de explotación de tales derechos. También le permitió condicionar la conducta de esos otros operadores, p.e., cuando *Sogecable* se vio obligada a pagar un mayor precio para hacerse con el tercer partido para su canal temático. Se había prevalido en fin de su dominio de un insumo esencial para subsistir en el mercado de la TV de pago con el objeto de excluir a sus competidores que se encontraban en una posición de fuerte dependencia.

Probablemente, tal conducta tendría encaje, más que en otras, en la figura de la denegación de suministro, si bien habría que matizar que la denegación no se daba de modo absoluto, sino sólo relativo respecto de ciertos partidos, ventanas de explotación, etc. En este caso, la

idea de las posibles eficiencias, cuyo juego se admite en las Orientaciones de la Comisión sobre abuso excluyente, se relacionaba sobre todo con el derecho de *Mediapro* a rentabilizar su inversión en contenidos contratando con quien quisiera y sin ser parasitada por otros competidores que no hubieran afrontado el riesgo de una inversión de esa magnitud. Y, ciertamente, se apreciaban reminiscencias de lo anterior en la resolución de la autoridad de la competencia. Aun cuando, finalmente, el hecho de que los derechos se comercializaran en condiciones arbitrarias fue determinante de que tales eficiencias no se consideraran suficientes como para neutralizar los efectos anticompetitivos.

(8) En el caso Cuatro

En el caso *Cuatro*, se trataba de que el grupo *Telecinco* pasaba a adquirir el control exclusivo de la cadena de TV en abierto *Cuatro*. Esta operación, al plantearse en paralelo con otra consistente en la adquisición del control conjunto de *Digital* + por parte de *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco*, suponía que pudieran llegar a verse afectados tanto el mercado de la TV en abierto como el de la TV de pago. Sin embargo, sólo la primera de las operaciones progresó y fue autorizada tras la presentación de compromisos. De la toma de control conjunto sobre *Digital* + desistieron las partes.

En cuanto al mercado de la TV en abierto, la operación iba acompañada de ciertos pactos que no llegaron a considerarse restricciones accesorias por la CNC, de los que tal vez el más importante fuera el relacionado con la obligación de *Prisa* de no competir en el mercado de la TV en abierto durante tres años.

En cuanto al análisis pre-concentración de la estructura del mercado de la TV en abierto, nada había que destacar en cuanto a la estructura de la demanda conformada por toda la comunidad de televidentes. La estructura de la oferta era, en cambio, más compleja como consecuencia del proceso de digitalización, pero también por ciertas restricciones sobre participaciones cruzadas, sobre necesidad de licencia y/o frecuencias y sobre obligación de alcanzar determinados umbrales de cobertura de la población. En cuanto al proceso de digitalización, superado un primer periodo transitorio que iba hasta 2015 y en el que se iban a ver obligados a compartir múltiple digital, a partir de esta fecha cada uno los difusores privados de cobertura estatal iban a poder explotar un múltiple digital en exclusiva y, en consecuencia, prestar servicios avanzados en 3 D y en Alta Definición sin necesidad de alcanzar acuerdos. Por su parte, *RTVE*, ya a partir de 2010, comenzaba a poder explotar dos múltiples digitales. Suponía, en definitiva, lo anterior un aumento del número de canales de los que cada uno disfrutaba.

Y respecto a la evaluación post-concentración, la nueva *Telecinco* quedaba con un *share* en torno al 26 % frente al 24 % de *RTVE* o al 15 % de *Antena 3*. Partiendo de que la Comisión sólo excluye los riesgos de abuso de posición dominante en el caso de cuotas por debajo del 25 %, lo procedente era pasar a examinar los riesgos para el juego de la competencia. Debía además considerarse que la operación implicaba la toma de control sobre un operador recién entrado al mercado como era *Cuatro* y la eliminación de la presión competitiva ejercida por el mismo.

La CNC trató de unos efectos verticales relacionados con el mercado de los contenidos y con la gestión de múltiples digitales. En cuanto a los primeros, se daban porque la nueva plataforma iba a disfrutar de un poder de compra inigualable frente a los proveedores de contenidos. Y en cuanto a los segundos, surgían porque cabía que el resto de operadores,

imposibilitados para rentabilizar su inversión, se vieran obligados a ceder o arrendar sus canales digitales a la nueva *Telecinco*. También se ocupó la CNC de los efectos horizontales que se daban respecto del mercado de la publicidad. Aquí, la fuerte presencia de *Telecinco* en contenidos podía permitirle captar audiencias y colonizar el mercado adyacente de la publicidad televisada en detrimento de otros operadores que, así, se verían excluidos de este mercado y, por ende, del de la TV en abierto.

Los efectos anticompetitivos eran sobre todo los no coordinados derivados de la atenuación de la presión competitiva recíproca entre *Telecinco* y *Cuatro* agravados por la posibilidad que la nueva *Telecinco* tenía de impedir la expansión de sus competidores mediante la coordinación de programaciones de sus canales, así como en la prestación de servicios innovadores. Los efectos coordinados no eran tan importantes, pues lo más previsible iba a ser que *Telecinco* quisiera seguir ganando cuota de mercado en perjuicio de sus competidores.

No concurrían neutralizadores de esos efectos anticompetitivos. Los proveedores y/o clientes de *Telecinco* no disfrutarían de un poder de mercado que pudiera compensar el de esta última. No se preveía la entrada de nuevos jugadores en el mercado, es decir, que la competencia potencial no era fuerte. Finalmente, las eficiencias que *Telecinco* había invocado en cuanto a que la mejor gestión de la publicidad de *Cuatro* permitiría la mejora de la programación, en opinión de la CNC, no se habían demostrado y, además, podían llegar a obtenerse por medios menos restrictivos que la concentración propuesta.

Por lo anterior, fue necesaria la presentación de compromisos para que la operación llegara a ser autorizada con una duración de 3 años prorrogables hasta 5. Los que se relacionaban con el mercado de la TV en abierto fueron el compromiso de que la nueva plataforma no alquilara nuevos canales de TDT a otros operadores para aumentar su oferta televisiva y el de que no neutralizaría las mejoras de calidad de sus canales que quisieran llevar a cabo sus competidores con los que compartiría múltiple hasta 2015, *Net TV* y *La Sexta*.

(9) En el caso Stream

En el caso *Stream*, el mercado de referencia era el italiano de la TV de pago y se trataba del conocimiento por la AGCM italiana de la adquisición de *Stream* por *Telepiù*, si bien luego, cuando la operación llegó a la Comisión, se trataba de la adquisición de esta última por la primera.

Telepiù contaba con el 70 % del mercado por número de abonados y *Stream* con el 30 % restante. Por valor de ventas, esos porcentajes pasaban a ser del 79 % y del 21 %, respectivamente. Estos datos arrojaban un mercado italiano de la TV de pago en 2000 más concentrado aún que el español: el IHH era de 5.800 por número de abonados (volumen de ventas) y de 6.682 por ingresos (valor de ventas). Se trataba de un cuasimonopolio en el que el poder negociador del lado de la oferta no llegaba a ser neutralizado por el de la demanda, ni por la competencia potencial de una plataforma de TV por cable, pues ésta simplemente no existía, ni tampoco por la TDT, cuyas previsiones de implantación se situaban aún lejanas en el tiempo.

La nueva entidad resultado de la concentración iba a disfrutar del 100 % del mercado relevante, el IHH sería de 10.000 y el Delta de 4.200. No habría neutralizadores de los efectos anticompetitivos, no sólo por la ya mencionada ausencia de competencia potencial y

de poder compensatorio de la demanda, sino además por la falta de eficiencias. A la nueva plataforma resultado de la integración le sería suficiente con fijar los niveles calidad/precio dentro de los parámetros estrictamente necesarios como para diferenciar su oferta de la de la TV en abierto, de donde cabía prever que a raíz de la operación se dieran subidas de precios o rebajas de calidad en perjuicio de los abonados. La presencia de mayores riesgos que en el caso español, es lo que llevó a la imposición de medidas de comportamiento más rigurosas por la autoridad de la competencia para autorizar la operación y aun incluso de medidas de carácter estructural y no sólo de comportamiento (p.e., el despojarse de las licencias para TDT o de la exclusividad en contenidos *Premium*).

Si bien desde un enfoque horizontal, la operación presentaba más efectos restrictivos netos para el juego de la competencia que en el caso español, desde otro punto de vista, la ausencia de un sector del cable fuerte dentro del mercado italiano de la TV de pago permitió al operador italiano de telecomunicaciones *Telecom.Italia* desinvertir en *Stream* para abandonar el mercado de la TV de pago y centrarse en sus servicios de comunicaciones electrónicas; siendo éste el motivo de que la operación presentara menos efectos verticales y conglomerales que en el caso español.

viii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de la difusión televisiva

Pasando a formular las principales conclusiones en todo lo concerniente a barreras de entrada en estos mercados, decir lo siguiente.

Dentro del apartado de las **barreras de entrada de carácter normativo**, se hace necesario distinguir las barreras de entrada en sentido estricto de las llamadas restricciones normativas indirectas. Sobre estas últimas, comunes al mercado de la TV de pago y al de la TV en abierto, apenas si valdrá con recordar que son, sobre todo, las que se refieren a la prohibición de emisión en cadena y de participaciones cruzadas y a la necesidad de dedicar cierto tiempo de emisión a obras europeas y de productores independientes. Sí cabría destacar la relajación en España en los últimos años de los límites impuestos a la existencia de participaciones cruzadas, a fin de facilitar concentraciones de difusores que permitieran compensar los efectos de la fuerte crisis global y publicitaria.

En cuanto a las barreras normativas en sentido estricto, las mismas se relacionan, principalmente, con la necesidad de obtener título habilitante. En este sentido, la principal conclusión tendrá que ser la de que las barreras de entrada de esta clase son mucho más importantes en el mercado de la audiencia o los telespectadores que en el de la TV de pago. Lo anterior obedecía en nuestro país a la configuración del servicio televisivo sobre red terrestre como servicio público, lo que hacía necesario un título concesión, y a la naturaleza de bien de dominio público del medio soporte, el espectro radioeléctrico, que hacía también imprescindible la concesión demanial. En cambio, en TV de pago, ya se soportase en redes de satélite, ya en redes alámbricas (ADSL), ya en redes fibrilares (cable), bastaba con una simple autorización administrativa por razón de la actividad desarrollada.

Con la nueva LGCA de 2010 esas diferencias, aunque se atenúan, se mantienen: para las emisiones de TV terrestre se exige licencia y para las demás sólo comunicación a la autoridad general audiovisual. En todo caso, esa tenue regulación ha dejado ya sin sentido toda la polémica llevada a nuestro Tribunal Constitucional y a los de otros países relativa a si la exigencia de título habilitante entrañaba o no una injerencia en el derecho fundamental a la

libertad de expresión. Se mantiene, sin embargo, para las emisiones terrestres la exigencia de concesión demanial para el uso de las frecuencias necesarias. Lo anterior contribuye también a que las barreras normativas tiendan a ser más elevadas en el mercado de la TV en abierto y en la TDT de pago. En todo caso, debe insistirse en la impronta liberalizadora que busca hacer del espectro un bien de libre comercio fuera del dominio público, con lo que el mismo pasaría a conformar una barrera de entrada más económica que normativa. Esto se percibe claramente en las últimas CMRs y CRRs de la UIT en las que se ha abordado la problemática relacionada con el remanente de frecuencias asociado al apagón digital.

Por otra parte, mencionar también como barreras normativas de entrada las vinculadas al marco regulador de los derechos de propiedad intelectual y que se manifiestan con una especial intensidad en el caso de los contenidos para TV de pago (p.e., derechos de los organismos de difusión sobre la fijación de sus emisiones, derechos de los productores de películas a su distribución exclusiva, derechos de los autores a autorizar la comunicación pública de sus obras, etc.). En este sentido, la Comisión viene también recalcando que la organización de la gestión de los derechos de propiedad intelectual por países y sectores, junto con el monopolio que *de facto* ejercen las entidades de gestión sobre su país o sector respectivo, dan lugar a importantes barreras de entrada que impiden el surgimiento de un mercado audiovisual europeo. En España, también la CNC en su Informe sobre los derechos de propiedad intelectual ha destacado la importancia de las barreras normativas de entrada en los mercados de los derechos de propiedad intelectual (autorización administrativa para que pueda operar la entidad de gestión, la necesidad de que se trate de entidades sin ánimo de lucro, la gestión colectiva forzosa de derechos, la enorme amplitud objetiva, territorial y temporal de la cesión y la fuerte exclusividad de los contratos de gestión firmados con los particulares, etc.).

Centrándonos en las **barreras de entrada de carácter económico**, las mismas participarían de una diferente naturaleza según se trate del mercado de la TV en abierto o del de la TV de pago. En el primero, estas barreras de entrada se relacionaron, sobre todo en el escenario anterior al apagón, con una serie de inversiones en infraestructuras necesarias para el despliegue de la TDT (repetidores, adaptación de antenas colectivas, sintonizadores de TDT, etc.), pero también en la adquisición de contenidos con un atractivo suficiente como para incentivar a los telespectadores para apartarse de las emisiones analógicas. En el mercado de la TV de pago, las barreras económicas de una mayor significación variarían en función de cuál fuera la red soporte; en cualquier caso, las más importantes, en términos generales, serían las relacionadas con la adquisición de contenidos que confieran un valor de opción con respecto a los servicios en abierto (aunque en cable y ADSL serían también muy importantes las relacionadas con el despliegue de infraestructuras). La entidad de éstas es lo que permite afirmar que en el mercado de la TV de pago las barreras de entrada de naturaleza económica serían mucho más determinantes que en el de la TV en abierto; en éste, en cambio y como acabamos de ver, lo serían las de carácter normativo.

Las **barreras de entrada de orden tecnológico**, más que en los mercados de la difusión televisiva, funcionarían en los ascendentes de las comunicaciones electrónicas o en los accesorios de los recursos asociados (descodificadores, etc.). No obstante, cabría que sus efectos pudieran llegar a hacerse sentir también en los mercados descendentes o principales de la difusión televisiva desde el momento en que los anteriores son elementos indispensables para la prestación de servicios de difusión. En cualquier caso, la existencia de estándares europeos que garantizan la interoperabilidad de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas y el dato de que no falten los conocimientos técnicos

necesarios para la digitalización de las redes de comunicaciones electrónicas permitiría concluir la importancia marginal de todas estas barreras de entrada.

A la luz de cuanto antecede, la conclusión sólo puede ser la de que el juego de la competencia efectiva y potencial dentro de los mercados de la difusión televisiva se encuentra fuertemente limitada por la existencia de importantísimas barreras de entrada de tipo normativo (especialmente en TV en abierto) y económico (sobre todo en TV de pago).

b) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de la publicidad: publicidad televisada y audimetría

i) Relaciones de los mercados del segmento de la publicidad con mercados de otros segmentos

Aun cuando en alguno de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia (*Vid Supra* caso *Sofres*) tienda a asimilarse el mercado de los servicios de audimetría al de la publicidad televisada, cabe que, como se dirá, pueda mantenerse la sustantividad propia también del primero. Las relaciones de estos con otros mercados adscritos a segmentos diferentes podrían sistematizarse de la siguiente manera:

1. **Mercados con los que mantendrían relaciones tanto el de la publicidad televisada como el de los servicios de audimetría.**

a. ***Segmento de la difusión televisiva.***

- i. **Mercado de la TV en abierto o de la audiencia o los telespectadores:** la información sobre índices de audiencia (mercado de la audimetría) es indispensable para que las cadenas de TV en abierto (mercado de los telespectadores) puedan informar a los anunciantes (mercado de la publicidad televisada) sobre sus niveles de seguimiento.

2. **Mercados con los que mantendría relaciones el de la publicidad televisada.**

a. ***Segmento de los contenidos.***

- i. **Mercado de los contenidos deportivos importantes:** se trata de contenidos – en especial, fútbol – para cuya adquisición entran en liza tanto las cadenas en abierto como las de pago y que son esenciales para que las primeras puedan funcionar en el mercado de la publicidad televisada al incrementar sus niveles de audiencia.
- ii. **Mercado de los canales temáticos:** aún cuando hayamos vinculado estos, sobre todo, a la oferta de TV de pago, asistimos hoy a la proliferación de esta clase de canales también en TV en abierto digitalizada y, en consecuencia, a la dedicación de un cada vez mayor porcentaje del tiempo de emisión dentro de estos canales a los mensajes publicitarios (esto, ciertamente, viene siendo lo ocurrido en el mercado español en el que la contracción de la demanda procedente de difusores de pago tras la fusión digital motivó que los editores y comercializadores de esta clase de canales pasaran a centrarse en el mercado de la TV en abierto y de la publicidad).

b. ***Segmento de la Sociedad de la Información/Comunicaciones Electrónicas.***

- i. **Mercado de los Servicios de TV digital interactiva:** esta relación se ceñiría, sobre todo, al caso de los servicios de publicidad interactiva (mercado emergente), en los que, desde un entorno de difusión lineal, el espectador,

pulsando un icono en pantalla, accede a un entorno de interactividad en el que adquirir bienes y servicios.

Completando el anterior esquema, cabría, asimismo, observar como lo característico en el caso del mercado de los servicios de audimetría es el hecho de vincularse, fuera del segmento de la publicidad, al mercado de la audiencia o de los telespectadores y, dentro del mismo, al de la publicidad televisada. En este último sentido, el planteamiento correcto parece ser el de entender la información sobre niveles de seguimiento de las cadenas en abierto como insumos necesarios para operar en esos otros mercados. Aparte, partiendo de que el mercado de la publicidad televisada se superpone al de la audiencia y que los oferentes de los servicios de difusión televisiva en abierto son los mismos que los de publicidad televisada, todos los mercados ascendentes respecto al de la difusión televisiva lo serían también respecto al de la publicidad televisada.

ii) Evolución de los mercados del segmento de la publicidad en Europa

En lo que se refiere a la evolución a escala comunitaria del mercado de la publicidad televisada, la misma vendría a coincidir, como es natural, con la del mercado superpuesto de la difusión televisiva en abierto. En este sentido, el último ámbito en el que se hizo sentir la crisis de todo el sector de la difusión televisiva fue el de las cadenas comerciales financiadas a través de la publicidad a las que dicha crisis no llegó a afectar hasta ya entrado el año 2001 con un recorte de los ingresos por publicidad por encima del 6 % con respecto al año anterior. Por otro lado, cabría situar en el año 2004 la recuperación de este mercado que en ese año experimentó un incremento del 7,2%, en términos brutos, con respecto a 2003.

Con la crisis global desencadenada en el bienio 2007-2008 el mercado de la publicidad televisada experimentó una fuerte contracción, también en España, en un momento de especial vulnerabilidad como era el de la transición a la TDT, que llevaría aparejada la multiplicación de cadenas y de oferta publicitaria, todo lo cual condujo a una drástica reducción de los resultados de las cadenas comerciales financiadas a través de la publicidad. Lo anterior conducía en España a una serie de reformas legales dirigidas a atenuar las restricciones legales frente a posibles concentraciones de cadenas en abierto.

iii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de la publicidad

En lo que se refiere a la definición como mercados de producto tanto del de los servicios de publicidad televisada como del de los servicios de audimetría, no tendrían que plantearse especiales dificultades. En el caso del mercado de la publicidad televisada, al tratarse ya de unos servicios retribuidos, no tendrían que plantearse los problemas que vimos había en el mercado de la audiencia o de los telespectadores a la hora de aplicar la prueba del monopolista hipotético basada en la toma de un incremento reducido pero significativo y no transitorio de los precios aplicados. Así, vimos que, en criterio de las autoridades de la competencia, la publicidad soportada en los servicios de difusión televisiva conformaría un mercado diferente al de la publicidad sustentada en otros medios, incluido Internet. Ahora bien, con relación a esta última, cabrá esperar que las diferencias tiendan a diluirse a medida que proliferen los servicios de TV sobre protocolo Internet de carácter gratuito.

Y respecto a los servicios de audimetría, vimos también que la aplicación de los criterios generales de la sustitución de la demanda y de la oferta permite concebirlo como mercado autónomo, ante la dificultad para que los difusores oferentes de los servicios de publicidad televisada puedan acudir a otras fuentes sustitutivas de información y para que otras agencias dedicadas a tareas estadísticas puedan pasar a prestar esos servicios en el corto plazo, al carecer de una muestra representativa de televisores con paneles instalados y por la falta de consenso de los agentes implicados en el mercado de la publicidad televisada a la hora de dar por buenos sus resultados. Además, las características de la demanda (anunciantes, agencias de publicidad y organismos de radiodifusión) y el uso previsto (facilitar la contratación de mensajes publicitarios en TV) permitirían distinguir el mercado de los servicios de medición de audiencias para TV como mercado independiente de otros dirigidos a la medición de audiencias para otros medios. La existencia de barreras de entrada muy intensas bordeando este mercado abonaría la definición del mercado de producto pertinente de los servicios de audimetría y asimismo el peso de la marca de la actual *Kantar Media*, que casi permitiría ligar la definición del mercado de producto a la propia marca por la percepción que los anunciantes tienen de la misma.

La dimensión nacional del mercado geográfico de referencia tanto para los servicios de publicidad televisada como para los servicios, accesorios de los anteriores, de audimetría no tendría que plantear ninguna duda atendiendo a razonamientos expuestos en los epígrafes correspondientes: la aplicación de la prueba del monopolista hipotético, la dimensión nacional del mercado principal de la audiencia o de los telespectadores, el ámbito geográfico de prestación y contratación de los servicios, etc.

iv) Entorno normativo de los mercados del segmento de la publicidad

En lo que se refiere al *entorno normativo europeo* del mercado de la publicidad televisada, prescindiendo de ciertas normas a las que se hizo referencia y cuyo objeto es el de la regulación de la publicidad en general o la protección de los consumidores y usuarios, las normas más importantes se encuentran en la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual.

La Directiva (Art. 1) parte de una definición general de “comunicación comercial audiovisual” que comprende las imágenes, con o sin sonido, destinadas a promocionar, de manera directa o indirecta los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción. Además introduce una enumeración *ad exemplum* de formas de comunicación comercial audiovisual, a saber:

1. La “**publicidad televisiva**”. Comprende toda forma de mensaje que se televisa a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones. Así, dentro de las comunicaciones comerciales audiovisuales, lo que singulariza a la publicidad televisiva es el hecho de ir referida a comunicación audiovisual lineal junto con el de promover los bienes y servicios, más que la imagen (lo que es más propio del patrocinio),

suministrados por una persona dedicada a una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. La publicidad deberá ser fácilmente distinguible a través de medios ópticos, acústicos o espaciales. Los anuncios aislados serán la excepción salvo en el caso de retransmisión de acontecimientos deportivos. Velarán los Estados miembros por que la introducción de publicidad no perjudique la integridad de los programas y, en el caso de *telefilmes* y obras cinematográficas y programas infantiles, se admitirá una sola interrupción por cada 30 minutos. En ningún caso la proporción de anuncios de publicidad televisiva excederá de un 20 % por hora de reloj.

2. La **“televenta”**. Es la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público con miras al suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones, a cambio de una remuneración. De esta definición resulta que, como en el caso de la publicidad televisiva, la televenta se relaciona con la comunicación audiovisual lineal. En gran medida, serán aplicables a la televenta las disposiciones a que nos hemos referido al tratar de la publicidad televisada en cuanto a su reconocibilidad, a su carácter no aislado y a los límites temporales.
3. El **“patrocinio”**. Se trata de cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos. En ningún caso podrá el patrocinado influir sobre el contenido u horario del programa patrocinado, deberá el patrocinio ser fácilmente reconocible por los espectadores, no deberá inducir directamente a la contratación de bienes o servicios y no podrá relacionarse con programas informativos. En ningún caso podrá el patrocinador ser una empresa dedicada a la comercialización de productos del tabaco.
4. El **“emplazamiento de producto”**. Es toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar. Queda prohibido con las siguientes excepciones (condicionadas a que un Estado miembro no decida lo contrario): **i)** obras cinematográficas, películas y series realizadas para servicios de comunicación audiovisual, programas deportivos y programas de entretenimiento, siempre que no sean infantiles; **ii)** los casos en que no se produce ningún pago, sino únicamente el suministro gratuito de determinados bienes o servicios, como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa. Además de lo anterior se imponen limitaciones muy similares a las que acabamos de ver para el caso del patrocinio (reconocibilidad del emplazamiento, no inducción a la contratación de bienes o servicios, prohibición de emplazamiento de productos del tabaco, etc.).

En el nuevo escenario de TV totalmente digitalizada el emplazamiento de producto parte del modelado de los píxeles que componen la materia prima digital de los modernos contenidos audiovisuales y de una “realidad televisada despiezable”. En esta línea se sitúan actualmente muchos esfuerzos de I + D, como el recientemente protagonizado en nuestro país por 17 entidades entre universidades y departamentos de investigación y desarrollo de multinacionales y empresas nacionales de telecomunicaciones que reciben la financiación del programa Cenit del Ministerio de Industria. *Alcatel-Lucent* presentó en 2008 un desarrollo novedoso de producción de contenidos denominado “Televisión por capas”.

Un ejemplo significativo de este concepto y de la revolución televisiva que en él subyace se encuentra en su aplicación a las series de televisión. En éstas aparecen, de manera aparentemente inadvertida, una serie de objetos (botellas de zumo o de leche, marcas de ropa, automóviles, electrodomésticos, etc.) que forman parte del atrezzo o del decorado. Tras un acuerdo comercial con las empresas interesadas en participar de esta forma de publicidad, se convierten en una fuente nada despreciable de la financiación de la serie. Las técnicas desarrolladas por el centro de I+D de *Alcatel-Lucent* permitirían, por ejemplo, producir tales teleseries utilizando distintas capas de manera que cada una de ellas estuviera dedicada al tipo de contenido publicitario indicado. De este modo, cuando la serie fuera a ser revendida en distintos países, sus dueños podrían modificar esta capa publicitaria, sustituyendo los productos originarios por marcas del nuevo mercado, con el correspondiente incentivo económico.

Dentro del articulado de la Directiva se prohíben las comunicaciones comerciales audiovisuales encubiertas, las que recurran a técnicas subliminales, las que atenten contra la dignidad o integridad humanas o el medio ambiente o promuevan la discriminación, las referidas al tabaco, las relacionadas con bebidas alcohólicas dirigidas a menores o que fomenten su consumo sin moderación, las de medicamentos que sólo puedan ser obtenidos con receta o las que puedan perjudicar a los menores.

En cuanto al *entorno normativo nacional*, ha de empezarse por destacar la regulación genérica de la publicidad incluida en normas como, por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuario y la Ley General de Publicidad de 1988, norma esta última en la cual se regulan las diferentes formas de publicidad ilícita (la vulneradora de derechos y valores constitucionales, la lesiva para la integridad física o moral de los menores, la engañosa, agresiva y, en general, desleal, la subliminal o la que infrinja la legislación sectorial - como la que disciplina la publicidad del alcohol o del tabaco), se tipifican los diversos contratos publicitarios (contrato de publicidad, contrato de difusión publicitaria, contrato de creación publicitaria y contrato de patrocinio) y se perfilan sus elementos personales (anunciante, agencia de publicidad y medio de publicidad).

No obstante lo anterior, el núcleo de la regulación de la televisada se encuentra en la LGCA de 2010, adaptada ya a la Directiva de Servicios de Comunicación audiovisual. Al margen de otras cuestiones, de esta norma resultarían ciertas limitaciones suficientemente expuestas sobre colocación y limitación temporal de la publicidad televisada, que, sin llegar a erigirse en barreras normativas de entrada, sí darían lugar a restricciones normativas indirectas dentro de este mercado. Además de lo que sería la estricta implementación de la Directiva, contempla algunas modalidades específicas de comunicación audiovisual como la telepromoción, la autopromoción o el patrocinio cultural. También incluye su propio listado de comunicaciones comerciales audiovisuales ilícitas que habrá que superponer a las causas de ilicitud provenientes de la normativa que, con carácter más general, ordena toda la actividad publicitaria. Finalmente, destacar también la Ley 8/2009 que ha terminado de bloquear el acceso de la Corporación RTVE al mercado español de la publicidad televisada.

Concluir así la existencia de una regulación muy extensa de la publicidad televisada que, aún no dando lugar a barreras normativas de entrada en sentido estricto, sí, al menos, origina importantísimas restricciones normativas indirectas que modulan el acceso al mercado del lado de la demanda (p.e., anunciantes de ciertas bebidas alcohólicas) y también del de la oferta (p.e., normas sobre colocación y tiempos de la publicidad).

En cuanto al entorno normativo del mercado de los servicios de audimetría lo más importante será destacar la ausencia de normas estatales que disciplinen la prestación de estos servicios, siendo ésta una laguna que se colma por la autorregulación y el consenso entre los diversos agentes implicados a fin de evitar las conocidas como “guerras de índices”.

v) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la publicidad en España

Pasando ya al análisis de la estructura de estos mercados, anterior a la evaluación del juego de la competencia en los mismos, podríamos sentar como conclusiones las siguientes. A la hora de fijar cuotas dentro del mercado de la publicidad televisada, el peso de la marca tendría que llevar a primar el factor del valor de las ventas frente al volumen de las mismas. Por otra parte, el *share* o cuota de pantalla disfrutada por el difusor tendrá un valor sólo indicativo de su posición en el mercado de la publicidad televisada cuando, por ejemplo, los organismos públicos de radiodifusión deban enfrentar restricciones legales de las que se encuentren libres los privados o cuando un determinado difusor aproveche mejor su marca que otros con niveles parecidos de seguimiento a la hora de vender tiempo de publicidad. En lo que se refiere al análisis del mercado de los servicios de audimetría, éste se simplifica mucho, pues va de suyo la existencia de una sola agencia (cuota de mercado del 100 %), que proporcione una información que sea asumida por los agentes activos, como oferentes o demandantes, dentro del mercado principal de la publicidad televisada a fin de evitar la llamada guerra de índices.

Prescindiendo de casos concretos estudiados por las autoridades de la competencia, es posible proyectar ese análisis estructural sobre el mercado español. En lo que se refiere a los servicios de audimetría no habría excepción con respecto a lo que se acaba de decir: el mercado español de los servicios de audimetría sería un mercado monopolístico puro (IHH de 10.000) al existir una sola agencia (*Sofres* o quien la sucediera) que suministre datos oficiales, en el sentido de ampliamente aceptados por los agentes implicados, sobre niveles de audiencia de las distintas cadenas en abierto. No obstante, los demandantes de esos servicios de audimetría (organismos de radiodifusión, anunciantes y agencias de publicidad), integrados todos ellos en la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación* (AIMC), ejercerían un control intenso a través de auditorías técnicas sobre la actividad de *Sofres*, lo que en gran medida serviría para compensar o contrarrestar el poder de mercado de aquélla.

Distinto sería lo ocurrido en el mercado español de la publicidad televisada en el que la principal forma de distribución sería la plataforma terrestre. Tomando el primer semestre de 2006, tendríamos un mercado español de la publicidad televisada oligopólico con un grado de concentración superior incluso al del mercado superpuesto de la audiencia o de los telespectadores, lo que podría encontrar su explicación en el ya mencionado factor del mejor aprovechamiento de su marca por parte de determinadas cadenas para cobrar más por su publicidad que otras cadenas de entrada más reciente y con una mayor necesidad de ganar cuota de mercado a través de la rebaja de sus tarifas. Ese carácter oligopólico junto con su alto grado de madurez puede propiciar la colusión horizontal entre oferentes activos dentro del mercado de la publicidad televisada. Por otro lado, el poder compensatorio de la demanda integrada por la comunidad de anunciantes, aún siendo por razones evidentes superior al ejercido por los televidentes en el mercado de la difusión en abierto, tampoco terminaría de

ser determinante desde el momento en el que la demanda tiende a superar a la oferta y que será raro el anunciante con más de un 5 % del mercado de compra.

En el mercado español de la publicidad televisada resulta difícil apreciar la existencia de una posición dominante individual en manos de ninguna de las cadenas habida cuenta que ninguna disfruta de una cuota de mercado claramente por encima del umbral del 40 %, que es el que toma el TJCE. No obstante lo anterior, es perfectamente imaginable que la colusión horizontal a que se acaba de hacer referencia pueda terminar degenerando en una posición dominante colectiva y en el abuso de la misma.

Por otra parte, aun cuando el proceso de digitalización podría haber permitido pensar en una dispersión de la oferta publicitaria, lo cierto es que, como se vio en el caso *Cuatro*, la integración de ésta en *Telecinco*, a la que tendría que seguir la de *La Sexta* en *Antena 3*, y los acuerdos de comercialización conjunta de servicios de publicidad, casi servirían para descartar esta idea.

vi) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de la publicidad en España

(1) En materia de concentraciones

Dejando atrás el análisis estructural de los mercados del segmento de la publicidad televisada, es dable que nos refiramos a la evaluación del juego de la competencia en los mismos. Y por lo que se refiere a la evaluación del juego de la competencia dentro de estos mercados del segmento de la publicidad, empezamos por ocuparnos del fenómeno de las concentraciones.

En cuanto a las **concentraciones verticales**, vimos ya la escasa virtualidad de las concentraciones entre operadores audiovisuales oferentes de servicios finales de **publicidad** y empresas situadas en eslabones superiores de la cadena de valor, ya en el segmento de las comunicaciones electrónicas ya en el de contenidos.

En el **mercado de los servicios de audimetría**, carecería, igualmente, de sentido el estudio de las concentraciones verticales entre la empresa prestadora de servicios de audimetría y cualquiera de las que actúan en el mercado descendente de la publicidad televisiva o de la difusión televisiva, pues la base del sistema y de su credibilidad es la independencia de aquélla respecto de estas.

Y sobre las **concentraciones conglomerales**, dejando aparte el caso de concentraciones entre empresas titulares de diversos medios publicitarios (p.e., radio y televisión), lo que escapa de nuestros objetivos, tampoco parece que revistieran una excesiva importancia en el caso del mercado español de la **publicidad televisada**. En este sentido, se apuntó la opción de la integración entre una cadena en abierto y otra cadena que ofreciera servicios digitales interactivos para ofrecer servicios avanzados de publicidad interactiva, si bien se recalcó también que lo anterior no parecía excesivamente viable a día de hoy.

Podrían tener sentido las concentraciones conglomerales en relación con los diversos mercados de producto integrados en el más amplio de los servicios de **audimetría** por la existencia de importantes economías de gama (servicios de audimetría para TV, servicios de

audimetría para internet, servicios de audimetría para radio, etc.) y en un contexto de convergencia tecnológica entre los servicios de internet y televisión.

Los efectos anticompetitivos de tal concentración conglomeral muy posiblemente tendrían que ser evaluados por las autoridades de la competencia, pues, al menos en el mercado de los servicios de audimetría para TV, *Kantar Media* quedaría con una cuota superior al 30 % (más difícil por lo que se vio sería que lo anterior se diera en el mercado de los servicios de audimetría para internet). La nueva compañía resultante de la concentración conglomeral podría apalancarse en el mercado de la audimetría para TV para protagonizar exclusiones del mercado de la audimetría para internet. Factores como el carácter esencial del insumo consistente en los servicios de audimetría o la generación de economías de escala, gama o densidad podrían operar como agravantes de los efectos anticompetitivos. A estos efectos anticompetitivos no coordinados cabría sumar los coordinados relacionados con el hecho de que en un mercado más concentrado de los servicios de audimetría para internet, pudiera la nueva entidad entrar en colusión con otras activas en el mismo mercado.

Tampoco cabría descartar en este caso la concurrencia de importantes eficiencias como las asociadas a ventajas tecnológicas de las que pudieran llegar beneficiarse los anunciantes, así como la comunidad de televidentes e internautas, p.e., las derivadas de la racionalización implícita en la disponibilidad de fuente única de información para todas las plataformas, se trataría de servicios ambos que podrían integrarse en la misma “cesta de compra”, se crearía un único punto de venta, podrían internalizarse márgenes y obtenerse economías de alcance que permitieran abaratar aguas abajo los servicios de publicidad y, en consecuencia, los productos publicitados, etc.

Una mayor viabilidad podrían presentar las **concentraciones horizontales** en el mercado español de la **publicidad televisada**, siendo de hecho esto lo que ha venido a suceder con la integración de *Cuatro* en *Telecinco* y con la más reciente de la integración de *La Sexta* en *Antena 3*. Sin embargo, como caso que nos podía ayudar a mostrar de la manera más clara las restricciones del juego de la competencia asociadas a una concentración horizontal en el mercado español de la publicidad televisada elegimos el de la concentración entre *Telecinco* y *Antena 3*. En este caso, descartamos la opción de la creación de una empresa en participación, pues muy probablemente la misma no llegaría a tener carácter concentrativo ni a asumir plenas funciones frente a sus matrices – de hecho, y por ejemplo, no fue ésta la opción elegida en el caso *Cuatro* – para centrarnos en una concentración o integración jurídica sin más entre esos dos operadores.

Partimos para nuestro ejemplo de la situación del mercado español en 2006. En éste, la cuota de mercado de la nueva entidad nacida de la concentración (“A3/T5”) se situaría en torno al 60 %. Esta cuota de mercado, sumada a otros factores, podría perfectamente determinar el nacimiento de una posición dominante. El IHH tras la concentración sería de 4.220, mientras que en el escenario pre-concentración era de 2.460, es decir, que Delta sería 1.760.

Los efectos anticompetitivos no coordinados asociados a la eliminación de la presión competitiva entre *Telecinco* y *Antena 3* se verían probablemente agravados por la diferencia de cuota de los inmediatos perseguidores en el mercado que, por ello, podrían llegar a verse excluidos del mismo o, cuando menos, sin posibilidades de expansión, y 12por la dificultad para que los anunciantes, deseosos de obtener el mayor impacto para sus mensajes publicitarios, optaran por contratar con estos últimos. Contrastando con lo anterior, el riesgo

de efectos anticompetitivos coordinados no sería importante, en cambio, por la escasa cuota de mercado de los otros operadores privados en 2006 (*Cuatro* y *La Sexta*) y por la especialidad del servicio público televisivo, desarrollado entonces por *RTVE* y las autonómicas, que las haría inasequibles a cualquier riesgo de coordinación en este sentido con las cadenas privadas.

No habría neutralizadores especialmente significativos. En primer lugar, no habría poder de compra pues ningún anunciante rebasaría claramente el 5 % del mercado de compra de servicios de publicidad. La competencia potencial era también muy débil con una TV pública en retirada del mercado de la publicidad por mandato normativo. Por último, sería difícil el surgimiento de eficiencias dentro del mercado de unos servicios de publicidad dirigidos a anunciantes (empresas) que no tendrían la consideración de consumidores ni usuarios. Por estas razones, una operación tal tendría que ser prohibida, a diferencia de lo sucedido con el caso *Cuatro* que fue autorizado bajo compromisos.

En el caso del mercado español de los servicios de *audimetría*, y dado que se trata de un mercado monopolístico puro por naturaleza, cabría prescindir de todo lo referente al control de concentraciones horizontales de empresas.

(2) En materia de prácticas restrictivas

(a) Abusos de posición dominante

Pasando ya al examen del riesgo de abuso de posición dominante en el mercado español de la publicidad televisada, podríamos empezar por resaltar que, aún cuando el mercado de la publicidad televisada sea un reflejo más o menos distorsionado del de la audiencia o los telespectadores, lo cierto es que los efectos del abuso o de cualquier otra práctica restrictiva tienden a proyectarse más sobre el primero que sobre el segundo por ser en él donde se plantea la verdadera relación comercial.

En el caso español, tomando el mismo escenario de 2006, un análisis estructural permitía concluir la ausencia de una posición dominante individual, por lo que nos centramos en un abuso de posición dominante colectiva que pudieran llegar a protagonizar los mismos *Antena 3* y *Telecinco*, lo que arrojaría un examen en parte coincidente con el de la concentración horizontal que acabamos de dejar atrás. La cuota combinada de ambos operadores rayando el 60 % a lo largo de un intervalo entre los tres y cinco años, sumada a otros factores, como serían por ejemplo los pingües beneficios obtenidos por ambas compañías a lo largo de un periodo dilatado de tiempo como consecuencia de los elevados precios aplicados a los anunciantes (con un débil poder de compra), el alejamiento del inmediato perseguidor en el mercado de la publicidad televisada que era *RTVE*, la débil competencia potencial y residual en el mercado por las fuertes barreras de entrada, permitiría apreciar la existencia de posición dominante colectiva.

En lo que hace al examen de comportamiento, vimos que su forma podría ser tanto la activa como la pasiva (p.e., la no inserción de anuncios), que el fin ilícito habría que ligarlo a la libertad de empresa que se vería perjudicada cuando no todos los mensajes publicitarios de los empresarios pudieran acceder a los medios en igualdad de condiciones, que bastaría un comportamiento mínimamente culpable dada la exigencia de responsabilidad cualificada que podría hacerse a estas empresas por su posición dominante y perspectiva del mercado que las obligaría a prever cualquier resultado lesivo para el juego de la competencia y, en fin, que ese

resultado lesivo podría radicar en la exclusión de ciertos bienes y servicios del mercado de la publicidad que llevaría a serios recortes del derecho a elegir de los consumidores.

En cuanto a las clases posibles de abuso de posición dominante, tras unas reflexiones más o menos teóricas sobre la cabida tanto del abuso de exclusión como del explotativo dentro del supuesto de hecho de los Arts. 102 TFUE y 2 LDC, vimos que los riesgos de **abuso explotativo** se planteaban sobre todo aguas abajo en las relaciones con los anunciantes, más que aguas arriba respecto de los proveedores por el fuerte poder de mercado de estos, además de por otras razones como la fuerte existencia de producción propia o co-producción a título originario por parte de las cadenas en el ámbito de los programas de TV.

La idea de abusos explotativos puros frente a los anunciantes resultaba difícil de imaginar pues, al fin y al cabo, cualquier abuso frente a ellos terminaría por colocarles en una posición de desventaja competitiva frente a otros anunciantes a la hora de promocionar sus productos y servicios (salvo que se tratara de un caso extremo de la misma práctica abusiva frente a todos los anunciantes en general). De hecho, se hizo también referencia a la tendencia de las autoridades de la competencia a derivar en estos casos el estudio del asunto hacia todo lo concerniente al abuso de exclusión. Con ello se trataría de buscar estructuras de mercado competitivas en el mercado de la publicidad televisada que permitieran un funcionamiento eficiente del mismo en beneficio de los consumidores para que quedaran bien informados sobre los productos existentes en el mercado, sin verlos encarecidos como consecuencia de un incremento anticompetitivo de los servicios de publicidad.

De las formas que habitualmente se incardinan dentro del abuso explotativo, perfectamente podían darse: **(i)** el abuso por precios excesivos, con la consabida dificultad de fijar el precio justo que podían haber aplicado *Telecinco* y *Antena 3* caso de no disfrutar de una posición dominante colectiva (ya se comentaron las dificultades de aplicar un análisis comparativo con otros mercados de nuestro entorno una vez descontados los costes de todo tipo incurridos para la prestación de servicios de publicidad); **(ii)** el abuso por aplicación de condiciones no equitativas de cualquier clase (p.e., degradaciones de la calidad de los servicios de publicidad o los supuestos de desidia o “vida fácil” de los monopolistas); **(iii)** el abuso por contratos ligados cuando, por ejemplo, se obligara al anunciante a contratar conjuntamente servicios tanto de *Antena 3* como de *Telecinco*; **(iv)** o también el abuso explotativo por discriminación cuando se vendiera la publicidad a unos anunciantes en condiciones más onerosas que a otros sin que existiera una justificación objetiva.

En cuanto al riesgo de **abuso de exclusión o anticompetitivo**, se señaló que la situación tradicional del mercado español de la publicidad televisada ha venido siendo la de una demanda que sobrepasa a la oferta, lo que sin duda ayudaría a que tal exclusión no llegara a materializarse. Del propio modo, la existencia de fuertes barreras de salida, por la inversión en la adquisición de frecuencias del difusor, haría también difícilmente imaginable una salida definitiva del mercado de cualquier operador como consecuencia del abuso. Aunque sí cabría imaginar otras opciones, como por ejemplo la de que el mismo se viera forzado a arrendar su canal o capacidad a un tercero para que este pudiera emitir a través del mismo su propia programación (cuestión ésta que nos situaría de lleno en el mercado de la distribución de canales; v. caso *Cuatro*). Otro factor que podría llegar a dificultar ese efecto excluyente cabría cifrarlo en la salida de *RTVE* del mercado de la publicidad televisada.

Ahora bien, con ser cierto lo anterior, podría imaginarse que, ante un escenario de fuerte crisis del mercado publicitario, esa exclusión pudiera llegar a darse como consecuencia de las

dificultades para sobrevivir en el mercado, agravadas por un entorno digital en el cual proliferan los canales. En este escenario, los competidores podrían llegar a no rebasar los umbrales de rentabilidad que les permitieran insertar en su parrilla una programación lo bastante atractiva como para provocar la visita de los telespectadores, lo que a su vez tendería a dificultar para ellos la obtención de ingresos por publicidad.

Por otra parte, con todas las cautelas derivadas del hecho de tratarse de un abuso de posición dominante colectiva no contemplado en las Orientaciones de la Comisión sobre abuso excluyente, podría pensarse en: **(i)** acuerdos exclusivos, teniendo en cuenta que los acuerdos de suministro exclusivo o los incentivos de suministro exclusivo no tendrían mucha incidencia por la falta de poder de mercado de unos anunciantes incapaces de imponerlos, mientras que los de compra exclusiva y los descuentos condicionales bien podrían emplearse para bloquear el acceso de los competidores a una base de clientes; **(ii)** los precios predatorios no serían de especial trascendencia porque difícilmente *Antena 3* y *Telecinco* estarían dispuestas a incurrir en pérdidas cobrando el segundo de publicidad a menos de su precio de mercado, salvo cuando ello respondiera a una coyuntura muy concreta de intento de expulsión de un competidor y con la expectativa de resarcirse luego de la pérdida mediante subidas de precios; **(iii)** las denegaciones de suministro y compresiones de márgenes no tendrían, en cambio ninguna cabida, desde el momento en que los difusores no competirían con los anunciantes en ningún mercado descendente, lo que es presupuesto, como sabemos, de tales formas de abuso excluyente; **(iv)** la vinculación podría imaginarse en el caso de que *Antena 3* y *Telecinco* tuvieran presencia en mercados complementarios al de la publicidad televisada como, por ejemplo, el de la publicidad en radio, y se apalancaran en el primero para dar lugar a exclusiones en el segundo, sin embargo, tampoco parece lo anterior un riesgo serio en la realidad del mercado español.

En el caso del mercado de los servicios de audimetría, los ***abusos de exclusión*** carecen de sentido desde el momento en el que el oferente de esa clase de servicios no cuenta con competidores. Sí es posible, en cambio, que lleguen a darse abusos de posición dominante ***de carácter explotativo*** cuando el prestador de los servicios de audimetría se niegue, por ejemplo, a facilitar sus niveles de audiencia a un determinado difusor lo que tenderá a excluirlo del mercado de la publicidad televisada y, por alcance, del de la audiencia o los telespectadores al carecer de ingresos con los que financiar una parrilla de programación atractiva. Esto fue lo sucedido en el caso *Sofres*, si bien, en este concreto asunto, el TDC consideró que la negativa al suministro estaba justificada. Se trataría de un abuso explotativo mixto que incidiría sobre la segunda línea de defensa colocando al difusor en situación de indefensión frente a sus fuerzas respectivas (abuso por discriminación).

(b) Cártels

En cuanto al riesgo de cártel en el mercado español de la publicidad televisada, las observaciones podrían ser las siguientes. Se trataría de conductas bi o multilaterales, frente a la unilateralidad que caracteriza al abuso. Ahora bien, la figura rayana con las dos anteriores del abuso de posición dominante colectiva bien podría darse en el mercado español de la publicidad televisada, siendo perfectamente posible en tales casos la aplicación simultánea de todo lo concerniente al abuso de posición dominante y a la colusión conforme a la doctrina de las autoridades de la competencia.

La colusión podría adoptar dentro del mercado español de la publicidad televisada cualquiera de sus formas típicas: acuerdos expresos jurídicamente vinculantes, pactos entre

caballeros vinculantes con arreglo a la moral o a los usos, decisiones jurídicamente vinculantes en el seno de asociaciones de empresas (*UTECA*), recomendaciones sin alcance jurídicamente vinculantes procedentes de asociaciones de empresas, prácticas concertadas entre empresas o prácticas conscientemente paralelas.

Igualmente, cabría que esa colusión en el mercado de los servicios de publicidad televisada tuviera como objeto o efecto real o potencial el de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte de ese mercado, si bien, cabría pensar en la concurrencia de exenciones individuales con arreglo al Art. 1.3 LDC que permitieran que la práctica no llegara a ser reprobable desde la perspectiva del Derecho Antitrust (p.e., si ante una caída de los ingresos por publicidad en un contexto digital de multiplicación de cadenas, se tratara de la única forma de mantener un flujo de ingresos que permitiera adquirir unos contenidos medianamente aceptables para los telespectadores).

Como basta que el objeto o el efecto potencial del cártel resulten anticompetitivos, no resultará indispensable proceder a un examen de los efectos anticompetitivos reales o actuales tan en detalle como en el caso de otras prácticas restrictivas de la competencia. Por estas mismas razones, un cártel dentro del mercado español de la publicidad televisada podría existir aun cuando la concertación se diera entre operadores sin una posición dominante conjunta (p.e., entre *Antena 3* y *La Sexta*). No obstante lo innecesario de esa valoración, en el caso del mercado español de la publicidad televisada, por lo ya visto, más que aguas arriba, los efectos restrictivos se darían en las relaciones entre difusores y en las de estos con los anunciantes.

En lo demás, cabría recordar que de las conductas ejemplificativamente enumeradas en el Art. 1 LDC cualesquiera podrían darse. También, que más que cárteles puros, lo más normal serían los cárteles complejos, p.e., una limitación de la publicidad televisada puede ser la forma para obtener incrementos de precios si, como consecuencia de la reducción del número de minutos de publicidad en el mercado, el precio de la publicidad televisada se encarece; o el intercambio de información entre los organismos de difusión televisiva puede ser la vía para mantener una política de precios uniforme o de repartirse el mercado, etc.

Pasando ya a las concretas formas de cártel que podrían llegar a plantearse en el mercado español de la publicidad televisada, cabría referirse en primer lugar al ***cártel de fijación de precios***. Éstos, que son la forma más flagrante de vulneración de la libre competencia, resultan perfectamente imaginables en el mercado español de la publicidad televisada. Esta fijación de precios podrá ser que se haga directamente o de manera indirecta, es decir, que el acuerdo ilícito lo mismo podrá ir referido a la base de los precios que a la aplicación de descuentos o de recargos, fijando límites o condicionamientos para los mismos. En el caso de acuerdos referidos a la base de los precios de los servicios de publicidad, lo normal no será que se fije directamente esa base en el acuerdo, sino más bien que se fijen topes máximos a los precios, lo que salvo en casos extremos como los de los precios predatorios tendrá un carácter pro-competitivo, o límites mínimos, lo que sí revestirá ya un carácter marcadamente anticompetitivo.

En virtud lo anterior, resultaría indiferente que un acuerdo sobre precios de publicidad televisada entre, p.e., *Antena 3* y *Telecinco*, llegara o no concretarse, y del mismo modo que el mismo fuera referido a la base de los precios (fijando umbrales o directamente su cuantía) o a la aplicación de recargos o descuentos dependiendo de los tiempos contratados; en todos los casos tendría que ser prohibido o sancionado.

La especial gravedad del *cártel de precios* hace difícil de imaginar la concurrencia de eficiencias que permitan apreciar la existencia de la exención individual o colectiva. Podría pensarse, por ejemplo, que un acuerdo horizontal sobre precios mínimos pudiera ser una forma de sostener el mercado si, por ejemplo, los proveedores de servicios puestos de acuerdo sobre los precios aplicados a sus clientes se vieran obligados, por su parte, a soportar un fuerte poder de mercado de sus proveedores respectivos situados en eslabones superiores de la cadena de valor. Llevado lo anterior al mercado que nos ocupa, ante un acuerdo horizontal de fijación de precios en el mercado español de la publicidad televisada, resultaría, desde luego, complicado imaginar que pudieran concurrir eficiencias, si bien podrían imaginarse casos extremos como el ya citado de que tales acuerdos propiciarán la adquisición de mejores contenidos que ofrecer a los televidentes.

En lo que hace al *cártel de fijación de otras condiciones de la transacción*, también cabría que el mismo llegara a darse en el mercado español de la publicidad televisada. El solo hecho de definirse en términos negativos, como acuerdos que definen las condiciones de la transacción que no se refieren al precio, permite inferir que aquí la casuística podrá ser de lo más variado. Además, los mismos podrán ser sólo instrumentos para garantizar la eficacia de otros cárteles como los relacionados con la fijación de precios o el reparto de mercados. En el caso del mercado español de la publicidad televisada llegaría a darse lo anterior, Vg., si *Antena 3* y *Telecinco* pactaran horarios comunes para la inserción de los anuncios a fin de permitir un mejor control sobre los precios.

Y, en lo que concierne a la posible apreciación de una exención individual o colectiva del Art. 101.3 TCEE o 1.3 LDC, la misma dependerá, fundamentalmente, de que estos acuerdos horizontales puedan contribuir a la implantación de procedimientos estandarizados de comercialización de los servicios de publicidad o puedan contribuir a la mejor o más económica prestación de los mismos (por ejemplo, en la autorregulación que tiende a imponerse en el ámbito de la publicidad televisada con vistas a la protección de determinados colectivos como, por citar alguno importante, el de la infancia). Por lo anterior, sería más probable la concurrencia de exenciones que en los acuerdos de precios si, por ejemplo, el acuerdo sobre otras condiciones de la transacción en el mercado español de la publicidad ayudara a evitar discriminaciones entre los anunciantes.

Pasando al *cártel de reparto de mercados*, también podría imaginarse que el mismo llegara a plantearse en el mercado español de la publicidad televisada. Como se expuso, dada la configuración del mercado español de la publicidad televisada, resultaría perfectamente posible el reparto dentro del mismo mercado de producto (si, Vg., *Antena 3* se reservara la publicidad de los productos o servicios dirigidos hacia un público de mayor edad y *Telecinco* la de los productos enfocados hacia otro juvenil); o con sujeción a criterios temporales (si esos dos mismos difusores se respetaran en la comercialización de publicidad en distintas franjas horarias); o por categorías de clientes (si, por ejemplo, *Antena 3* se reservara a los anunciantes de coches y *Telecinco* a los grandes establecimientos comerciales). Todas las fórmulas serían concebibles. En cambio, dada la cobertura universal de los servicios de difusión, resultaría más difícil un reparto del mercado con arreglo a criterios geográficos. También sería posible que el reparto del mercado se articulara por medio de acuerdos de cooperación horizontal como los que veremos.

El más importante efecto anticompetitivo de un acuerdo de reparto de mercados en el mercado español de la publicidad televisada se situaría en la compartimentación del mercado,

lo que limitaría las facultades de abastecimiento de los anunciantes con respecto a los servicios de publicidad televisada. Cada uno de los proveedores puestos de acuerdo tendría su propio ámbito y, dentro de él, le quedarían sometidos sus compradores o clientes, los cuales tendrían bloqueado el acceso a otros proveedores que pudieran ser más eficientes. La consecuencia sería, en fin, la de una importante degradación de la calidad competitiva dentro de cada una de las áreas del mercado así fragmentado y la perpetuación de diferentes condiciones de competencia en cada una de esas áreas.

En cuanto a la posibilidad de exención individual o colectiva en relación con los acuerdos de reparto de mercados, casi habría que descartarla y, de hecho, serían mucho más difíciles de concebir incluso que en los acuerdos horizontales de fijación de precios. De este modo, resultaría difícil admitir eficiencias cuya importancia fuera la bastante como para compensar la total neutralización del juego de la competencia dentro de los diversos compartimentos creados dentro del mercado de referencia.

En lo que concierne al riesgo de *cártel de limitación de la producción* en el mercado español de la publicidad televisada, las ideas esenciales podrían ser las siguientes. Ciertamente, este cártel podría llegar a darse, probablemente con un valor instrumental con respecto a alguna otra de las formas de cártel que hemos dejado examinadas. P.e., *Antena 3* y *Telecinco* podrían perfectamente concertarse para que ninguna de ellas pusiera en el mercado más tiempo de publicidad sin el consentimiento de la otra; ese acuerdo bien podría ser la forma de dar consistencia a su acuerdo sobre precios de comercialización o sobre reparto del mercado por franjas horarias. Además, muy posiblemente, podrían llegar a darse cualesquiera de los factores de agravación que se consideran en este tipo de situaciones, a saber: (i) la posibilidad de influencia efectiva de las partes del cártel sobre las condiciones en las que se basa la coordinación por la simplicidad del mercado de la publicidad o la simetría de las estructuras de las empresas puestas de acuerdo (*Antena 3* y *Telecinco*) o por la transparencia del mercado español de la publicidad; (ii) el hecho de que la acción concertada quede resguardada frente a reacciones de competidores actuales o futuros y de clientes (en el ejemplo, por el escaso poder de reacción de los competidores de las partes puestas de acuerdo); (iii) la existencia de algún mecanismo de represalia que una de las partes pudiera activar si la otra se aparta de la estrategia coordinada (en el ejemplo, la posibilidad de que pudiera desencadenarse una guerra de precios).

Respecto a la posibilidad de exención individual o colectiva, será más probable que en el caso de los acuerdos de reparto de mercado. Así, ante un mercado español de la publicidad televisada en situación de crisis, podría ser aconsejable una limitación de la venta de publicidad para sostener los precios en un contexto digital de multiplicación de cadenas, por más que lo anterior resulte difícil de imaginar en el caso de un mercado, como es el español de la publicidad televisada, en el que la demanda ha venido estando claramente por encima de la oferta.

En cuanto a *otras formas de cártel*, como variante de los acuerdos de limitación de la producción se citan por los autores los de limitación de la publicidad de los productos y servicios, sin embargo, estos acuerdos carecerían de sentido dentro del mercado español de los servicios de publicidad televisada que, como fácilmente se entiende, no necesitan ser publicitados. Y lo mismo podría decirse de los acuerdos de licitación fraudulenta por su escaso impacto anticompetitivo en el mercado de referencia, dado el escaso poder de mercado de los anunciantes que pudieran llegar a ponerse de acuerdo para respetarse en la compra de publicidad. E, igualmente, respecto de los acuerdos de intercambio de

información, pues en el mercado español de la publicidad televisada, prácticamente, no existe “competencia invisible” que falsear pues, como quedó de manifiesto en el caso *Cuatro*, el mercado español de la publicidad televisada resultaría ser un mercado transparente, además de que la interposición de agencias de publicidad entre anunciantes y cadenas restaría trascendencia a esos acuerdos.

En lo que a la colusión horizontal (cártel) dentro del mercado de los servicios de audimetría se refiere, podría pensarse, en principio, que no tendría excesivo sentido su estudio desde el momento en que la existencia de un único monopolista tendría que hacer pensar más en prácticas restrictivas unilaterales (abuso de posición dominante) que multilaterales (vid *infra* y *supra* las referencias al asunto *Sofres*). Sin embargo, conviene recordar las consideraciones del CCNC en relación con el proyecto de LGCA en cuanto a que la autorregulación puede ser fuente de colusión y las de la Comisión que consideró ilegal un sistema parecido en el asunto *Auditel*. Probablemente, el enfoque más acertado sería el de reconocer que el sistema en sí entraña un acuerdo de limitación de la producción de los servicios de audimetría para luego considerar la existencia de eficiencias ligadas a la necesidad del consenso para la propia existencia del mercado de la publicidad televisada y para evitar las guerras de índices.

(c) Acuerdos verticales

En lo que se refiere a la colusión vertical con incidencia en el mercado español de la publicidad televisada, las principales conclusiones podrían ser las que siguen.

En cuanto a la proyección de un acuerdo vertical tal, cabría plantearse que la misma fuera ascendente o descendente. Lo primero remitiría, más bien, a todo el estudio de la colusión vertical que se hizo a propósito del mercado de la audiencia o los telespectadores. En cuanto a lo segundo, por razones de simplicidad expuestas en su lugar, prescindimos de toda la intermediación ejercida por las agencias de publicidad para centrarnos sólo en los acuerdos verticales entre organismos de difusión televisiva oferentes de servicios de publicidad televisada y anunciantes, los cuales no serían exactamente consumidores finales, aunque sí destinatarios finales de los servicios de publicidad.

En cuanto a los efectos de la colusión vertical serían mucho menos restrictivos para el juego de la competencia que los del cártel, hasta el punto de que no han faltado voces (Alfaro) a favor de admitir su validez, salvo cuando fueran protagonizados por empresas en posición dominante y, aun en este caso, tendrían que ser estudiados más desde el enfoque del abuso de posición dominante que del propio de la colusión.

Por lo que se refiere a la aplicación del Reglamento de Exención por categorías, y en lo que concierne al presupuesto del poder de mercado, si bien resultaría difícil que la cuota de algún anunciante en concreto pudiera rebasar el 5 % del mercado de compra de publicidad, sí se vio, por ejemplo al ocuparnos del caso *Cuatro*, que la cuota de *Telecinco* habría llegado a rebasar el umbral del 30 % del mercado de venta, por lo que cualquier acuerdo vertical protagonizado por este difusor no podría llegar a beneficiarse de la exención por categorías. Por otro lado, respecto de las prácticas especialmente graves que, con independencia de la cuota de mercado, excluirían la exención por categorías nos referimos a la cláusula de no competencia, por virtud de la cual, por ejemplo, un anunciante hubiera de comprometerse a no comprar publicidad a cadenas competidoras de *Telecinco* durante 5 años, hipótesis ciertamente difícil en un mercado tan dinámico como el de la publicidad, pero teóricamente

posible. Finalmente, habría que tener en cuenta la posibilidad de que, aún hallándonos ante un acuerdo que cumpliera con los requisitos para obtener la exención por categorías, dada la cobertura del mercado de la publicidad televisada por redes paralelas de acuerdos semejantes, las autoridades de la competencia excluyeran o retiraran la exención para el caso individual sometido a su conocimiento o acordaran mediante reglamento su inaplicabilidad.

Supuesto que no resultara de aplicación la exención por categorías al acuerdo vertical, lo siguiente para que la autoridad de la competencia hubiera de pasar a evaluar sus efectos anticompetitivos sería la existencia de poder de mercado. Sobre este punto, por lo ya dicho al referirnos al mercado de la audiencia y aun cuando, como sabemos, no resulten perfectamente asimilables las cuotas disfrutadas por un determinado difusor en este último mercado y en el de la publicidad televisada, lo más probable es que ese poder de mercado exista, lo que servirá también para excluir la aplicación de la comunicación *de minimis*.

Entrando al caso de una cláusula de no competencia con virtualidad sobre el mercado español de la publicidad televisada, sus efectos anticompetitivos se traducirían probablemente en **(a)** la exclusión del mercado de la publicidad televisada de otros prestadores u obstáculos a su expansión y la elevación de barreras a la entrada de nuevos competidores (en el ejemplo, *Antena 3* no podría proporcionar servicios de publicidad televisada al anunciante vinculado a *Telecinco*); **(b)** la merma para la competencia intermarcas entre difusores oferentes dentro del mercado de los servicios de publicidad televisada e incremento del peligro de colusión cuya manifestación más extrema sería justamente esa exclusión de competidores.

Por lo demás, los factores de ponderación de los acuerdos verticales serán los mismos que en el caso del mercado de la TV en abierto con algunas especialidades ya destacadas: p.e., la onerosidad de los servicios de publicidad televisada incentivará a los anunciantes para buscar la sustitución; también la homogeneidad de los servicios de publicidad suministrados por las cadenas y la ausencia de un valor de compra única que vincule al anunciante con una determinada cadena.

En cuanto a los tipos concretos de acuerdos verticales de los previstos en las Directrices de la Comisión, sobre la remisión a lo ya dicho al tratar del mercado superpuesto de la TV en abierto, cabría, en primer lugar, imaginar alguna restricción del grupo de marca única como la cláusula de no competencia de duración superior a los cinco años, que vimos ya que en ningún caso llegaría a beneficiarse de la exención y tendría que ser prohibida. En segundo término podrían pensarse en una cláusula de no competencia *ex post*, es decir, con una duración inferior a los 5 años, pero en la que restringiera la capacidad de elección del cliente después de expirado el acuerdo. En este caso el efecto de exclusión de una cláusula tal entre, por ejemplo, *Telecinco* y *Telefónica* difícilmente valdría para excluir a *Antena 3*, pero sí en cambio a otros competidores de menor entidad, máxime si también *Antena 3* celebra un acuerdo similar. En estas situaciones sería además fácil que se creara un ambiente propicio para la colusión entre *Telecinco* y *Antena 3*. En este caso, si bien la fuerte demanda de servicios de publicidad podría dificultar el bloqueo de clientes sobre los otros proveedores, habría también que considerar el contexto de crisis y retraimiento vivido por el mercado español de la publicidad televisada en los últimos años. Probablemente, según el criterio de la Comisión puesto de manifiesto en sus directrices, en el caso de que la cuota de mercado vinculada por las cláusulas de no competencia excediera del 30 % del mercado español, cabría apreciar un efecto anticompetitivo acumulativo.

En el mercado de los servicios de audimetría, los riesgos de colusión vertical entre el prestador de los servicios activo en ese mercado ascendente y el organismo de radiodifusión televisiva operante en el mercado descendente de la publicidad televisada o, en su caso, la agencia de publicidad de éste, son mínimos por la existencia de un control ejercido sobre el primero por parte de una organización – en España, la *Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación* (AIMC) – en el que quedan representados todos los operadores con intereses en el mercado de la publicidad televisada. Tampoco parece que exista competencia que restringir desde el momento en el que el prestador de servicios de audimetría no entra en competencia con nadie (competencia intermarcas) ni existen distribuidores de la información facilitada por el mismo que compitan entre sí (competencia intramarca).

(d) Acuerdos de cooperación horizontal

Centrándonos ya en las conclusiones relativas a la cooperación horizontal que pudiera llegar a verificarse entre operadores activos dentro de estos mercados inscritos dentro del segmento de la publicidad televisada, las reflexiones podrían ser las siguientes.

Antes que nada podría destacarse que no es posible que esa cooperación horizontal pueda llegar a plantearse dentro del mercado de los servicios de audimetría por las mismas razones que dijimos al tratar del cártel, en suma, por que la agencia generalmente aceptada no cuenta con competidores con los que poder llegar a concertarse.

Y pasando ya al mercado de la publicidad televisada, en primer lugar, en cuanto a la exención por categorías, la mayor desconfianza de las autoridades de la competencia frente a los acuerdos horizontales que frente a los verticales, motiva que la exención por categorías se refiera no a todos los acuerdos de cooperación horizontal, sino sólo a determinadas categorías de los mismos. En este sentido, el Reglamento de Exención en I + D y el Reglamento de Exención en transferencia de tecnología no tendrían excesiva importancia en un mercado, como es el de la publicidad televisada, maduro y donde la tecnología necesaria para la prestación de los servicios no plantea problemas, con la excepción marginal de la publicidad interactiva sobre plataforma terrestre que exija una bidireccionalidad de la que tiende a carecer esa plataforma de distribución. Tampoco parece que revista una excesiva importancia el Reglamento de Exención en Especialización pues esta clase de acuerdos es difícil que se den en este mercado, aunque podrían imaginarse excepciones como, en el caso *Atres*, la cesión a esta agencia de publicidad de *Antena 3* por parte de *Veo TV* de la gestión de la publicidad de esta última.

El hecho de que, normalmente, la cuota conjunta de las partes que celebran el acuerdo de cooperación horizontal dentro del mercado de la publicidad televisada exceda del 10 % determinaría la imposibilidad de aplicar la comunicación de minimis. Y, aún admitiendo que lo anterior no llegara a darse, en ningún caso podría llegar a aplicarse dicha comunicación en el caso de que el acuerdo de cooperación horizontal encubriera un cártel de fijación de precios, de reparto de mercados, de limitación de la producción, etc.

Con independencia de que resulte ciertamente complicado reducir a un esquema rígido el universo posible de acuerdos de cooperación horizontal, cabría sentar que sus posibles efectos anticompetitivos pasarían por la atenuación de la presión competitiva entre las partes cooperantes, el riesgo de que den por bueno el modelo de cooperación para el medio o largo plazo y el de que lo anterior se traduzca en una elevación de los precios aplicados a los

anunciantes, en un mercado en el que la pauta, a pesar de la digitalización, sigue siendo que la demanda desborde a la oferta, sobre todo en las franjas de máxima audiencia (dimensión temporal del mercado).

En cuanto a los factores de evaluación de esos efectos anticompetitivos, además de la posible extrapolación de los previstos para la colusión vertical (madurez del mercado; carácter final de los servicios de publicidad; importantes barreras de entrada; exclusión de una firma díscola a consecuencia de la cooperación entre dos operadores asentados que puedan actuar como líderes en la fijación de precios; búsqueda de sustitución por los anunciantes por el elevado coste de los servicios, por la ausencia de costes de transferencia y por la ausencia de valor de compra única, etc.) y de los previstos para las concentraciones horizontales (bloqueo a la expansión de competidores o a la entrada de los potenciales; influencia sobre los presupuestos de la cooperación y posibilidad de activar represalias por la simplicidad del mercado de la publicidad televisada caracterizado por la existencia de pocos oferentes con un modelo de negocio similar y con cuotas de mercado elevadas y estables; por la falta de capacidad de reacción de los competidores, etc.), cabría referirse a los específicos de la cooperación horizontal (encubrimiento de cárteles, permanencia e importancia de las cuotas de las partes del acuerdo, debilidad de la demanda, ausencia de eficiencias, etc.).

En cuanto a los tipos concretos de acuerdos de cooperación, dejando de lado aquellos sin virtualidad excesiva por lo visto al tratar de la exención por categorías (I + D, transferencia de tecnología, especialización, etc.), podríamos referirnos a los de *compra conjunta* y a los de comercialización.

En cuanto a los primeros, valdría con remitirse al estudio de los mismos efectuado al hilo del mercado de la audiencia o los telespectadores para todo lo concerniente a los acuerdos de compra conjunta concertados entre organismos de difusión televisiva oferentes de publicidad para adquirir insumos como servicios de comunicaciones electrónicas o contenidos audiovisuales (en el caso de los servicios de audimetría, por lo que vimos en su lugar, no tendría sentido hacer frente común para su adquisición). En cuanto a los acuerdos de compra conjunta celebrados entre anunciantes para adquirir servicios de publicidad de las cadenas podrían tener un cierto sentido y, en cierta medida, se encuentran en la base de la interposición de las agencias de publicidad. Prescindiendo de la influencia vertical de ese acuerdo sobre los mercados ascendentes con respecto al superpuesto de los servicios de TV en abierto, esto es, sobre los de los contenidos y los de los servicios de comunicaciones electrónicas, a valorar con sujeción a las Directrices sobre restricciones verticales, su influencia en horizontal sobre el mercado de los servicios de publicidad televisada habría que calibrarla con arreglo a las Directrices sobre cooperación horizontal. En cuanto a esto último, el mercado de compra de los servicios de publicidad televisada sería el único mercado afectado, al no existir mercados posteriores, pues son servicios finales que los anunciantes no revenden a su vez.

Como para la Comisión no concurriría el presupuesto del poder de mercado en el caso de una cuota inferior al 15 % del mercado de compra afectado, y teniendo en cuenta el escaso poder de mercado individual de los anunciantes, lo más probable es que no resultara necesario un mayor examen de los efectos anticompetitivos. Y suponiendo la concertación de muchos anunciantes que superaran ese umbral, aún en este caso, el acuerdo de compra conjunta no tendría que ser prohibido pues, para la Comisión, no producen efecto anticompetitivo los acuerdos entre partes que sólo compiten en el mercado de compra, pero no en los posteriores.

En lo que se refiere a los *acuerdos de comercialización*, dejando al margen modalidades de una importancia residual en el mercado de la publicidad televisada como los acuerdos de publicidad conjunta o la prestación conjunta de servicios post-venta o los acuerdos de distribución, podrían cobrar un especial relieve los acuerdos de venta conjunta, en virtud de los cuales pudieran los difusores llegar a ponerse de acuerdo sobre las condiciones de venta de los servicios de publicidad televisada entre los anunciantes, incluidas las referidas al precio (v. caso *Atres*).

Ante un acuerdo horizontal por el que dos difusores se comprometían a vender de forma conjunta sus espacios de publicidad entre los anunciantes, el mercado de referencia sería el de la publicidad televisada, en tanto que otros ascendentes o superpuestos, como el de la producción de obras audiovisuales o el de la difusión televisiva, podrían llegar a ser mercados indirectamente afectados si, a resultas de la colusión en el de referencia, pudieran también las partes llegar a ponerse de acuerdo en ellos.

En la medida en que los acuerdos de venta conjunta tendrían por objeto la fijación de precios dentro del mercado de la publicidad televisada habrían de ser considerados como acuerdos horizontales especialmente graves por el objeto que persiguen y, en consecuencia, declarados ilegales de forma automática. No obstante lo anterior, la Comisión admite que estos acuerdos de venta conjunta se beneficien de la exención individual prevista en el Art. 81.3 TCEE cuando la cuota conjunta de las partes, tanto en el mercado de referencia (en nuestro caso, el de la publicidad televisada), como en los indirectamente afectados, no exceda del 15 %, lo que bien podría suceder en el mercado español de la publicidad cuando las cadenas oferentes de estos servicios no fueran ni *Antena 3* ni *Telecinco*.

vii) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de la publicidad y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

(1) En el caso HMG

Por lo que se refiere al análisis de la estructura del mercado de la publicidad televisada y a la evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos, hacer las siguientes reflexiones. En el caso *HMG* se trataba de la creación por *Verónica*, *RTL* y *Endemol* de la empresa en participación concentrativa *HMG* que quedaría como titular de las cadenas aportadas, que iban a ser tres.

No se facilitaron datos que permitieran apreciar la dimensión global del mercado neerlandés de la publicidad televisada. Las plataformas de prestación de servicios de publicidad televisada eran tanto la terrestre (cadenas públicas) como el cable (cadenas privadas). *RTL* tenía una cuota de mercado inferior a la de *NOS* en el mercado de la audiencia, pero las restricciones para la participación de este último organismo público en los servicios de publicidad permitía que las cuotas de ambos operadores en el mercado de la publicidad televisada antes de la operación se situaran en torno al 50 % (duopolio casi perfecto e IHH de 5.000). No había riesgo de posición dominante ni individual, por la equivalencia de las cuotas de ambos operadores, ni tampoco colectiva, por la imposibilidad de que el organismo público se concertara con el privado, con fines muy diferentes.

Partiendo del enfoque de la operación en cuanto que concentración horizontal, el mercado de la publicidad televisada era mercado de referencia en el que iba a funcionar la nueva entidad *HMG* con esas tres cadenas, con una cuota de mercado del 65,8 % y una clara posición dominante individual, al poder actuar con independencia de *NOS*, con una cuota del 34 %. El delta era de 500 pues el IHH pasaba del valor 5.000 anterior a la concentración al valor 5.500 después de la misma, lo que entrañaba un importante riesgo para el juego de la competencia según las directrices de la Comisión.

Los efectos anticompetitivos más importantes iban a ser los no coordinados consistentes en la neutralización de la presión competitiva entre *RTL* y *Verónica* en el mercado de la publicidad televisada. El principal factor de agravación de los anteriores efectos consistiría en el hecho de quedar *HMG* en posición de impedir la expansión de *NOS* dentro del mercado de la publicidad televisada y en el de poder bloquear la entrada de nuevos competidores anulando la competencia potencial empleando dos de sus cadenas para dirigirse a los dos polos de la audiencia, la juvenil y la madura, y la tercera para contraprogramar frente a *NOS*. También cabría que se vinculara frente a los anunciantes la venta de publicidad para las tres cadenas.

No había neutralizadores. Los anunciantes carecían de poder compensatorio del lado de la demanda y, si bien se habían producido rebajas de precios, ello había obedecido a un contexto muy concreto de entrada de *RTL 4* en el mercado, tras lo cual los precios volvieron a elevarse. La competencia potencial era débil por la existencia de importantes barreras de entrada agravadas por la posibilidad de *HMG* de bloquear la entrada de competidores. No había eficiencias, pues la elevación de las tarifas aplicadas a los anunciantes razonablemente cabía esperar que condujera a una elevación en perjuicio de los consumidores del precio de los productos publicitados.

Y, respecto al enfoque vertical de la operación, por la participación de la productora *Endemol* en la misma, el riesgo era el de bloqueo de los insumos en forma de contenidos audiovisuales de *Endemol* a otras cadenas competidoras de *HMG*. El mercado de la publicidad televisada era desde este enfoque mercado afectado por la existencia de relaciones verticales. El atractivo de los contenidos de *Endemol*, la posición dominante de ésta en el mercado ascendente y la ausencia de proveedores alternativos contribuirían a ir debilitando progresivamente la posición de *NOS* en el mercado de la publicidad televisada en el que, para sobrevivir, son indispensables unos contenidos con el suficiente gancho entre la audiencia. *Endemol* tendría la capacidad y el estímulo para operar el bloqueo por la existencia de fuertes márgenes y economías de escala y densidad en el mercado descendente de la audiencia que le permitirían rentabilizar con creces la pérdida de ingresos derivados de no vender sus productos a *NOS*. Finalmente, las conclusiones en cuanto a la escasa entidad de los neutralizadores coincidían con las expuestas con el enfoque horizontal de la operación.

Tras reparar en todo lo anterior, terminó la Comisión, no obstante, por autorizar la operación en su decisión posterior de 1996 atendiendo a razones ya expuestas al referirnos al mercado de la audiencia, en esencia: **(i)** la constatación tras la primera decisión de que la cuota de la concentrada se había mantenido muy por debajo de lo previsto; **(ii)** la ruptura del vínculo estructural con la productora *Endemol* y **(iii)** la obligación de destinar una de las tres cadenas, *RTL 5*, a informativos con el efecto asociado de minorar sus ingresos por publicidad.

(2) En el caso Antena 3

En el caso *Antena 3* vimos que la autoridad de la competencia no realizó un examen estático de la estructura del mercado de la publicidad televisada, como tal, y que se conformó con el dato de cuota de mercado de las cadenas autonómicas para concluir la inexistencia de posición dominante.

Dado que el estudio del Tribunal mostraba que la cuota de las autonómicas no había llegado a exceder del 20 % a lo largo de un periodo representativo de tiempo, podía concluirse en este caso la ausencia de posición dominante (colectiva) y, por tanto, de abuso de la misma: **(a)** las cadenas autonómicas no podían llegar a protagonizar un comportamiento independiente de las presiones ejercidas por sus competidores y clientes; **(b)** cualquier elevación de sus precios en el mercado de la publicidad televisada las habría llevado a sufrir pérdidas antes del horizonte temporal de los 2 años (factor que la Comisión en sus Orientaciones sobre abuso de exclusión consideraba revelador de la inexistencia de posición dominante); **(c)** la competencia actual era muy fuerte en un mercado en el que las cadenas privadas, habían llegado a tener cuotas superiores a las de los denunciados; **(d)** en ningún caso el umbral de las denunciadas había excedido del parámetro del 40 %, a partir del cual, en la experiencia de la Comisión, podía llegar a plantearse la existencia de posición dominante; **(e)** la misma institución, p.e., en relación con los mercados de las comunicaciones electrónicas descartaba la existencia de Poder Significativo de Mercado por debajo del umbral del 25 %; etc.

Constatada la inexistencia de posición dominante por la Audiencia, no cabía ya plantearse la posibilidad de abuso de la misma. Por tanto, tampoco resultaba necesaria una evaluación dinámica del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de publicidad televisada para decidir si, de no haber mediado la pretendida práctica restrictiva, el mismo habría llegado a ser competitivo.

(3) En el caso Cuatro

En el caso *Cuatro*, se trataba de que *Telecinco* tomaba el control de *Cuatro*, pero, por lo que se dijo, la DI también valoró las posibles consecuencias de la operación, planteada en paralelo y de la que finalmente las partes desistieron, de toma de control conjunto de *Digital* + por parte de *Telecinco*, *Prisa* y *Telefónica*.

El análisis pre-concentración de la estructura del mercado español de la publicidad televisada pasaba por examinar las características de la oferta y las de la demanda. La oferta venía conformada: **(1. °)** por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual con cobertura nacional; **(2. °)** por los operadores de ámbito autonómico, que se estimó que sólo competían con los anteriores con el 20 % de su publicidad, pues el resto tenía un alcance sólo regional o local; **(3. °)** los editores de canales emitidos a través de plataformas de TV de pago, con una participación marginal en el mercado, pues sólo un 1,3 % de sus ingresos procedía de la publicidad frente al 92 % de media de las televisiones en abierto y **(4. °)** los editores de canales de TV que adquirieran la capacidad de emisión de los titulares de licencias para TDT, tanto para emisiones de pago, como para emisiones en abierto.

Telecinco era la cadena que mejor rentabilizaba su audiencia, con un *power ratio* de impacto publicitario de 1,75. La seguía *Antena 3*. Por su parrilla de programación e impacto publicitario, *Antena 3* y *Telecinco* eran percibidas como sustitutivas por los anunciantes;

Cuatro y *La Sexta* eran percibidas más sustitutivas entre sí que respecto a las dos grandes cadenas, aunque *Cuatro* se acercaba más a ellas que *La Sexta*; *Digital +* se consideraba sustitutiva de las anteriores, pero respecto de nichos de audiencia muy definidos.

El mercado español de la publicidad televisada estaba cubierto por redes de acuerdos de dos clases, a saber, una primera en la que los operadores consolidados (*Antena 3* y *Telecinco*) se encargaban de gestionar la publicidad de otros operadores menos consolidados o que pretendían acceder al mercado de la publicidad televisada, y otra segunda, en la que cada uno de esos operadores consolidados vendía de modo empaquetado a los anunciantes la publicidad para todos los canales que gestionaban. Esto había contribuido a que las cadenas en abierto que podían llegar a ejercer una mayor presión competitiva sobre las dos anteriores se expandieran e incrementaran su impacto publicitario, pero sobre la base de esa demanda artificial generada por los anteriores acuerdos.

En cuanto a la estructura de la demanda, la misma se concentraba en picos muy concretos (picos de *prime-time*, compras de Navidad, etc.). Los principales demandantes eran los productores de bienes de gran consumo y *Telefónica* se presentaba como el segundo mayor anunciante. La demanda, en su práctica totalidad, se canalizaba a través de las agencias de publicidad, pero esa concentración de la demanda, por diversos motivos, como por ejemplo la fuerte competencia entre agencias, no compensaba el poder negociador del lado de la oferta mucho más concentrada. Además, la existencia de límites legales a las inserciones publicitarias, junto a esa concentración de la demanda en determinados picos de audiencia, llevaba a que la publicidad se subastara y a que la demanda siempre superara a la oferta.

Los precios se formaban mediante negociación individual atendiendo al efectivo impacto publicitario en el caso de las TV en abierto y mediante un sistema de descuentos en el de la TV de pago, donde el impacto de la publicidad se daba más por supuesto. El mercado de la publicidad televisada era, por definición, un mercado muy transparente en el que los agentes activos en el mismo podían acudir a diversas fuentes para contrastar la audiencia y otros parámetros relevantes, tales como *Kantar Media*, *Infoadex* u otras agencias especializadas.

En cuanto a la evaluación post-concentración de la operación realizada por la DI, la misma se apegó bastante a las Directrices de la Comisión. El riesgo era el de la creación de una posición dominante de la nueva *Telecinco* en el mercado de la publicidad televisada, agravada por los pactos que acompañaban a la operación y a los que la DI negó la consideración de restricciones accesorias (p.e., compromiso de *Prisa* de no competir en el mercado de la TV en abierto y, por tanto, de la publicidad, pacto de que la filial de *Telecinco*, *Publiespaña*, pudiera actuar como agente exclusivo de ventas de espacios publicitarios de *Digital +*, etc.). Se estimaba que *Telecinco*, con una audiencia muy por debajo del 30 %, podía llegar a quedar con una cuota de publicidad por encima del 50 %, con *Antena 3* como su inmediata perseguidora, con una cuota del 31,8 %.

Los efectos verticales se asociaban al poder de compra reforzado de la nueva plataforma frente a los proveedores de contenidos que le permitiera fortalecer su programación y ganar terreno a sus rivales en el mercado de la publicidad televisada. Lo anterior podía llevar a que los titulares de canales más pequeños, imposibilitados para rentabilizarlos, terminaran por cederlos en arrendamiento a la nueva plataforma.

Los efectos conglomerados derivaban sobre todo de la eventual comunidad de intereses y del riesgo de colusión entre *Telecinco* (principal oferente de publicidad televisada), *Prisa*

(activa asimismo en publicidad a través de diversos soportes) y *Telefónica* (el segundo anunciante más importante) como consecuencia de la adquisición del control conjunto de *Digital +*; lo que se veía sin duda agravado por el hecho de que las campañas publicitarias se organizaran por las agencias para todos los medios soporte.

Los efectos horizontales eran los más importantes en el mercado de la publicidad televisada. Los no coordinados eran porque *Cuatro* y *Telecinco* dejarían de competir entre sí en el mercado de referencia, muy concentrado y en el que el juego de la competencia estaba ya muy falseado por los acuerdos de comercialización conjunta referidos más arriba. Además, se daban los efectos no coordinados por el riesgo de que la operación arrojará una estructura de mercado en la que *Antena 3* y *Telecinco*, que ocuparían entre un 75 y un 80 % del mismo, estuvieran incentivados para coordinarse y actuar como un duopolio *de facto* y elevar los precios aplicados a los anunciantes, agravados por la transparencia del mercado de la publicidad televisada y la posibilidad de que la parte defraudada pudiera activar represalias frente a la que hubiera abandonado el escenario de concertación.

En ningún caso habría neutralizadores: la competencia potencial sería mínima, pues las cadenas más pequeñas en abierto irían progresivamente alquilando sus canales a los dos operadores dominantes, el poder de compra ejercido a través de las agencias de medios ya se ha dicho que era muy pequeño y la elevación de los precios de publicidad llevaría a una menor información de los consumidores sobre los productos y servicios publicitados y al encarecimiento de estos, por lo que tampoco habría eficiencias.

Así, aunque la diferencia entre la cuota de *Telecinco* y *Antena 3* no permitía asegurar la creación de una posición dominante, la importancia de los efectos unilaterales y el riesgo de efectos coordinados, junto con la ausencia de neutralizadores, hicieron que la operación sólo pudiera ser autorizada tras la asunción de importantes compromisos como los que se dejaron descritos.

El segundo bloque de compromisos, era el referido al mercado de la audiencia, pero que incidía en el de la publicidad que, en definitiva, dependía de los niveles de seguimiento de cada cadena. El tercer bloque de compromisos era el relacionado con los mercados de los contenidos, con incidencia en el de la publicidad televisada desde el momento en que unos mejores contenidos reforzaban también la posición en ese mercado de la publicidad. Los mismos se expusieron al tratar de dichos mercados.

Era el primer bloque de compromisos el directamente orientado a neutralizar los posibles efectos horizontales en el mercado de la publicidad televisada: se eliminaba la comercialización conjunta de la publicidad de canales cuya audiencia conjunta excediera del 22 %; no se adoptarían políticas comerciales y de precios que pudieran inducir a la adquisición conjunta de la publicidad de todos los canales gestionados por la nueva *Telecinco*; se romperían los acuerdos de *Telecinco* de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros; etc. También, para evitar los efectos conglomerales en el mercado de la publicidad, *Telecinco* se comprometía, en el caso de coincidir en el accionariado de *Digital+* con *Prisa* o *Telefónica*, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados por las demás partes y a aplicar a sus socios condiciones de mercado si le contrataban publicidad.

(4) En el caso Atres

En el caso *Atres* se trataba de que esta filial al 100 % de *Antena 3* celebraba un acuerdo de comercialización conjunta con *Vevo TV* y otro con *Disney*. La situación del mercado de la publicidad televisada era casi la misma que en el caso *Cuatro*. *Antena 3* tenía una cuota del 20/30 % del mercado y mucho más reducidas eran las de *Vevo* y *Disney*.

Por el primer acuerdo *Atres* se encargaba de la venta de la publicidad del canal *Vevo 7* y llevaba de suyo la fijación de precios y otras condiciones de la transacción entre competidores. En la medida en que dicho acuerdo privaba a los anunciantes de su facultad de elegir, la autoridad de la competencia lo consideró anticompetitivo *per se* y no admitió la concurrencia de eficiencias.

Por el segundo acuerdo, *Atres* pasaba a actuar como agente de venta de la publicidad de dos canales de *Disney*. Además de la fijación de precios, se incluía en este caso una cláusula de no competencia, restricción vertical, por la que *Atres* debía solicitar la aprobación por parte de *Disney* antes de firmar acuerdos con otros canales destinados al público infantil durante el periodo de vigencia del contrato. Por los mismos motivos que en el caso anterior, agravados en éste por la introducción de esa cláusula de no competencia, tal acuerdo y cualquier posible eficiencia fueron rechazados por la autoridad de la competencia.

En un mercado duopólico, como era el español de la publicidad televisada, los acuerdos en cuestión eran especialmente graves al eliminar una fuente naciente de competencia cual era la procedente de los nuevos canales digitales, que estaban en fase de expansión. Los mismos entrañaban un cártel de precios y de fijación de otras condiciones de la transacción dentro del mercado de la publicidad televisada, que en ningún caso podía llegar a beneficiarse de exención en criterio de la Comisión, al ser la cuota combinada de las partes puestas de acuerdo superior al 15 %.

La exclusión de competidores podía traducirse en la posibilidad hacia abajo de elevar los precios aplicados a los clientes (anunciantes) y hacia arriba de rebajar por debajo de niveles competitivos los abonados a proveedores (aunque este riesgo no era tan acuciante como el anterior, por el poder de mercado ejercido por los proveedores de insumos relacionados con los contenidos o con la transmisión de señal audiovisual).

El dato de que tales prácticas no pasaran el filtro antitrust en clave de colusión horizontal hacía superflua cualquier ponderación de las connotaciones verticales de los acuerdos: por ejemplo, la cláusula de no competencia incluida en el acuerdo con *Disney*.

No obstante, se observaba que ésta podía agravar el daño para la competencia intermarcas en el mercado de los servicios de publicidad televisada en el que otros canales podían tener más difícil el competir con *Disney*. En este caso, más que por la cuota de *Disney* en el mercado de la venta de publicidad televisada, por la de *Atres* en el de compra (en el que habría que sumar la gestión por *Atres* de toda la publicidad de *Antena 3*), no llegaría a entrar en juego la exención por categorías. Lo anterior podía conducir al análisis de los efectos anticompetitivos de tal pacto, de los que los más graves tal vez fueran los relacionados con el riesgo de acumulación y creación de un entorno favorable a la colusión, en el que esos otros canales podrían estar estimulados para ofrecer su publicidad televisada a *Telecinco*.

Por otra parte, los acuerdos en cuestión podían plantear otras connotaciones también verticales (p.e., de distribución exclusiva o suministro exclusivo, dado que sólo *Atres* podía vender a los anunciantes la publicidad televisada de esos canales con lo que se lesionaba la competencia intramarca entre agencias de distribución de esos servicios de publicidad; de mantenimiento del precio de reventa, en la medida en que los proveedores y su cliente *Atres* pactaban el precio de comercialización de los servicios de publicidad televisada de los primeros, etc.). No obstante, como se ha destacado, el hecho de que los acuerdos no pasaran el test horizontal haría redundante este otro vertical.

(5) En el caso Sofres

Bajando ya a las conclusiones sobre la evaluación del juego de la competencia en el caso *Sofres*, la cuestión principal era la de la posible existencia de un abuso de posición dominante concretado en la negativa a suministrar datos de audiencia a una cadena de ámbito local (*Canal 7*). En este asunto, la negativa al suministro venía objetivamente justificada por la imposibilidad material de que *Sofres* pudiera llegar a suministrar los índices de audiencia a todas y cada una de las innumerables emisoras locales existentes en España.

Por otra parte, en este caso, el TDC eludió la aplicación del Art. 1 LDC, con el argumento formal de la unilateralidad de la conducta; lo que resultaría muy controvertido partiendo de que en el Art. 1 entran las decisiones y recomendaciones emanadas de los órganos de las asociaciones de empresas y tal era el caso del Comité de Usuarios y del Consejo Rector de *Sofres*. Más acertado hubiera sido admitir el carácter colusorio del sistema, para luego defenderlo en sede de eficiencias.

viii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de la publicidad

Terminando con lo concerniente a la existencia de barreras de entrada y al juego de la competencia potencial dentro de estos mercados inscritos dentro del segmento de la publicidad, decir lo que sigue.

En cuanto a las ***barreras tecnológicas*** frente a la proliferación de formas evolucionadas de **publicidad televisada** (p.e., publicidad interactiva), las mismas vendrían a coincidir en lo esencial con las que impiden el desarrollo de una TV terrestre digital e interactiva.

En cuanto a las ***barreras de entrada de naturaleza económica***, las que dificultan la entrada del lado de la oferta serían las mismas que operan en el mercado superpuesto de la audiencia o los telespectadores y las que lo hacen del lado de la demanda (mercado de compra) son tan fuertes que no pocas veces los anunciantes se ven forzados a optar por otros medios publicitarios.

Y respecto a las ***de carácter normativo***: **(i)** del lado de la oferta, a las analizadas al tratar del mercado de los telespectadores habría que añadir todas las restricciones normativas indirectas que dimanen del marco regulador de la publicidad televisada; **(ii)** del lado de la demanda, este último marco regulador implica importantísimas restricciones normativas indirectas que condicionan el acceso al mercado de los servicios de publicidad televisada por parte de los anunciantes y que, no pocas veces, llegan a impedirlo, dotándose así de la

intensidad necesaria como para ser consideradas como auténticas barreras de entrada (Vg., prohibición de publicidad televisada del tabaco).

En conclusión, del lado de la oferta, el mercado de la publicidad televisada sería un mercado en el que la competencia potencial estaría muy debilitada por la existencia de todas las barreras normativas y, en menor medida, económicas que vimos existían al tratar del mercado de los telespectadores. La diferencia esencial con respecto al mercado de los telespectadores, donde los televidentes no enfrentan obstáculos para acceder a los servicios de TV, radicaría en la existencia de importantísimas barreras de entrada económicas y ciertas restricciones normativas indirectas obstaculizando y modulando el acceso de los anunciantes al mercado de compra de los servicios de publicidad televisada.

Y en lo que se refiere a la existencia de barreras de entrada y a la competencia potencial dentro del mercado de los servicios de audimetría, aún cuando las barreras tecnológicas y económicas pudieran desempeñar algún papel en casos concretos (Vg., en el caso comentado del suministro de datos de audiencia de cadenas de ámbito local), las que son infranqueables son las normativas derivadas de la autorregulación propia de este sector y en virtud de las cuales sólo los datos proporcionados por una determinada agencia estarán dotados de una aceptación general. De lo anterior derivaría que el juego de la competencia potencial dentro del mercado nacional de los servicios de audimetría sea nulo.

c) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de los contenidos: i) venta al por mayor de derechos sobre contenidos; ii) derechos para TV (en abierto o de pago) sobre eventos deportivos importantes; iii) contenidos *Premium* deportivos para TV de pago; iv) contenidos *Premium* cinematográficos para TV de pago; v) canales temáticos; vi) producción de programas para TV

i) Relaciones de los mercados del segmento de los contenidos con mercados de otros segmentos

Las relaciones de estos con otros mercados adscritos a segmentos diferentes podrían sistematizarse de la siguiente manera:

1. ***Mercados con los que mantendrían relaciones tanto los de los contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos como el de los canales temáticos.***
 - a. ***Segmento de la difusión televisiva.***
 - i. **Mercado de la TV de pago.** Con relación al mercado de los canales temáticos convendrá tomar en cuenta la salvedad ya realizada en cuanto a que, con el proceso de digitalización de la TV en abierto, los mismos se van vinculando también a esta última forma de entrega.
2. ***Mercados con los que mantendrían relaciones tanto el de los derechos para TV sobre eventos deportivos importantes como el de la producción de programas para TV.***
 - a. ***Segmento de la difusión televisiva.***

- i. **Mercado de la TV de pago.**
- ii. **Mercado de la TV en abierto.**
- b. ***Segmento de la publicidad.***
 - i. **Mercado de la publicidad televisada.**

Por otro lado, la identificación de estos mercados de contenidos no dejaría de tener un importante componente coyuntural y dependiente del caso concreto. Además, en el caso del mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos identificado en el caso *Telia/Telenor*, se trataba de un mercado ceñido a las especialidades de los mercados nórdicos.

ii) Evolución de los mercados del segmento de los contenidos en Europa

Si hay que dejar apuntadas algunas ideas esenciales en cuanto a la evolución de estos mercados en Europa, las mismas podrían ser:

1. **La interrelación entre contenidos y redes.** Redes de banda ancha y contenidos digitales atractivos son el huevo y la gallina, los dos principios sobre los que implementar una dinámica de círculo virtuoso en los mercados de los contenidos audiovisuales. Esto es así a partir del momento en el que la neutralidad tecnológica permite que cualquiera de las redes sirva para la entrega de contenido audiovisual.

Esta tensión puede resolverse de cualquiera de las dos siguientes formas: **(i)** bien a través de un modelo de negocio en el que se prime al proveedor de contenidos, p.e., en Francia las empresas de contenidos llegaban a establecer relaciones directamente con los usuarios finales y también lo hace en España *Sogecable* a través de su oferta en diversas plataformas; **(ii)** bien a través de otro en el que se prime al operador de telecomunicaciones, p.e., en los mercados nórdicos la clave de acceso a los usuarios la tienen los operadores de telecomunicaciones y, también en España, *Telefónica* llega a entregar directamente contenidos a los usuarios finales a través de su plataforma. El segundo de estos modelos es previsible que dé lugar a concentraciones en las que el operador de telecomunicaciones intente integrar verticalmente secciones de contenido.

2. **Técnicas DRM.** Otro factor que coadyuvará a lo anterior será el de unas técnicas adecuadas de protección de los derechos de propiedad intelectual *on line* que incentiven a los autores para colgar sus contenidos en la red y que contribuyan a la creación de un modelo de cadena de valor en las diversas redes, especialmente en IT. También relacionada con la cuestión de la creación de esa cadena de valor se encuentra la cuestión de la neutralidad de la red: la abundancia de contenidos gratuitos en la red y la escasa virtualidad de los derechos de propiedad intelectual alimenta el consumo de servicios de comunicaciones electrónicas para acceder a esos contenidos por parte de los usuarios e internautas, sin que los operadores de comunicaciones electrónicas obtengan retornos por ese mayor consumo. Este es el trasfondo del recelo mostrado por los operadores de telecomunicaciones frente a la *Net Neutrality* y de su deseo de poder discriminar los contenidos que circulan por sus redes y cobrar por ello.
3. **La asimetría en la regulación de las redes y los contenidos.** Si los mercados de las comunicaciones electrónicas son, no sólo, mercados liberalizados sino, además, mercados en los que las ANRs intervienen *ex ante* para preservar un efectivo

desenvolvimiento del principio de la libre competencia, los mercados de los contenidos son mercados en los que impera la denominada *excepción cultural* que actúa como herramienta que permite a las instancias nacionales sustraerlos al juego de la competencia.

4. Como consecuencia de lo anterior, la **subordinación de los mercados europeos al norteamericano** de contenidos, que presenta unas fuertes economías de escala y alcance que permiten la amortización de las inversiones en origen, sin que el signo de esa subordinación llegue a ser invertido por medidas de estímulo. Entre éstas cabe destacar las que se encuentran implícitas en los programas *MEDIA*, los cuales, por otra parte, se presentan en 2009 en una versión *Mundus* que supone un intento por extender la cooperación más allá del ámbito de la UE como consecuencia de la globalización. A esa subordinación de los mercados europeos contribuye también el dato de que las grandes compañías norteamericanas copan en Europa la red de distribución de contenidos para su exhibición en salas de cine. La posibilidad de que esta situación revierta como consecuencia de la implantación del denominado “cine digital”, que eliminará la distribución física de rollos de película, aún está por ver. En el caso de obras audiovisuales para TV no cinematográficas, en cambio, en los últimos años en España han tendido a imponerse, al menos en *prime time*, las series de ficción de carácter nacional frente a las norteamericanas, y ello a pesar de ciertas prácticas anticompetitivas de los *majors* como las consistentes en vincular la adquisición de tales obras audiovisuales a la de sus grandes superproducciones.
5. **La mitigación del componente de interés general en los contenidos deportivos**. Lo anterior se viene traduciendo en el hecho de que el número de eventos deportivos retransmitidos por la *UER* se haya reducido en las últimas décadas en beneficio de los difundidos por grupos de comunicación de enorme poder económico.

iii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de los contenidos

La identificación de mercados de producto y geográfico dentro del segmento de los contenidos es cuestión pacífica si nos atenemos a lo que dejamos expuesto en cada uno de los apartados correspondientes. No obstante, habrá, como es lógico, ciertos puntos de indefinición: p.e., el hecho de que por un determinado acontecimiento deportivo pujen sólo cadenas en abierto o también cadenas de pago determinará un cambio en el mercado de contenidos en cuanto que mercado de producto pertinente; o el de que, desde la perspectiva de la sustituibilidad de la oferta, no resulte especialmente complicado para un productor de programas para TV acceder al mercado de la edición y comercialización de canales temáticos. También nos referimos en su lugar al modo en que otros factores (estructura de la oferta o de la demanda, niveles de precios, barreras de entrada, uso previsto, etc.) o elementos de prueba (sustitución en un pasado reciente, elasticidad propia o cruzada de la demanda, opiniones de clientes y competidores, características básicas de la demanda, etc.) podrían contribuir a la definición del mercado de contenidos de que se trate.

En este sentido, cabe observar que se trata de mercados cuyos exactos contornos dependen más de la coyuntura del caso concreto que otros mercados de producto de los que hemos venido viendo (nosotros los agrupamos en seis apartados, sin embargo, lo anterior no deja de ser hasta cierto punto aleatorio). Así, p.e., los mercados de contenidos deportivos se vinculan en algún caso sólo a la TV de pago (p.e., en *Vía Digital*) y en otros también a la TV en

abierto (p.e., *Gol TV*). La comercialización de canales se relacionan también con la TV de pago en algún caso (ídem en *Vía Digital*), mientras que en otros además con la TV en abierto (p.e., *Cuatro*), etc. En alguna resolución, *Vía Digital*, se apuntaba que primera y segunda ventana de TV de pago daban lugar a su propio mercado, mientras que en otra, caso *Stream*, se apuntaba a un único mercado de la TV de pago comprensivo de las anteriores y del video bajo demanda. En el caso *Cuatro*, p.e., se hizo una identificación del nivel de la producción de contenidos y del nivel de la comercialización de contenidos, pero sin hacer mayores segmentaciones de mercados dentro de cada nivel. Vimos también que comienzan a identificarse como mercados emergentes los de contenidos para banda ancha móvil y contenidos para banda ancha fija (COMP/C.2-37.398 — Venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la *UEFA*; Diario Oficial n° L 291 de 08/11/2003 p. 0025 – 0055 o Asunto COMP/M.1845 - *AOL/Time Warner*, Diario Oficial n° L 268 de 09/10/2001 p. 0028 – 0048).

Aunque el repaso de los casos permita constatar los perfiles borrosos de los mercados de los contenidos, a expensas de la coyuntura del mercado y del caso concreto, lo cierto es que, en el fondo, son lo mismo, al referirse todos a derechos sobre contenidos audiovisuales, cualesquiera que estos sean y ya den lugar a mercados situados en uno u otro nivel de la cadena de valor (p.e., mercados de la adquisición de derechos, mercados de reventa, etc.).

Del mismo modo, no suele plantear discusión la dimensión geográfica nunca superior a la nacional atendiendo a las características básicas de la demanda: factores lingüísticos, culturales, las preferencias por los acontecimientos deportivos nacionales, etc. La aplicación de la prueba del monopolio hipotético llegaría a confirmar lo anterior. Tan sólo llegaría a suscitarse alguna duda en el caso del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, respecto de los cuales, en algún pronunciamiento (Vg., *Cablevisión*), habría llegado a sostenerse su dimensión mundial. Sin embargo, lo cierto es que la mayor parte de los pronunciamientos (p.e., Decisión *B Sky B/Kirch Pay TV*) parten de una dimensión nacional atendiendo al ámbito territorial para el que se adquieren los derechos. También citamos en su lugar, ciertos elementos de prueba (falta de desvío de pedidos hacia otros territorios, localización geográfica de las contrataciones, características básicas de la demanda, etc.) de los habitualmente empleados por la Comisión para confirmar la dimensión nacional del mercado.

iv) Entorno normativo de los mercados del segmento de los contenidos

En lo que concierne al entorno normativo los mercados de los contenidos en España, habría que diferenciar en función de cuáles sean los contenidos de los que tratemos.

En el caso de los **contenidos deportivos**, puede ser que el mercado se refiera sólo a los derechos para emisiones de pago o también para emisiones en abierto. En cualquier caso, el marco normativo viene a ser sustancialmente el mismo. En este punto habría que empezar por referirse a que, por las razones estudiadas en detalle en su lugar (asunción del riesgo y ventura de la competición deportiva, etc.), en España se parte de que la titularidad originaria de los derechos deportivos corresponde a los clubes y, dentro de estos, por argumentos relacionados con la extensión del derecho de propiedad sobre los estadios, el derecho sobre cada partido es del club anfitrión. Puede ser también importante referirse a la existencia en la Directiva de Servicios de comunicación audiovisual y en la LGCA que la implementa de normas tendentes a preservar el derecho a la información garantizando la emisión de

extractos breves de los acontecimientos deportivos catalogados como de interés general. En otro orden de cosas, la LGCA ha impuesto un plazo máximo de 4 años para los acuerdos de cesión en exclusiva de derechos deportivos.

Del entorno normativo del mercado de los contenidos cinematográficos nos ocupamos conjuntamente con el más genérico de las obras audiovisuales. En estos mercados, por su impronta cultural, la reglamentación tiene lugar a una escala más nacional que europea, acaso con la excepción de la existencia de una importante regulación de la propiedad intelectual y de las obras europeas y de productores independientes que trae su origen de la normativa comunitaria. Resulta también importante referirse a la Ley 55/2007 del Cine, la cual ha venido a regular los aspectos sustantivos (creación, producción, distribución, exhibición, promoción y fomento), tanto de las obras cinematográficas, como del resto de obras audiovisuales (incluidos los programas y series para TV).

Y en cuanto al entorno normativo del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos, ya comentamos que su regulación a escala europea es prácticamente inexistente y que, a escala nacional, casi lo mismo podría decirse, dejando al margen alguna referencia dispersa o alguna otra incluida en el Borrador de Anteproyecto de LGCA, que no llegó a pasar al texto definitivo de la LGCA.

v) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de los contenidos en España

Pasando ya al análisis de la estructura de los mercados de los contenidos en España, podríamos pasar a destacar lo que sigue. La fijación de cuotas de mercado ha de hacerse más en función del valor de las ventas que de su volumen, pues el peso de la marca es importante, sobre todo en contenidos *Premium* (no valdrán, por ejemplo, lo mismo los derechos de un *Real Madrid* o *Barcelona* que los de otros clubes más modestos).

Dado que la definición del mercado de producto, en el caso de los mercados de los contenidos, depende, más que en otros, de las variables del caso concreto, este análisis podría hacerse partiendo de los casos más señeros acontecidos en el mercado español. No obstante, debe observarse que no es lo habitual que la autoridad nacional de la competencia haga en el caso de estos mercados de contenidos un volcado exhaustivo de datos, entre otras, por razones de confidencialidad.

En el caso del mercado español sobre *derechos deportivos*, se hizo un análisis atendiendo a los diversos niveles de la cadena de valor:

- 1.º Nivel primario de la venta de derechos por los clubes. Partiendo de la información suministrada por la autoridad de la competencia en el caso *AVS III*, los cinco equipos que más ingresos percibían suponían un 60 % del total, por lo que cabría entender que se trataba de un mercado concentrado, pero sin posiciones dominantes individuales ni, probablemente, colectivas. La colusión entre clubes era muy posible con vistas a compensar el poder negociador de la demanda y las barreras de entrada resultaban también evidentes, toda vez que cada club debía ser admitido a la competición oficial para la que no existían sustitutos. En la temporada 2007/2008 la dimensión global de este mercado se situaba en el entorno de los 540 millones de euros.

- 2.º **Nivel primario de compra de derechos.** También partiendo del caso *AVS III*, los posibles adquirientes de derechos en el nivel primario podían ser los operadores de televisión, la plataforma de adquisición conjunta (*AVS*) o intermediarios o *brokers* de derechos (p.e., *Santa Mónica*). En este nivel, la fijación de cuotas de mercado habría de tener lugar atendiendo al número de clubes respecto de los cuales se ostentara la titularidad de derechos, pues, como la sola titularidad de los derechos de un club no daría derecho a la retransmisión de los partidos que pudiera el mismo llegar a disputar, como no fuera contando también con los del visitante, la titularidad de los derechos de un club en concreto no llegaría a tener una traducción económica inmediata que permitiera asignar un volumen de ingresos. Aquí ya si cabría referirse a la posición dominante individual de la plataforma de compra mayoritaria (en un primer momento, *AVS* y, más tarde, *Mediapro*), con la capacidad para forzar al resto de adquirientes a volcar en ella sus derechos, bajo pena de no poder rentabilizarlos, como se dejó estudiado. Así, las barreras de acceso a este mercado de compra y los riesgos de exclusión del mismo resultarían elevadísimos.
- 3.º **Nivel de la puesta en común en el seno de la plataforma común.** En este nivel, los adquirientes que no fueran la plataforma mayoritaria de adquisición antes mencionada aportarían a dicha plataforma los derechos que hubieran comprado en el mercado primario, pudiendo recibir como contrapartida ya una suma de dinero (p.e., si los mismos fueran *brokers* de derechos), ya el derecho a la emisión de cierto número de partidos (p.e., si fueran operadores de televisión). La plataforma común adquiriente pondría en común los derechos así adquiridos con aquellos otros de los que fuera ya propietaria al haberlos adquirido en el mercado primario y de esa puesta en común resultaría el derecho a la difusión de un elenco de partidos en concreto. En este nivel, la inercia procedente del nivel anterior llevaría a que dicha plataforma mayoritaria disfrutara también de una posición dominante individual o incluso de una situación de monopolio.
- 4.º **Nivel de la asignación o reventa de partidos.** Como resultaba lo más normal que la plataforma común de derechos deportivos no procediera por sí misma a la difusión de los eventos, lo usual era también que revendiera los derechos sobre cada partido a los operadores de televisión o comunicación audiovisual, ya contra el pago de una cantidad ya como contraprestación por la previa aportación de los derechos de los que estos últimos fueran titulares. En este nivel, la fijación de cuotas de mercado podía, ya sí, tener lugar atendiendo al número de partidos de los cada uno de esos operadores audiovisuales resultase titular. Así, por ejemplo, en el caso *AVS III* la autoridad de la competencia reflejó el derecho de *Sogecable* a la retransmisión del 81 % de los partidos entre Liga y Copa.

Refiriéndonos ya al mercado de los *contenidos Premium cinematográficos*, la posición dominante colectiva de los grandes estudios de *Hollywood* resultaba indiscutible. La estructura de la demanda la conformaban las plataformas de TV de pago. Se trataría de un mercado maduro, con fortísimas barreras de entrada de tipo económico y en el que el poder de compra de las plataformas de TV de pago no era bastante a neutralizar el poder de mercado del lado de la oferta.

En cuanto al **mercado español de la edición y comercialización de canales temáticos** y al **mercado de la producción de programas para TV**, eran éstos mercados de contenidos con un grado de concentración muy inferior al de los anteriores (en el caso *Via Digital*, p.e., hasta

30 compañías diferentes producían del orden de 80 canales temáticos diferentes y en el caso *Mediapro/Arbol Producciones*, Informe N-06022, se hablaba de que el mercado español de producción de programas de televisión era un mercado muy atomizado en el que convivían más de 130 productoras independientes con las producciones realizadas por las cadenas de TV). En estos mercados no habría posiciones dominantes y, probablemente, ni tan siquiera poder de mercado. La estructura de la demanda se basaba en plataformas de TV de pago y en abierto. Se trataría de un mercado sin barreras de entrada en el que el poder de mercado del lado de la demanda (cadenas de TV) sería superior al de la oferta.

iv) Evaluación del juego de la competencia en los mercados de los segmentos de los contenidos en España

(1) En materia de concentraciones

Pasando a la evaluación del juego de la competencia en los mercados de los contenidos en España hacer las siguientes reflexiones. En primer lugar habría que ocuparse del fenómeno de las concentraciones y, dentro de éstas, en primer lugar, de las **concentraciones horizontales**. Sobre éstas, concluimos su escasa incidencia dentro de los mercados españoles de contenidos por muy diversas razones: **(i)** en el caso de contenidos sin valor *Premium*, por su atomización; **(ii)** en el caso de contenidos *Premium* cinematográficos, porque la integración de dos de los grandes estudios norteamericanos excedería del ámbito nacional español; **(iii)** en el caso de los contenidos *Premium* deportivos, porque esa concentración horizontal carecería, asimismo, de sentido en sus diversos niveles: entre clubes, entre difusores que compran derechos de los clubes (sin perjuicio de que la integración viniera por otras motivaciones de alcance más global como se estudió en los mercados de la difusión), entre revendedores de derechos deportivos, etc.

En lo que se refiere a las **concentraciones verticales** dentro del mercado de los contenidos en España, las mismas podrían cobrar sentido entre operadores de comunicación audiovisual y proveedores de contenidos sin valor *Premium*. El estudio de la integración vertical entre un proveedor de contenidos deportivos y un operador audiovisual quedaría suficientemente estudiado con el caso *AVS III*. Por otra parte, no resultaría una opción muy viable la de una integración vertical entre un *major* estadounidense proveedor de contenidos *Premium* cinematográficos y un operador audiovisual español.

Centrados, pues, en el ejemplo práctico de la integración vertical entre *Sogecable* y una editora cualquiera de canales temáticos, mercados afectados por la existencia de relaciones verticales serían tanto el de la TV de pago como el de la edición de canales temáticos. El dato de disfrutar *Sogecable* de una cuota de mercado por volumen de ingresos en torno al 80 % en el mercado de la TV de pago obligaría a ponderar los efectos anticompetitivos de la operación dentro del mercado de los canales temáticos.

Los efectos anticompetitivos no coordinados podrían derivar del hecho de que la integración vertical pudiera excluir a los competidores de la división ascendente de la concentrada del mercado de la comercialización de canales temáticos por el bloqueo de clientes asociado al hecho de que *Sogecable*, dominante en TV de pago, dejara de dirigir pedidos a esos competidores o lo hiciera a precios infracompetitivos.

La capacidad para el bloqueo de clientes dependería de factores como serían la existencia de compradores alternativos (p.e., *ONO* y *Telefónica* podrían actuar en esa calidad), de usos alternativos (p.e., el destino de canales temáticos a otras ventanas como, por ejemplo, la de TDT) y de la capacidad de los competidores para adoptar contraestrategias (p.e., la respuesta a través de una rebaja agresiva de precios). No obstante lo anterior, la capacidad de la integrada para el bloqueo de clientes resultaría evidente partiendo de la cuota del 80 % de la sección descendente en el mercado de la TV de pago.

El incentivo o estímulo para operar ese mismo bloqueo de clientes resultaría, a su vez, de factores como los siguientes: los costes en sentido ascendente que el bloqueo de clientes le supondría a la división descendente de la concentrada por el hecho de no comprar a los competidores de su sección ascendente cuando estos son, por ejemplo, más eficientes (estos costes en sentido ascendente serían mínimos por la fungibilidad característica de los canales temáticos); los beneficios en sentido ascendente (que se darían por el hecho de que la sección ascendente de la concentrada pudiera beneficiarse de la exclusión de sus competidores en el mercado de la comercialización de canales); los beneficios en sentido descendente (el encarecimiento del precio de los canales podría alimentar la exclusión en el mercado descendente de la TV de pago y que la sección descendente pudiera llegar a aprovecharse de esta situación; sin embargo, lo anterior no sería significativo, pues probablemente *Telefónica* y *ONO* se seguirían surtiendo de sus propios proveedores de canales, aunque sí parece que llegaría a darse un incremento de la presión al alza sobre los precios aguas abajo). Un adecuado balance y ponderación de lo anterior parece que permitiría concluir que la nueva entidad estaría estimulada para el bloqueo de clientes.

El impacto del bloqueo de clientes sobre el juego de la competencia llegaría a darse por esa presión al alza sobre los precios en sentido descendente y por el hecho de que la integración vertical contribuiría a elevar barreras a la entrada de los competidores potenciales que pretendieran acceder a los mercados de venta de los insumos y que no tendrían medio de acceder a una base suficiente de compradores.

En cuanto al riesgo de efectos anticompetitivos no coordinados, podría pensarse en la concurrencia de los mismos, pues, ante la integración vertical entre *Sogecable* y una editora de canales temáticos, cabría que se diera ambiente propicio para la colusión entre la división ascendente de la concentrada y alguno o algunos de sus competidores. La concentración vertical podría llevar, además de a la integración vertical entre la editora de canales y *Sogecable*, a la colusión en vertical entre otro u otros editores de canales y las otras dos plataformas de TV de pago (*ONO* y *Telefónica*). Así, progresivamente, la integración y colusión vertical podría terminar creando un ambiente de colusión horizontal en el mercado ascendente entre la división ascendente de la concentrada y otros proveedores de canales temáticos.

Bien es cierto que la atomización del mercado de los canales dificultaría el control por las partes de las bases de la coordinación y la activación de mecanismos de represalia frente a la parte que se separase de la estrategia convenida. Por otra parte, si bien resultaría posible un alineamiento de intereses entre *Sogecable* y *Telefónica*, probablemente, el comportamiento de *ONO* se situaría en la línea de romper la estrategia concertada. Por estas razones los efectos coordinados no serían de tanta importancia como los no coordinados.

En cuanto a la existencia de neutralizadores, a pesar de que el mercado de los canales por sí mismo no estaría envuelto por barreras importantes de entrada, sin embargo, la integración

vertical de *Sogecable* con una editora cualquiera podría contribuir a elevar las económicas debilitando así la competencia potencial. La existencia de poder de compra no jugaría tampoco un papel importante como neutralizador pues resultaría poco probable que *ONO* o *Telefónica*, con sus parrillas de programación ya cubiertas, desviarán pedidos hacia los competidores de la división ascendente de la concentrada. En cuanto a las posibles eficiencias, la internalización de márgenes dobles en la concentrada, que podría hacer pensar en el disfrute por los usuarios finales de productos a mejores precios, no resultaría significativas, pues en la comercialización de canales el margen o diferencial es escaso.

La conclusión podría ser entonces la de que los efectos anticompetitivos, sobre todo los no coordinados, no llegarían a ser neutralizados por ninguno de los factores anteriormente mencionados. La anterior fue también la conclusión del TDC al ocuparse de los aspectos verticales sobre el mercado de los canales temáticos asociados a la integración de *Vía Digital* y *Sogecable*.

Por lo que se refiere a las **concentraciones conglomerales**, vimos que, tras examen de los diversos mercados de contenidos, prácticamente sólo cabía imaginar como hipótesis de alguna importancia la de una integración conglomeral entre un proveedor de contenidos *Premium* y otro de contenidos no *Premium* y, en especial, de integración entre un *major* norteamericano y una editora de canales temáticos (p.e., los *output deals* introducían cláusulas de vinculación entre grandes estrenos y canales temáticos). No obstante, vimos que en las fuentes normativas (p.e., Anexo II del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado mediante Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero) se exigía para la evaluación de posibles efectos anticompetitivos en estos casos la superación de la cuota de mercado del 25 % en los dos mercados complementarios o adyacentes. Como lo anterior no llegaría a darse en nuestro caso, no resultaría entonces necesaria esa evaluación.

(2) En materia de prácticas restrictivas

(a) Abusos de posición dominante

Inciendiando ya sobre los riesgos de abuso de posición dominante dentro de los mercados de los contenidos en España, habría que empezar por descartar el riesgo de tal práctica restrictiva dentro de los mercados de los ***contenidos no Premium***, al tratarse de mercados bastante competitivos y con un índice bajo de concentración donde no existen posiciones dominantes de las que se pueda llegar a abusar.

La situación podría cambiar en el caso de los mercados de los ***contenidos Premium cinematográficos***. En este mercado los *majors* no disfrutarían de una posición dominante individual, pero sin duda sí de otra de carácter colectivo de la que podrían llegar a abusar mediante la imposición colectiva de las condiciones de los *output deals*. La existencia de fortísimas barreras de entrada de tipo económico en este mercado de las superproducciones llevaría a que esa posición dominante se dotara de la necesaria estabilidad o permanencia. Otros factores servirían para apuntalar esa posición dominante colectiva: la capacidad de diversificación del riesgo atendiendo a la posición de los *majors* en varios mercados geográficos además del estadounidense; su posibilidad de acceso a los recursos financieros y comerciales (red de distribución); la fuerte presencia de su marca; su integración en grupos empresariales muy potentes o, incluso, la situación de dependencia económica en que pudieran encontrarse las plataformas española de TV de pago respecto de ellos, pues sin

películas de Hollywood en la parrilla resulta muy complicada la supervivencia en el mercado de la TV de pago.

Cabría, por tanto, que los grandes estudios llegaran a protagonizar una explotación abusiva de su posición dominante. El carácter ilícito de esa explotación habría posibilidad de que llegara a vincularse no sólo con las normas de los Tratados que buscan preservar el juego de la competencia, sino además con la denominada excepción cultural y con los objetivos vinculados a la protección de la producción audiovisual europea y española. El resultado lesivo para el juego de la competencia asociado a la práctica restrictiva derivaría en este caso más del abuso explotativo frente a los operadores de TV de pago que del abuso de exclusión de unos *majors* frente a otros. Lo anterior llegaría a traducirse en un empeoramiento de los parámetros competitivos en perjuicio de los abonados a TV de pago, que se verían obligados a disfrutar de menos películas o a hacerlo a precios más caros o a recibir servicios de TV de pago menos novedosos o menos variados.

De lo que se acaba de decir resultaría que los riesgos en el mercado de los contenidos *Premium* se asocian principalmente al abuso explotativo aguas abajo frente a las plataformas de TV de pago. Estos abusos explotativos tenderían a ser de carácter mixto o anticompetitivo, al colocar a unas plataformas de TV de pago en desventaja frente a sus competidores en el mercado de la TV de pago. Cabría que el mismo llegara a traducirse en la imposición de precios excesivos a alguna o algunas de las plataformas de TV, en la aplicación de otras condiciones no equitativas (degradaciones de la calidad de los productos vendidos, etc.) o discriminatorias (p.e., la aplicación a un cableoperador de condiciones diferentes que a la plataforma de TV de pago por satélite) o en el recurso a contratos ligados (p.e., condicionando la venta de los grandes estrenos a la compra de canales temáticos) o en el abuso de los derechos de propiedad intelectual disfrutados sobre los *films* (p.e., por el hecho de no cederse para su explotación a través de una ventana novedosa como sería la TV móvil).

En lo que atañe al riesgo de abusos de posición dominante dentro del mercado español de los *contenidos Premium deportivos*, habría que establecer diferencias según que nos encontráramos ante uno u otro de los cuatro niveles definidos más arriba:

- 1.º **Nivel de venta de derechos por cada uno de los clubes.** En este nivel vimos que no cabe hablar de posiciones dominantes de uno o varios clubes frente a otros, pues a todos ellos asiste un derecho de veto respecto a la emisión de los partidos que disputen como visitantes y porque ni siquiera los clubes con una mayor base de aficionados (*Real Madrid* y *Barcelona*) pueden actuar con independencia de los más modestos. Lo anterior, sumado tal vez al fuerte poder de compra de las plataformas de adquisición de derechos (ya sea *AVS* ya *Mediapro*), permite excluir el riesgo de abuso de posición dominante individual o colectiva por parte de los clubes de fútbol en este nivel.
- 2.º **Nivel de compra de derechos a los clubes.** En este nivel hay que partir de la posición dominante disfrutada primero por *AVS* y luego por *Mediapro* en el mercado de compra de derechos deportivos al calor del sistema híbrido español de adquisición de derechos que alimenta la creación de situaciones de monopsonio.

Lo anterior da lugar a abusos explotativos aguas arriba, pues la plataforma mayoritaria quedaría en una posición de especial fuerza frente a los clubes que hubieran descolgados en la venta de sus derechos, pues esa venta no conferiría el derecho a

retransmitir los partidos en los que intervinieran también los equipos en la cesta del adquirente mayoritario (por efecto del derecho de veto). Por la falta de demanda, esos clubes, con sus derechos aún sin ceder, serían especialmente vulnerables a abusos explotativos de la plataforma mayoritaria (precios excesivamente bajos, plazos excesivamente largos de cesión, aplicación de condiciones discriminatorias, etc.).

También, por las mismas razones, cabría que llegaran a darse abusos de exclusión protagonizados por la plataforma mayoritaria de derechos frente a otros compradores potenciales con un menor poder de mercado y que pudieran llegar a verse excluidos del mercado de compra. Esos otros compradores podrían llegar a verse sin incentivos a la hora de adquirir derechos de esos otros clubes ante el temor de no llegar a poder rentabilizarlos por efecto del veto del club visitante cuyos derechos se encontraran ya en manos de la plataforma mayoritaria.

Estos riesgos de abuso se habrían visto en gran medida atenuados a raíz de la intervención de la autoridad nacional de la competencia con las medidas adoptadas en casos como *Vía Digital* o *AVS III*, que habrían supuesto la limitación a 3 años de la duración de los contratos exclusivos con los clubes y la eliminación de los mecanismos de adquisición preferente para abrir el mercado y contribuir a eliminar posiciones de incumbencia relativa en este nivel (fueron precisamente las medidas adoptadas en el primero de esos dos casos las que permitieron a *Mediapro* acceder al mercado desplazando a *AVS*).

- 3.º **Nivel de puesta en común de derechos de los clubes.** Aquí cabría imaginar la práctica abusiva consistente en que la plataforma mayoritaria de derechos no permitiera que el adquirente minoritario en el mercado primario aportara sus derechos sobre ciertos clubes al *pool*, con vistas a obtener como compensación los derechos de emisión sobre ciertos o determinados partidos, toda vez que la titularidad de los derechos de un club no confiere el derecho a retransmitir ningún partido si no se cuenta también con los del club visitante. Este tipo de situaciones, sin embargo, es difícil que se mantengan en la práctica, pues terminará prevaleciendo el interés de unos y otros por que los derechos de ningún club queden sin explotar a fin de permitir su rentabilización, para lo que será normal que lleguen las partes a ponerse de acuerdo.
- 4.º **Niveles posteriores de la asignación de partidos por el pool y reventa de derechos.** Podría pensarse en abusos de posición dominante explotativos de carácter mixto o anticompetitivo cuando el *pool* de derechos (respecto de las unidades partidos cuyos derechos mantuviera) u otros adquirentes ulteriores (respecto de los partidos que les hubieran sido asignados por el *pool*) no quisieran revenderlos o sublicenciarlos a favor de determinados organismos de difusión, dificultando la permanencia de estos en el mercado de la TV de pago o en el de la publicidad televisada (TV en abierto), al no disponer de un insumo esencial para sobrevivir en estos. Ejemplos reales de abusos en este nivel podrían ser los estrechamientos de márgenes protagonizados por *Sogecable* frente a los cableoperadores, las denegaciones de suministro de partidos por parte de *Mediapro* a las cadenas en abierto (*Telecinco* o *Antena 3*) o la vinculación por *Mediapro* de la venta de contenidos a la adquisición de servicios de transmisión de señal audiovisual (conducta denunciada por la filial audiovisual de *Telefónica* ante la Comisión Nacional de la Competencia).

Cabría así concluir que en todos los eslabones de la cadena de valor que termina con la emisión de partidos de fútbol a través de cualquier forma de comunicación audiovisual, el sistema español de derecho de arena con veto del club visitante, al fomentar el monopsonio y al alzar fortísimas barreras de entrada de tipo económico, viene a ser una buena base para toda clase de abusos de posición dominante. Otros factores, como el alto grado de integración vertical existente en los ejes *AVS-Sogecable*, *Mediapro-La Sexta* y *Mediapro-Gol TV*, con el riesgo inherente de creación de posiciones de portero (*gatekeepers*) y de efectos bola de nieve, el hecho de ser el fútbol un insumo esencial para operar en los mercados descendentes, etc. contribuirían a agravar esta situación.

(b) Cáteles

En cuanto al riesgo de cártel dentro de los mercados españoles de los contenidos, podría concluirse lo siguiente. En los mercados de los *contenidos no Premium*, el riesgo de lo anterior no resultaría especialmente importante, toda vez que se trata de mercados muy competitivos y desconcentrados, en los que no tendrán sentido los cáteles entre competidores, ni tan siquiera por la intención.

En cambio, sí cabría, perfectamente, que llegaran a darse los casos de cártel dentro del mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos, figura que rayará con la del abuso de posición dominante colectiva a que se ha hecho también referencia. El cártel, en este caso, podría revestir cualquier forma consensual, desde los simples pactos entre caballeros hasta los acuerdos jurídicamente vinculantes. Cabrían también fórmulas intermedias como las prácticas concertadas (donde el elemento consensual no llegue al extremo del acuerdo expreso jurídicamente vinculante) o las conscientemente paralelas (en el caso de que no pueda constatarse ningún elemento consensual y, sin embargo, el paralelismo de conductas, por ejemplo en cuanto a la duración de los *output deals*, no pueda razonablemente explicarse en función de las circunstancias del mercado). Además, dado el poder de los grandes estudios y la concentración del mercado, lo normal será que la práctica concertada o acuerdo lleguen a generar una afectación real y sensible del juego de la competencia en el mercado.

Por otra parte, cabría que el cártel pudiera llegar a consistir en la aplicación de condiciones discriminatorias a unos adquirentes de derechos respecto a otros, en la vinculación de la compra de grandes estrenos a la de otros productos (canales temáticos), en la fijación de precios mínimos, en el establecimiento de otras condiciones de la transacción como, por ejemplo, la reiterada de la duración mínima del *output deal*, de limitación de la cantidad o de la calidad de la producción o de intercambio de información (p.e., en cuanto a la fecha de expiración de los diversos acuerdos escritos con los operadores audiovisuales). Más difícil resultaría que llegara a plantearse un reparto de mercados, pues los *output deals* comprenden toda la producción del *major* a lo largo de un periodo muy dilatado de tiempo y para todo el mercado geográfico nacional. Por otra parte, lo habitual será que tales prácticas se den de modo combinado (p.e., en Expte. 588/2005 – Distribuidores de cine se combinaban el reparto del mercado, limitaciones temporales de producción y la fijación de precios con una práctica de intercambio de información).

Pasando al examen de los riesgos de cártel en el mercado español de los *contenidos Premium deportivos*, nos limitaremos a la competición de Liga y partiremos de la realidad del sistema híbrido español de derecho de arena con derecho de veto del club visitante para pasar a diferenciar cada uno de los niveles:

- 1.º **Nivel de la venta de derechos por los clubes de fútbol.** Como en derecho español, la titularidad de los derechos corresponde al club anfitrión, habría que concluir que el pacto de veto del visitante responde ya de por sí a un acuerdo horizontal entre los clubes. Con independencia de que las particularidades de ese pacto no permita incardinarlo exactamente en alguna de las categorías previstas en el Art. 101 por el hecho de participar de los elementos de varias (fijación de precios en la medida en que permite a los clubes visitantes influir en la formación de los mismos; fijación de otras condiciones de la transacción consistente en que para poder comprar los derechos del partido sea necesario contar con el consentimiento de dos clubes y no sólo de uno; limitación de la producción, pues el club anfitrión, de no ser por el veto, podría vender los derechos por sí solo; vinculación, pues se fuerza al adquiriente a hacerse con los derechos de los dos clubes en liza y no sólo de uno, etc.), sería indudable su encaje en dicho precepto por la virtualidad de dicho acuerdo para restringir el juego de la competencia. Otra cosa es que dicho acuerdo pueda justificarse en sede de eficiencias: refuerzo de la posición de los clubes más modestos, creación de una única ventana de comercialización que permita al abonado disfrutar de todos los partidos (es la existencia del veto lo que alimenta la concentración de derechos en el *pool*), la contribución a que no queden derechos de ningún club sin explotar, etc.

Fuera de lo anterior, otros acuerdos, como los de venta conjunta, tendrían sentido sólo entre los clubes más modestos y para compensar el poder del lado de la demanda, pues en el caso de los más grandes no tendrían esta necesidad de acudir a esas fórmulas. En estos acuerdos podrían apreciarse todas las eficiencias posibles en los acuerdos de venta conjunta: rebaja de los costes de transacción derivados de la formalización de contratos separados para cada club; fortalecimiento de la posición de los clubes más modestos que podrían fichar a mejores jugadores (haciendo más atractivo el campeonato); compensación del poder de mercado del lado de la demanda; el menor escalonamiento en la salida de los derechos al mercado que contribuiría a compensar las posiciones de incumbencia relativa; etc.

- 2.º **Nivel de la compra de derechos por los clubes.** En este nivel, el riesgo hay que cifrarlo, sobre todo, en la posibilidad de pactos de no competencia entre licitadores para no acudir al mercado de compra de derechos a los clubes. Esto puede llevar a la concentración del lado de la demanda como una forma de compensar el poder de los clubes del lado de la oferta. Es más, esta clase de confabulaciones entre adquirientes para falsear las condiciones de la puja frente a los clubes fueron apreciados en el caso *AVS III/colusión* en el que las partes se comprometían a no competir en el futuro en la adquisición de contenidos con el fin de respetarse en sus respectivas parcelas, la de la TV de pago para el grupo audiovisual *Sogecable/AVS/Digital Plus* y la de la TV en abierto para el grupo *Mediapro/La Sexta*. La gravedad de los pactos de no competencia en este mercado de compra, que vendrían a conformar pactos de no competencia por el objeto, haría casi imposible considerar la existencia de eficiencias.
- 3.º **Nivel intermedio de puesta en común de derechos.** En este nivel hay que situar el núcleo del riesgo de reparto de las fuentes de abastecimiento o de los mercados descendentes de la reventa y de la difusión entre los diversos titulares de derechos, pues lo normal será que el *pool* mayoritario de derechos pacte acuerdos con los otros adquirientes, pudiendo reservarse el *pool*, por ejemplo, las emisiones de pago y esos otros adquirientes las emisiones en abierto (lo que, como venimos diciendo, sucedió en

el caso *AVS III*). Nuevamente, la gravedad de esta práctica anticompetitiva haría imposible apreciar cualquier hipotética eficiencia.

- 4.º **Nivel de la asignación de partidos o reventa de derechos**. En este nivel, la colusión horizontal cedería ya su protagonismo a la vertical. Bien cada operador recibiría del *pool* partidos a consecuencia de acuerdos ya alcanzados en el nivel intermedio, bien lo importante serían ya los acuerdos verticales de suministro exclusivo a favor de la plataforma de difusión vinculada (p.e., *Sogecable/AVS* suministraría partidos en exclusiva para TV de pago a favor de *Digital Plus*).

(d) Acuerdos verticales

Pasando ya a ocuparnos del riesgo de acuerdos verticales respecto de los mercados de los contenidos la evaluación sería la que se pasa a exponer. Habría, en primer lugar, una serie de **cuestiones de índole más o menos general**: **(i)** la compatibilidad entre toda la doctrina del abuso de posición dominante y la que se refiere a la colusión vertical como cuando, por ejemplo, *AVS*, con posición dominante en derechos deportivos, protagonizara acuerdos exclusivos con ciertos operadores que supusieran la exclusión de otros del mercado descendente de la comunicación audiovisual; **(ii)** el carácter menos dañoso de la colusión vertical (p.e., un acuerdo entre un *major* y una plataforma de TV) que la horizontal (p.e., un acuerdo entre dos *majors*); **(iii)** ubicación del riesgo de colusión vertical en las relaciones entre proveedores de contenidos y operadores audiovisuales, principalmente, sin necesidad de remontarse a los acuerdos verticales con otros proveedores situados por encima de los primeros en la escala de valor; **(iv)** riesgo de restricción de la competencia intramarca entre operadores audiovisuales distribuidores de una determinada marca de contenidos (en caso, p.e., de un suministro exclusivo) o de la competencia intermarcas entre proveedores de contenidos (en caso, p.e., de una cláusula de no competencia en virtud de la que una plataforma importante de TV se comprometa a no comprar canales temáticos a otros proveedores distintos del concertado); **(v)** el hecho de tratarse, en el caso de los de los contenidos, de mercados intermedios supondrá que los efectos restrictivos netos para el juego de la competencia de los acuerdos que se proyecten sobre los mismos sean menores que en el caso de los que se proyecten sobre los mercados descendentes.

En cuanto a la posible **aplicación del Reglamento de Exención por categorías**, vimos que había que diferenciar según cuál fuera la clase de mercados de contenidos a que hubiéramos de referirnos para dictaminar sobre las cuotas de mercado:

- i. En el caso de **contenidos Premium cinematográficos**, la fuerte posición de los *majors* en el mercado de venta y su actuación coordinada, prácticamente, excluirían toda posibilidad de aplicar el Reglamento de Exención por Categorías.
- ii. En el caso de los **contenidos Premium deportivos**, habría que diferenciar según cuál fuera el nivel.
 - a. En el **nivel de venta de derechos por los clubes/compra por los adquirientes originarios**, dado que ningún club llegaría a tener más del 30 % del mercado de venta de derechos y que el adquiriente podría ser un minoritario con menos de un 30 % del mercado de compra (si fuera, p.e., un *broker* de derechos), cabría pensar, inicialmente, en la no superación de los umbrales. Sin embargo, como, en el sistema español el derecho de veto del club visitante fomenta la total puesta en común de derechos en el *pool*, resulta prácticamente imposible que ese

adquiriente minoritario no aporte los derechos adquiridos al *pool*, por lo que habría que sentar la inaplicabilidad de la exención por categorías a cualquier acuerdo vertical en este nivel por el efecto acumulativo de las prácticas restrictivas.

- b. En el nivel de la puesta en común/adjudicación de partidos, es decir, en el acuerdo entre el *pool* y el adquiriente minoritario para que el segundo ceda al primero sus derechos sobre un club contra la asignación de unidades partidos, la fuerte posición del *pool* en el mercado valdría ya para excluir la posible aplicación del Reglamento de Exención por categorías.
 - c. En el nivel de reventa de derechos, partimos de lo normal en el mercado español, es decir, que tras la puesta en común, hubieran quedado como titulares de esos derechos ya *AVS/Sogecable* ya *Mediapro*, que podrían ceder derechos sobre partidos concretos a los difusores que no hubieran pujado en el mercado primario, toda vez que los que lo hubieran hecho ya habrían adquirido derechos sobre los partidos en el nivel mencionado en la letra anterior para difundirlos principalmente ellos mismos (sin cesiones a los competidores). Dado que, en este nivel, las cuotas de mercado del lado de la oferta de esos dos agentes económicos (*Mediapro* y *AVS/Sogecable*) rebasarían el 30 %, también habría que concluir la inaplicabilidad de la exención por categorías.
- iii. En el caso de **contenidos no Premium** (canales temáticos, u obras audiovisuales para TV en abierto o de pago), normalmente cualquier proveedor de esta clase de contenidos tendrá una cuota por debajo del umbral del 30 % del mercado de venta, y esto, sumado al hecho de que cualquier difusor probablemente disfrutara de menos del 30 % del mercado de compra, haría imaginable la aplicación de la Exención por categorías.

No obstante lo anterior, aunque la CNC lo negara en el asunto *AVS III*, cabe considerar que tales acuerdos verticales tendrían por objeto principal la cesión de derechos de propiedad intelectual, que sería una de las hipótesis previstas en el Reglamento como excluidas de la Exención por categorías, por lo que el factor de la cuota de mercado no llegaría a ser de tanta importancia dado que, con independencia de él, la exención no podría llegar a ser aplicable. Lo anterior, obvio es, no significa que el acuerdo en cuestión no pueda llegar a ser declarado lícito por la autoridad de la competencia pese a no ser aplicable la exención por categorías.

En cuanto a la existencia de poder de mercado, considerando las autoridades de la competencia que no puede existir poder de mercado por debajo del umbral del 15 %, se observó que: (i) en contenidos *Premium* deportivos y cinematográficos lo más normal era que tanto el proveedor como el comprador (difusor de TV de pago) dispusieran de una cuota por encima de ese límite en su mercado respectivo; (ii) en el mercado de la edición y comercialización de canales temáticos y en el de las obras audiovisuales para TV, lo más probable era que el proveedor, no así el comprador, disfrutase de una cuota por debajo de ese umbral.

Por otra parte, en virtud de la Comunicación de minimis, el hecho de que las partes del acuerdo vertical no llegaran a disfrutar de una cuota por encima del 10 % determinaría que el acuerdo no llegara a producir una afectación del juego de la competencia, salvo que se tratara de alguna de las restricciones especialmente graves tipificadas en la misma Comunicación. Como en todos los demás casos se superaría el umbral del 10 %, la existencia de tales prácticas restrictivas especialmente graves podrían imaginarse en el caso de un acuerdo entre un proveedor, p.e., de canales temáticos y una plataforma de TV que los comprara (cabría

pensar en un acuerdo vertical de mantenimiento de precios entre empresas no competidoras cuando, por el efecto red, más del 30 % del mercado estuviera cubierto por acuerdos similares o en ese mismo acuerdo entre competidoras que actuaran en diferentes niveles de la cadena, p.e., *Sogecable* estaba presente en canales temáticos y podía celebrar un acuerdo vertical con *Telefónica*, con la que competía también en TV).

En cuanto a los efectos anticompetitivos de los acuerdos verticales entre proveedores de contenidos y operadores situados en los mercados descendentes de la comunicación audiovisual, los riesgos serían la exclusión de los proveedores competidores en los mercados de los contenidos o las plataformas de TV clientes en los mercados de la TV. Esta reducción de la competencia intermarcas en los mercados ascendentes o descendentes o, lo que es lo mismo, la concentración de esos mercados puede contribuir a alimentar la colusión en los mismos. Del propio modo, se llegaría a dar una restricción sensible de la competencia intramarca entre plataformas audiovisuales “distribuidoras” de una cierta marca de contenidos.

Los factores de modulación de tales efectos anticompetitivos dependerían según nos halláramos ante mercados *Premium* o no. En los primeros se haría más perceptible el efecto restrictivo para el juego de la competencia por la más fuerte posición de los proveedores en los mercados ascendentes; por la más débil posición de sus competidoras; por el menor efecto compensatorio del poder de mercado del lado de las plataformas demandantes de contenidos (p.e., será mayor frente a una editora de canales); porque las barreras de entrada, principalmente las de tipo económico, resultarían mucho más elevadas; porque el factor marca juega un papel mucho más importante; etc.

Del propio modo, habría que prestar atención a la existencia de posibles eficiencias, a las que los acuerdos verticales son más proclives que los horizontales. En cuanto a las eficiencias asociadas a la obtención de ahorros de costes, si pensamos, por ejemplo, en los *output deals* con los grandes estudios, la existencia de fortísimas barreras de entrada en torno a esos mercados hace muy difícil imaginar que las economías de escala obtenidas por la comercialización de toda la producción correspondiente a un periodo dilatado de tiempo pudieran llegar a traducirse en una rebaja de los precios aplicados a los abonados a TV de pago. Los acuerdos verticales, p.e., de suministro exclusivo por parte de *Mediapro* de los derechos sobre los partidos a su propia filial audiovisual (*Gol TV*) podrían ser la forma de evitar el parasitismo de otros operadores que no hubieran asumido el riesgo de invertir fuertes sumas en la adquisición de los derechos directamente de los clubes. Los acuerdos verticales entre proveedores de contenidos *Premium* y operadores de plataformas de TV móvil podrían ser la forma de ayudar a la apertura de estos mercados emergentes.

En cuanto a la eficiencia consistente en que el acuerdo vertical pudiera ayudar a resolver problemas de cautividad aunque, teóricamente, cabría pensar en que la realización de grandes inversiones por parte de los proveedores de contenidos *Premium* (fichajes de estrellas por clubes de fútbol, inversiones para las grandes superproducciones, etc.) les podría facultar para imponer restricciones verticales (p.e., cláusulas de no competencia que obliguen al comprador de derechos a no adquirirlos de la competencia) para así recuperarse de la inversión, faltaría, no obstante, uno de los factores que se exigen en las Directrices de la Comisión para considerar esta eficiencia, a saber: que se trate de inversiones orientadas hacia un específico cliente que coloque al proveedor en una situación de dependencia económica respecto de él. Finalmente, sí podría darse la eficiencia consistente en contribuir a crear una

imagen de marca e incrementar la uniformidad y las ventas a raíz de la inclusión de contenidos *Premium* en la parrilla de ciertas cadenas.

En cuanto al riesgo de acuerdos de marca única, que son los que inducen al cliente a centrar sus pedidos en cierto proveedor, dentro del mercado español de los contenidos habría que comentar lo siguiente.

Cabría pensar en la existencia de cláusulas de no competencia por las que una plataforma de TV hubiera de adquirir más del 80 % de sus pedidos de determinado proveedor de contenidos, sin embargo, por las razones que en su lugar se expusieron, es difícil que lo anterior llegue a darse: **(i)** en mercados *Premium* cinematográficos, los grandes estudios suelen vender conjuntamente su producción; **(ii)** en mercados *Premium* deportivos podría lo anterior imaginarse en los niveles de reventa de derechos sobre los partidos, principalmente, entre la plataforma mayoritaria de derechos y su filial audiovisual (P.e., *Mediapro/Gol TV*); **(iii)** los proveedores de contenidos no *Premium* carecen del poder de mercado necesario para imponer una cláusula de no competencia; etc.

En cuanto a las cláusulas de imposición de cantidades fijas, difícilmente podrían llegar a darse en los mercados no *Premium*, por los mismos motivos, a saber, por la falta de poder de mercado de los proveedores. En cambio, sí cabría que estas restricciones verticales pudieran llegar a apreciarse en los *output deals* de los grandes estudios norteamericanos y en las ventas de los derechos deportivos, tanto por clubes como por partidos, por un número mínimo de temporadas. Como consecuencia de lo anterior puede llegar a resentirse el juego de la competencia entre contenidos audiovisuales dentro de la parrilla de programación. Lo anterior puede llegar a verse agravado por el hecho de encontrarse el mercado cubierto por una red de acuerdos similares y por el de estar bordeado por fuertes barreras a la entrada. En todos estos casos, ya sabemos que las autoridades de la competencia imponen restricciones temporales para estas clases de acuerdos verticales.

Pueden también darse acuerdos verticales de vinculación con incidencia en los mercados españoles de contenidos. Lo anterior se dará más en los mercados de carácter *Premium* que en los que carecen de esa cualidad pues, en estos últimos, resulta más difícil que los proveedores cuenten con un poder de mercado suficiente para imponer la adquisición del producto vinculado. En el caso de los contenidos *Premium* deportivos la intervención de las autoridades de la competencia en los casos *Gol Televisión* y *AVS III* ha limitado el alcance de la vinculación, sobre todo en el mercado de la reventa, al imponer restricciones temporales y la formación de paquetes de derechos para las diversas ventanas de explotación (TV de pago, TV móvil, internet, etc.). El riesgo de estas cláusulas se mantiene, sin embargo, en el caso de los contenidos *Premium* cinematográficos en los que los grandes estudios condicionan la celebración del *output deal* a la adquisición de otros contenidos sin valor *Premium*.

Los acuerdos de vinculación pueden producir la exclusión en el mercado del producto vinculado porque, por ejemplo, los productores de canales temáticos no podrán competir con los vinculados por los grandes estudios a sus *films* (estos últimos son utilizados como producto palanca). Pero también pueden tener un cierto efecto excluyente, aunque menos intenso, en el mercado del producto vinculante cuando el producto vinculado aporte un factor de diferenciación o añada un plus al producto vinculante. Estos efectos de exclusión se verán naturalmente agravados por la concentración y barreras de entrada que los mercados *Premium* suelen presentar. Lo anterior determinará que los efectos anticompetitivos no

puedan llegar a verse neutralizados por posibles eficiencias como las derivadas de la comercialización uniforme de servicios a la que la vinculación pudiera llegar a contribuir.

En lo que se refiere a las restricciones verticales pertenecientes al antiguo grupo de distribución limitada, no tienden a tener mucha importancia las restricciones verticales de distribución exclusiva, donde el proveedor vende al cliente bajo la condición de que este último revenda sólo en determinado territorio, pues la comercialización de contenidos tiende a hacerse sin compartimentación por territorios (p.e., los grandes estudios venden sus películas para todo el mercado nacional, etc.). En parecido sentido, tampoco tendrían una excesiva importancia las restricciones verticales de distribución selectiva, toda vez que la venta de contenidos no suele condicionarse a circunstancias como sería, por ejemplo, la de que la plataforma de comunicación audiovisual alcanzara determinados niveles de audiencia. Podrían, en cambio cobrar un cierto sentido las asignaciones exclusivas de clientes, donde el proveedor de contenidos podría condicionar la reventa por su cliente a terceros al hecho de que estos últimos pertenecieran a cierto grupo, por ejemplo, internautas, televidentes, usuarios de telefonía móvil, etc.

Asimismo, cabe imaginar la existencia de cláusulas de suministro exclusivo con incidencia sobre los mercados de los contenidos, cuando un proveedor de los mismos hubiera de venderlos, principal o únicamente, a cierto prestador de servicios de comunicación audiovisual o algún intermediario de derechos. Cabría como variante de lo anterior que se acuerde el suministro de cierta cantidad por parte del proveedor a favor de determinado cliente, lo cual tenderá a darse, sobre todo, en el caso de contenidos sin valor *Premium*, en los que la cantidad puede ser más importante que la marca.

Los acuerdos de suministro exclusivo pueden tener el efecto de excluir a otros posibles adquirientes del mercado de compra del insumo, fundamentalmente, en los mercados *Premium*, en los que la plataforma compradora de derechos deportivos (*AVS*) y la plataforma mayoritaria de TV de pago (*Sogecable*) disfrutarían del poder de compra bastante como para excluir a otros potenciales adquirientes. A consecuencia de lo anterior, llegarían a darse también exclusiones en los mercados descendentes de la reventa del contenido o de la comunicación audiovisual en los que determinados agentes estarían desprovistos de los insumos necesarios para sobrevivir en los mismos, alimentado lo anterior por la existencia también de posiciones dominantes en esos niveles.

También, cuando los mercados ascendentes de los contenidos y los descendentes de su reventa o de la comunicación audiovisual se encuentren copados por esta clase de acuerdos, cabrá que llegué a fomentarse la colusión, tanto en los niveles ascendentes como en los descendentes (por ejemplo, en la comercialización de contenidos *Premium* deportivos habría colusión horizontal entre los clubes en el mercado primario de la oferta de derechos, al implantar el derecho de veto, y entre *Mediapro* y *AVS/Sogecable* en los mercados posteriores en los que se repartieron los derechos para TV de pago y en abierto; también la habría entre los grandes estudios en el mercado de los contenidos *Premium* cinematográficos).

También, a consecuencia del suministro exclusivo, llegaría a darse una limitación de la competencia intramarca entre las plataformas de distribución de cierta marca de contenidos y, como consecuencia, una restricción de la competencia intermarcas en los mercados descendentes de la comunicación audiovisual, lo que nos conduciría al riesgo de exclusión en los mercados descendentes comentado más arriba.

Los factores más pertinentes de valoración de esta clase de restricción vertical de los citados en las Directrices serían la duración del acuerdo (por debajo de los 5 años habría que calibrar los posibles efectos anticompetitivos), el poder de compra de los competidores (muy débil – como hemos visto – salvo en el caso de los contenidos no *Premium*), las barreras de entrada (muy elevadas en mercados *Premium*), el poder de mercado de los proveedores (que tiende a darse en mercados *Premium* llevando a que, junto a la cláusula de suministro exclusivo, coexista otra de no competencia por la que el comprador se obligue a no comprar de otro proveedor diferente), la homogeneidad del producto (el mayor valor diferenciador y de marca de los contenidos *Premium* llevaría a un mayor efecto de exclusión) o las eficiencias (que no tienden a considerarse en los acuerdos de suministro exclusivo de contenidos, pues las autoridades de la competencia entienden que los adquirientes de contenidos no se ven obligados a afrontar inversiones especialmente fuertes a fin de revenderlos o de explotarlos).

Terminando con el riesgo de restricciones verticales en los mercados de los contenidos relacionadas con el **grupo de mantenimiento del precio de reventa**, el mismo quedaría limitado a los casos de proveedores de contenidos con un poder suficiente como para imponer, o al menos recomendar, a sus clientes precios fijos, mínimos o máximos. Lo anterior prácticamente limita el riesgo en el mercado español al caso de proveedores de contenidos *Premium* deportivos o cinematográficos, sin embargo, tal y como vimos, prácticamente no existen antecedentes en los que ese riesgo haya llegado a concretarse.

(e) Acuerdos de cooperación horizontal

En lo que concierne al riesgo de acuerdos de cooperación horizontal dentro de los mercados de los contenidos en España, habría que observar lo siguiente.

En primer lugar, no tendría un excesivo sentido plantearse la existencia de acuerdos de I + D o transferencia de tecnología en estos mercados y, por la misma razón, no jugaría un papel excesivamente importante la exención por categorías relacionada con dichos acuerdos. En cambio, sí podría cobrar sentido el plantearse la exención por categorías prevista para los acuerdos de especialización, pues cabe imaginar que dos o más proveedores de contenidos celebren acuerdos de especialización (uno se compromete a dejar de producir cierto contenido para pasar a adquirirlo del otro), de ampliación de la producción (uno se compromete a adquirir del otro ciertos contenidos, pero sin dejar de producirlos por sí mismo), etc. En los mercados más importantes, que son los *Premium*, es difícil que la cuota combinada de las partes en los mercados de contenidos se sitúe por debajo del umbral del 20 % que marca el Reglamento para permitir la aplicación de la Exención por categorías.

El efecto de la cooperación horizontal en los mercados españoles de los contenidos sería el habitual de la atenuación de la presión competitiva entre las partes concertadas y el de que las mismas puedan llegar a entrar en colusión. Los factores de ponderación serían también los habituales: la existencia de restricciones anticompetitivas por el objeto que la cooperación horizontal está llamada a encubrir; la estabilidad de las cuotas y la intensidad de las barreras de entrada (sobre todo en mercados *Premium*); el poder compensatorio de la demanda; el valor diferenciador o de marca del producto; la madurez de los mercados de los contenidos; la existencia o no de eficiencias; el grado de competencia residual, actual o potencial; el efecto acumulativo derivado de hallarse el mercado cubierto por una red de acuerdos similares; la duración del acuerdo; la reiteración; el hecho de actuar las partes en funciones de liderazgo de precios de los contenidos a los que el acuerdo se refiera; etc.

Partiendo de la escasa importancia de los acuerdos de I + D, transferencia de tecnología y estandarización en estos mercados, en los que el componente tecnológico no es muy importante, centramos nuestras reflexiones en los acuerdos de producción, en los de compra y en los de comercialización conjunta.

Partiendo de que, en el caso de mercados no *Premium*, lo más probable resultaría la aplicación de la exención por categorías, se dejó expuesto que, en el caso de mercados *Premium*, podían llegar a plantearse y estudiarse cualesquiera acuerdos de producción. Además, la particularidad de que los proveedores de contenidos cinematográficos no estuvieran también activos en el segmento descendente de la difusión llevaría a que, en estos casos, mercado afectado fuera sólo el de los contenidos y no los descendentes (*down stream markets*). En el caso de los contenidos *Premium* deportivos, por otra parte, los acuerdos de producción en común prácticamente no jugarían ningún papel.

Aparte de los efectos genéricos de la cooperación horizontal citados más arriba, un acuerdo de producción común entre dos *majors* no produciría el efecto propio de la producción común de incrementar los costes de los competidores de las partes en los mercados descendentes habida cuenta que, como hemos dicho, los grandes estudios no llegan a estar activos en los mismos (no se generaría riesgo, por ejemplo, de *price squeeze*). Para que un acuerdo de producción común entre dos grandes estudios pudiera ser lícito conforme a las directrices, prácticamente, las partes tendrían que ponerse de acuerdo sobre el volumen de la producción directamente afectada y no afectar dicho acuerdo a los parámetros competitivos relevantes del precio (por entrañar una fijación de precios) o de la cantidad (por implicar un recorte de la producción). Teniendo en cuenta cuál es el poder de mercado de los grandes estudios, resultaría en todo caso muy difícil que llegara a apreciarse la concurrencia de eficiencias, aunque sólo fuera por lo improbable de que las mismas llegaran a trasladarse al televidente consumidor final.

En cuanto a los acuerdos de compra conjunta, ya se ha dicho que los mismos podrían cobrar un especial relieve como medio de contrarrestar el poder de los proveedores de contenidos *Premium*. En contenidos de cine no han llegado a cuajar en España intentos de conformar plataformas de adquisición conjunta por parte de *Telefónica* y *Sogecable*. Respecto a los contenidos deportivos, tampoco han sido especialmente importantes al haberse arbitrado otros mecanismos para compensar el poder de los clubes vendedores (derecho de veto del club visitante que fomenta la concentración de derechos en una única plataforma de adquisición conforme a lo que se ha venido exponiendo). Por otra parte, en los niveles de reventa de derechos sobre partidos en concreto tampoco es lo habitual que lleguen a conformarse este tipo de plataformas para comprar derechos a la plataforma mayoritaria (p.e., *AVS* o *Mediapro*).

En cuanto a los acuerdos de comercialización, vimos ya que los acuerdos de distribución, inscritos dentro de esa categoría, no revestirían una excesiva importancia pues, más que una distribución de contenidos, lo que se da es una cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos. En cambio, los acuerdos de venta conjunta sí llegarían a tener una indudable trascendencia. Por lo que en su lugar se expuso, en los mercados españoles de los contenidos, los acuerdos de comercialización que podrían cobrar un mayor sentido serían los de venta conjunta de estrenos de *Hollywood* por parte de los *majors* y los de venta conjunta de sus derechos deportivos por parte de los clubes más modestos. Como estos últimos podrían ser lícitos ya de partida, como forma que tendrían esos clubes de sobrevivir

en el mercado, cabría que nos centráramos en los primeramente mencionados. Así, parece que cualquier acuerdo de venta conjunta de derechos concertado entre los *majors* podría llegar a entrañar una seria restricción al juego de la competencia al superar su cuota combinada el umbral del 15 % que marcan las Directrices. Además, razones similares a las referidas a los acuerdos de producción conjunta conducirían a que no hubiera lugar en estos supuestos para las eficiencias del Art. 101.3 TFUE.

vii) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de los contenidos y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

(1) En el caso Telia/Telenor

En lo que concierne al análisis de la estructura de los mercados de los contenidos y a la evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos, pasaremos a ocuparnos de cada uno de los casos planteados.

En el caso *Telia/Telenor* fue identificado como mercado de referencia el de la venta mayorista de derechos sobre contenidos en el que iba a estar activa *Newco*, la nueva compañía resultado de la integración de *Telia* y *Telenor*. No se facilitaban datos sobre las cuotas de mercado de las partes que permitieran deducir cuál sería la de la nueva compañía en ese mercado, si bien, en todo caso, ésta iba a ser muy importante y, junto con otros factores, podía llegar a determinar la existencia de posición dominante.

Newco, interponiéndose entre los organismos de radiodifusión y otros operadores de redes de comunicaciones electrónicas más pequeños que ella, podría exigir descuentos cada vez mayores a los primeros por la compra de sus contenidos y aplicar precios cada vez más elevados a los segundos por la reventa de esos mismos contenidos. *Newco*, como consecuencia de su posición dominante dentro del mercado de referencia, podría llegar a protagonizar abusos de exclusión (excluyendo a los organismos de radiodifusión del mercado de la venta de contenidos) y explotativos (imponiendo de forma unilateral condiciones no equitativas a los compradores de esos mismos contenidos).

Centrados en los aspectos horizontales de la concentración, los efectos anticompetitivos más importantes iban a ser los no coordinados derivados de la relajación de la competencia entre *Telia* y *Telenor* en el mercado de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos a otros cableoperadores de más reducida dimensión. Los no coordinados no eran, en cambio, significativos, al ser difícil que la nueva entidad llegara a coordinarse con otras en el mercado de referencia.

Pasando a centrarnos en los aspectos no horizontales de la operación, se dejó señalado que los aspectos conglomerales no eran relevantes, pues *Newco* no vinculaba la venta de contenidos audiovisuales a otros operadores más pequeños a la adquisición de otros productos situados en mercados adyacentes.

En cambio, los efectos verticales sí resultaban importantes pues *Newco* iba a estar presente en todos los eslabones de la cadena, lo que le permitiría bloquear el acceso de otros cableoperadores más pequeños a los insumos necesarios para competir con ella en el mercado minorista de la distribución de señal de TV a los telespectadores y bloquear el

acceso de los organismos de difusión televisiva a esos posibles clientes. Lo anterior se agravaba por el valor de los contenidos o señal audiovisual como insumo esencial para pervivir en esos mercados y por su importante valor diferenciador y de marca. La existencia de fortísimas economías de densidad, de escala y alcance en los mercados finales de la entrega de señal a los televidentes podía operar como estímulo y compensar las pérdidas que para *Newco* pudieran derivarse de la falta de venta de la señal a aquellos otros cableoperadores más pequeños.

No había neutralizadores significativos por la débil posición de los organismos de difusión con vistas a vender su señal a otros operadores sin pasar por *Newco* (titular de la red de distribución de señal audiovisual más desarrollada en la zona nórdica), por el débil poder de compra frente a *Newco* de los operadores de telecomunicaciones de reducida dimensión que adquirirían de ella la señal o contenido audiovisual o por la ausencia de eficiencias, pues lo previsible era que los organismos de radiodifusión, sin perspectivas de beneficio a consecuencia de la interposición de *Newco*, terminaran por degradar la calidad de sus contenidos.

Así en fin, en *Telia/Telenor*, los riesgos evidentes para el juego de la competencia dentro del mercado de referencia de la venta al por mayor de derechos sobre contenidos llevaron a que la operación sólo fuera autorizada tras el compromiso de las partes de deshacerse de sus secciones respectivas dedicadas a la distribución de señal de TV.

(2) En el caso UER

En el caso *UER*, ya vimos que no se profundizó por la autoridad de la competencia en el análisis estático de cada uno de los mercados nacionales europeos de derechos sobre eventos deportivos importantes para TV en abierto o de pago. En este caso primaba una aproximación dinámica al asunto basada en la existencia de cooperación y/o colusión horizontal. Desde esta perspectiva, el acuerdo entre los miembros de la *UER* podía implicar una compra conjunta en la que podía existir poder de mercado, tanto en el mercado directamente afectado de la compra de derechos como en los posteriores de la difusión y, tanto en unos como en otros, el efecto iba a ser el de la exclusión de los competidores. También podía haber especialización recíproca entre esos mismos miembros, pues cada uno de los miembros dejaría de producir la señal del partido para adquirirla del organismo designado y, habiendo poder de mercado como se acaba de decir, ello podía traducirse en la relajación de la competencia entre los miembros de la *UER* y su colusión a la hora de fijar las condiciones de sublicencia de los contenidos a los no miembros. Éste último aspecto reconduciría la cuestión hacia la existencia, también, de un pacto de venta conjunta donde podían llegar a darse fijaciones de precios o limitaciones de la producción. Para evitar estos riesgos, la Comisión impuso un régimen de sublicencias que, sin embargo, no fue considerado bastante por el TPIUE, como se vio.

(3) En el caso UEFA

En el caso *UEFA*, también se identificaba como mercado el de los derechos sobre eventos deportivos importantes para TV en abierto o de pago y tampoco en este pronunciamiento se realizaba un análisis estático de la estructura del mercado respecto a los diversos mercados nacionales europeos de producto. Los efectos sobre los mercados ascendentes de los derechos sobre contenidos deportivos se estudiaron conjuntamente con los que se daban en el mercado de los telespectadores, al que valdría con remitirse.

(4) En el caso AVS III/concentración

En el caso *AVS III*/concentración, el mercado afectado por la existencia de relaciones verticales era el de la adquisición y reventa de los derechos en directo sobre partidos de Liga y de Copa del Rey y de lo que se trataba era de un acuerdo entre *Sogecable* y *Mediapro* por el que la primera pasaba a tomar el control de *AVS* a cambio de que la segunda se hiciera beneficiaria de los derechos para el abierto. En este caso, sólo los aspectos concentrativos derivados de esa toma de control eran objeto de tratamiento por las autoridades de la competencia.

Prescindiendo de la estructura de los niveles ascendentes conformados por el mercado de la venta de derechos por los clubes y por el de compra de derechos a esos mismos clubes, se observaba en el nivel intermedio de la puesta en común y en el nivel posterior de la asignación de derechos sobre los partidos una posición dominante de *AVS* en el trienio anterior a la operación de toma de control. Esta posición dominante se veía fortalecida por el sistema híbrido español en el que, por las razones que se han venido reiterando, el *pool*, recurriendo a símiles de la Física, actuaba como un auténtico “agujero negro” de derechos (cuantos más derechos adquiría mayor era su masa y mayor también su capacidad de atracción sobre los derechos con los que aún no contaba).

Los efectos anticompetitivos unilaterales no resultaban especialmente significativos pues la posición dominante de *AVS* venía dada por la situación que acaba de describirse y la toma de control de la misma por *Sogecable* no iba a ser determinante con vistas a reforzar su posición de cara a los clubes en el mercado de compra de derechos.

Por el contrario, los efectos coordinados si iban a ser importantes por el riesgo de colusión horizontal en el nivel intermedio de puesta en común de derechos en el *pool*, en forma de reparto del mercado, entre *AVS/Sogecable* y *Mediapro*, de modo que la primera podía centrarse en los derechos para TV de pago y la segunda en los derechos para TV en abierto que facilitaría a *La Sexta*, en detrimento de *Cuatro*. El riesgo de estos efectos coordinados, vinculados a ese reparto de mercados, se había visto de algún modo alimentado por las limitaciones que enfrentaba *Sogecable* para retransmitir partidos en abierto por las restricciones impuestas en el acuerdo del Consejo de Ministros de 2005, que le autorizó la apertura de *Canal +* analógico, que pasaría a ser *Cuatro*, y también por las limitaciones del ACM de 2002 que, en el caso *Vía Digital*, había limitado a tres años la duración de los acuerdos de compra entre la misma *Sogecable* y los clubes.

La competencia potencial era muy endeble por el temor de los operadores a comprar derechos de los clubes en el mercado primario que luego no pudieran llegar a rentabilizar como consecuencia de no hacerse con un número bastante como para permitirles hacerse con una masa crítica de partidos que les permitiera rebasar los umbrales de rentabilidad.

El poder de compra de otros operadores audiovisuales, singularmente los cableoperadores, frente a *AVS* no era significativo, a pesar de que la intervención de las autoridades de la competencia había obligado a la propia *AVS* a conceder sublicencias a los mismos (ya se vio que éstos se habían venido quejando de estrechamientos de márgenes y otras prácticas anticompetitivas). En este sentido, dada la integración vertical entre *AVS* y *Sogecable*, lo más factible era que la primera privilegiara a la segunda en detrimento de otros eventuales adquirentes.

El poder negociador de los proveedores clubes quedaba, por otra parte, neutralizado a consecuencia de ese efecto red comentado que llevaba a una progresiva acumulación de derechos en el seno de *AVS*.

Finalmente, las eficiencias tampoco llegarían a ser importantes toda vez que la integración vertical en el eje *AVS/Sogecable/Digital Plus/Cuatro* y en el eje *Mediapro/La Sexta/Gol TV* llevaría aparejado un empeoramiento de las condiciones aplicadas a los abonados a TV de pago como consecuencia del denominado efecto “bola de nieve”.

Por todo ello, la restricción de la competencia a consecuencia de la concentración vertical era palpable en los mercados de los derechos deportivos. Por esta razón, el TDC abogó por que la limitación temporal de 3 años se aplicara a todos los contratos de cesión celebrados por los clubes, no sólo con *AVS*, si bien reconociendo que una medida tal iba más allá del expediente de concentración. En éste sí adoptó medidas que más que preservar la competencia en el mercado aguas arriba de la compra de derechos perseguían asegurarla en los mercados posteriores de la asignación y reventa de derechos sobre partidos (obligación de conceder sublicencias en condiciones no discriminatorias a otros operadores).

(5) En el caso AVS III/colusión

En el caso *AVS III/colusión*, un primer foco de colusión se situaba en los acuerdos verticales entre los clubes y ciertos operadores audiovisuales (*AVS*, *Sogecable*, *Mediapro*, *TVC*, *TVV* y *Telemadrid*) para la cesión en exclusiva de los derechos sobre partidos de Liga y Copa del Rey para las temporadas 2006/2007 y siguientes. Aunque la autoridad de la competencia admitió que tales acuerdos podían afectar también a los mercados descendentes, se centró en los efectos sobre el mercado ascendente de la compraventa de derechos a los clubes, pues el adecuado juego de la competencia aguas arriba facilitaría también el mismo aguas abajo en el mercado de la reventa de derechos sobre los partidos y de la comunicación audiovisual.

El enfoque más apropiado era el de entender que se trataba de acuerdos de suministro exclusivo, si bien, como advierten las Directrices sobre restricciones verticales, la convivencia del poder de mercado de los proveedores (los clubes) con el de los compradores (*AVS* o *Mediapro*) podía llevar a que coexistieran las cláusulas de suministro exclusivo con las del grupo de marca única (el Club se obligaba a no suministrar a otros compradores, pero éstos, como contrapartida, se obligaban, por ejemplo, a la adquisición de derechos por cierto número de temporadas).

La exención por categorías no resultaría de aplicación, a nuestro modo de ver, porque el acuerdo entrañaba la cesión de derechos de propiedad intelectual y, además, como observaba la autoridad de la competencia, por estar el mercado cubierto por una red de acuerdos similares.

El principal riesgo era el de la exclusión de los competidores del mercado de compra de derechos de los clubes y este riesgo se veía agravado por la fuerte posición de *Mediapro* y/o *AVS* en ese mercado de compra, y su presencia también en los mercados posteriores de la reventa de derechos sobre los partidos y de la comunicación audiovisual a través de *Cuatro/Digital +*, de *La Sexta/Gol TV*, etc.

Además, estos acuerdos alimentaban la colusión en todos los niveles: en la comercialización de contenidos *Premium* deportivos se apreciaba esto entre los clubes en el mercado primario de la oferta de derechos con la implantación del derecho de veto y en los mercados posteriores en el reparto de mercados (TV de pago y en abierto) arbitrado entre *Mediapro* y *Sogecable*.

Aunque las directrices fijaban en 5 años el tope por encima del cual el suministro exclusivo tendría efectos anticompetitivos en todo caso, la autoridad de la competencia fijó el límite máximo para los acuerdos en cuestión en 3 años atendiendo a una serie de factores como, por ejemplo, el citado de la cobertura del mercado por una red de acuerdos similares o la tendencia al oligopsonio en el mismo, las fortísimas barreras de entrada de tipo económico, el carácter del fútbol como insumo esencial para subsistir en el mercado de la TV de pago, etc.

No llegó a apreciarse la existencia de ciertas eficiencias invocadas por *Sogecable* en cuanto a que el suministro exclusivo era la forma de combatir el parasitismo de otros operadores que no arriesgaban acudiendo al mercado primario y optaban por lo más seguro que era acudir a la reventa. Lo anterior fue porque, según la autoridad de la competencia, esos otros operadores no podían acudir en condiciones de competencia al mercado primario, precisamente por la posición de incumbente relativo de *AVS* y por la progresiva concentración de derechos en dicha plataforma. Tampoco se planteaban problemas de cautividad: los clubes invertían mucho en fichajes, pero podían vender sus derechos a cualquier operador; por otra parte, quienes compraban derechos de los clubes tampoco es que tuvieran que hacer fuertes inversiones para su reventa o explotación.

En cambio, si había eficiencias relacionadas con el hecho de que el suministro exclusivo facilitara una explotación uniforme de derechos permitiendo que los abonados pudieran acceder a todos los partidos y que no quedara ninguno sin emitir. Por eso, se autorizaron estos acuerdos de suministro exclusivo, siempre que no excedieran del referido límite temporal de los tres años.

Como en el caso *AVS III/concentración* no habían sido tratados, un segundo foco de colusión era el que derivaba de los **aspectos cooperativos horizontales del acuerdo AVS III** y que suponían que *Sogecable*, *AVS*, *TVC Cataluña* y *Mediapro* ***no fueran a competir entre sí durante tres temporadas en la adquisición y reventa de los derechos*** de retransmisión en directo de partidos de fútbol de Liga y Copa de S.M. el Rey.

La autoridad de la competencia negó a estos pactos horizontales la consideración de restricciones accesorias a la operación de concentración *AVS III* de conformidad con la normativa comunitaria y apuntó que se trataba de restricciones de la competencia del llamado “núcleo duro”, *hard core restrictions*, y, además, en su manifestación más radical, pues tenían como objeto restringir la competencia en los mercados afectados, principalmente en el de compra de derechos a los clubes (Art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE). Dada la gravedad de esta restricción, no se hacía necesario para prohibirla ni tan siquiera realizar un análisis de sus posibles efectos.

Como otro aspecto de la colusión horizontal habría que ocuparse de las eventuales restricciones originadas por la ***puesta en común de derechos deportivos en el seno de AVS*** por parte de los diversos titulares de los mismos, fundamentalmente, *Sogecable* y *Mediapro*. Podía entenderse que se trataba de un acuerdo de producción, toda vez que los derechos

sobre cada club eran insumos necesarios y complementarios entre sí para la producción de los derechos sobre la unidad partido. Los efectos restrictivos se proyectaban sobre todo en el nivel de la reventa de derechos sobre los partidos en el que las partes estarían incentivadas para ponerse de acuerdo y repartirse el mercado o las fuentes de abastecimiento (emisiones en abierto/emisiones de pago). La exención por categorías no resultaba de aplicación porque la cuota combinada de las partes en todos los niveles superaba el umbral del 20 %.

Los riesgos se asociaban a la exclusión de los competidores en el mercado de compra de derechos a los clubes, porque la puesta en común de los derechos de *Mediapro* y *Sogecable* en el seno de *AVS* desalentaba a los competidores a la hora de comprar derechos a los clubes. Igualmente, esa puesta en común servía para reforzar su posición en los niveles de la reventa y de la comunicación audiovisual, en los que podían incrementar los costes de sus rivales y protagonizar abusos de exclusión.

Pese a que los efectos anticompetitivos de la puesta en común se consideraban indudables, los mismos podían verse neutralizados por las eficiencias (la puesta en común posibilitaba que no quedaran derechos sin explotar, permitía una explotación más racional a través de las diversas ventanas, etc.), sin embargo, la autoridad de la competencia sancionó la conducta entendiendo que el requisito del carácter indispensable de las eficiencias no permitía apreciar la existencia de éstas en el acuerdo de puesta en común más allá del plazo de los tres años, que se aplicaba también en el nivel aguas arriba de la compra de derechos a los clubes y en el nivel aguas abajo de la reventa de derechos.

También dentro de la colusión horizontal estaría, por último, la cuestión de la ***definición del modelo de explotación de los derechos audiovisuales***, el cual suponía que *Sogecable* se reservara de forma indefinida y en exclusiva un partido en TV de pago, y *Mediapro* también de forma indefinida y en exclusiva un partido en TV en abierto, en un contexto en el que ambos estaban integrados verticalmente en esos dos mercados. Como en el caso del pacto de no competencia en el mercado de compra de derechos a los clubes, encubría lo anterior un caso de *cártel*, pero en este caso dirigido a la exclusión de los competidores en el mercado de la reventa y al reparto de este mismo mercado. No obstante, toda vez que se buscaba mantener el modelo de explotación de los derechos audiovisuales, la autoridad de la competencia consideró que existían eficiencias que neutralizaban los efectos anticompetitivos, pero sólo en la medida en que el acuerdo no fuera más allá de los tres años.

(6) En el caso Cablevisión

En el caso *Cablevision*, el “mercado de los derechos sobre programas audiovisuales” se consideró como uno de los afectados. El mercado quedaba así definido en términos de lo más amplios. Por otra parte, la autoridad de la competencia no facilitó datos sobre cuotas de mercado disfrutadas por los operadores activos en el mismo. Se trataba de un mercado en el que la operación podía llegar a tener un impacto significativo, pues en él estaba activa una de las partes, *Sogecable (Canal +)*, con una cuota presumiblemente importante, y además resultaba complementario de los mercados de comunicaciones electrónicas en los que, con una cuota también presumiblemente importante, iba a estar activa la otra parte de la concentración (*Telefónica*).

Recordemos que ambas compañías creaban *Cablevisión* como entidad participativa para actuar en el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago. La evaluación de los efectos de la operación desde la perspectiva de las Directrices

europas sobre concentraciones ya horizontales ya no horizontales, al menos en lo que a este mercado de contenidos se refiere, cedería en importancia frente a su evaluación en clave de colusión y, de hecho, el TDC advirtió de que el mayor riesgo podía ser el de que *Cablevisión* pudiera proporcionar información privilegiada a *Sogecable* sobre el seguimiento de los programas para que la misma pudiera adaptar su programación a esas pautas.

(7) En el caso BiB

En el caso *BiB*, el mercado de contenidos identificado fue el del “suministro al por mayor de canales de cine y deportes para TV de pago”, es decir, uno comprensivo de otros dos diferentes, a saber: contenidos *Premium* deportivos y contenidos *Premium* cinematográficos. Por razones similares a las expuestas en el caso anterior, era este un mercado que no llegaba a ser ascendente con respecto al de los servicios de TV digital en que iba a operar la entidad resultante de la operación (*BiB*) y en el que, por otra parte, la operación podía llegar a tener un impacto significativo dada la posición dominante de *BSkyB*, una de las matrices de *BiB*, en el mismo.

También aquí, por motivos similares a los examinados para el caso de *Cablevision*, el hecho de no llegar este mercado de contenidos a ser un mercado de referencia obstaculizaría la aplicación de las Directrices sobre restricciones de la competencia derivadas de concentraciones horizontales o no. Por lo mismo, la Comisión apenas si se limitó a exigir como una de las condiciones para autorizar la operación que *BSkyB*, al suministrar sus canales *Premium* deportivos o cinematográficos a otros operadores de satélite, a cableoperadores o a operadores terrestres, facilitara una señal limpia de iconos interactivos que derivaran al telespectador hacia los servicios de *BiB*.

(8) En el caso Vía Digital

En el caso *Vía Digital* habría que hacer también una exposición de las principales conclusiones relativas a cada uno de los mercados de contenidos identificados.

En cuanto a los contenidos *Premium deportivos*, la posible existencia de monopolio o posiciones dominantes sólo cabría planteársela aguas abajo a partir de los niveles de la puesta en común de derechos sobre cada club en el seno del *pool* de derechos o de la reventa de derechos sobre los partidos (no en el nivel de venta de los derechos por los muchos clubes). Aunque vimos que no ofrecía una imagen fiel del mercado, por el diferente peso específico de unos clubes respecto a otros, el TDC, atendiendo al número de clubes cuyos derechos se disfrutaban, fijó que *Sogecable* contaba con una cuota de mercado del 46,2 %, *Admira* (*Telefónica*) con otra del 43,8 % y TVC con la del 7,7 %.

Antes de la operación se trataba pues de un mercado duopolístico y concentrado en el que los riesgos derivaban principalmente de la colusión de los dos principales operadores en el seno de la plataforma conjunta *AVS*. Si bien era cierto que esa colusión podía llegar a darse, sobre todo para reforzar el poder de compra frente a los clubes proveedores de derechos, también era verdad que, consumado lo anterior, la colusión se diluiría al ser *Telefónica* (*Imagenio*) y *Sogecable* (*Digital +*) competidores en el mercado descendente de la TV de pago.

A pesar de que esa cooperación entre esos dos operadores en el seno de *AVS* se daba ya antes de la concentración, lo cierto es que esta última pasaba a reforzarla con los vínculos

jurídicos característicos de toda concentración. Por otra parte, como los derechos adquiridos de los clubes se dedicaban por esos dos operadores al autoconsumo, los riesgos para el juego de la competencia se planteaban principalmente en el mercado referido de la TV de pago en el que podían salir perjudicados los parámetros competitivos (precio, calidad, etc.) en detrimento de los abonados a TV de pago.

La nueva entidad pasaba a consecuencia de la operación a disfrutar de más del 90 % de la cuota del mercado (el IHH pasaba de 4.112 a 8.100, con un delta en torno a los 4.000 puntos). Se creaba así un cuasimonopolio con el riesgo aparejado de que el mismo pudiera derivar hacia abusos de posición dominante de la nueva entidad salida de la concentración. Desde la perspectiva de las Directrices sobre restricciones derivadas de concentraciones horizontales, pues ya vimos que las restricciones conglomerales no eran tan importantes y que las verticales habían quedado ya tratadas en otros pasajes, los efectos anticompetitivos eran sobre todo los unilaterales o no coordinados, que pasaban por la relajación de la competencia entre *Sogecable* y *Admira* por la compra de derechos a los clubes; toda vez que, al estar en cuasimonopolio, la nueva entidad no tendría prácticamente con quien coordinarse (efectos coordinados).

La gravedad de los anteriores efectos, a la que se sumaba la ausencia de neutralizadores (no había poder de compra de los abonados a TV, las barreras de entrada eran muy altas y no se apreciaban eficiencias), llevó al TDC a imponer remedios, de los que, tal vez, los más importantes referidos a este mercado fueran los consistentes en la renuncia por las partes a los derechos de adquisición preferente sobre estos contenidos que pudieran tener concedidos, en una drástica reducción de la duración de las exclusivas y en la renuncia a los derechos de los que pudieran ser titulares para plataformas diferentes de la satelital (Vg., Internet).

En cuanto al mercado de los *contenidos Premium cinematográficos*, no se facilitaban datos sobre cuotas de mercado disfrutadas por los proveedores en los mercados ascendentes, los *majors*, ni a escala mundial ni tampoco nacional. Ahora bien, una nota esencial era la de la comercialización de los derechos sobre la base de pactos de larga duración y fuerte exclusividad cuyos efectos perniciosos para el juego de la competencia resultaban palmarios.

El mercado de compra de esta clase de contenidos podía ser entendido como mercado de referencia en el que iba a estar presente la nueva entidad resultado de la integración, la cual iba a quedar como titular de los derechos tanto de *Sogecable* como de *Vía Digital*. A diferencia de lo ocurrido en contenidos *Premium* deportivos, la actividad de las partes como revendedoras de los derechos sobre *films* de Hollywood era, prácticamente, inapreciable.

En este caso, los riesgos para el juego de la competencia se traducían, sobre todo, en la posibilidad de que la nueva entidad incrementara los precios aplicados a los abonados o de que limitara la entrega de contenidos o rebajara su calidad hasta niveles sólo imprescindibles para diferenciar su oferta de la de la TV en abierto. Pese a que *Sogecable* contaba con los derechos sobre la producción de seis de los siete *majors* ya antes de la operación, la asunción de la del séptimo suponía consolidar una posición dominante poniéndola en términos de monopolio casi perfecto. Bien es verdad que el dato de que *Vía Digital* disfrutara de los derechos correspondientes a sólo uno de los siete grandes estudios suponía un factor de moderación de los efectos anticompetitivos con respecto a los verificados en el ámbito de los contenidos *Premium* deportivos, en el que su posición era más pareja a la de *Sogecable*.

El escenario *post* concentración no iba a arrojar la existencia de operadores con cuotas de mercado importantes con los que pudiera concertarse en horizontal la nueva plataforma nacida de la fusión, por lo que los efectos anticompetitivos coordinados no iban a ser importantes.

El riesgo era por tanto el de efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la relajación de la competencia entre *Vía Digital* y *Sogecable* para la compra de contenidos de esta clase. A diferencia de lo ocurrido con ese otro mercado *Premium* de derechos de fútbol, no existía en éste de los derechos sobre cine una coordinación previa de las partes, lo que tendería a dotar de una mayor intensidad a los efectos anticompetitivos en el caso que ahora nos ocupa. Lo anterior suponía de hecho el cierre de un mercado que había hecho además de abrirse con la contratación entre *Vía Digital* y *Metro Goldwyn Mayer*.

Los neutralizadores de los efectos anticompetitivos no iban a ser importantes por razones similares a las analizadas al tratar del mercado de los contenidos *Premium* deportivos.

Todo ello motivó que el TDC condicionara la autorización de la operación a que la nueva plataforma reconociera un derecho de resolución unilateral a favor del gran estudio que había contratado con *Vía Digital (Metro Goldwyn Mayer)* y a que quedara reducido a un año el plazo de duración de los *output deals* suscritos.

En cuanto al mercado de las *obras audiovisuales para TV de pago*, en este caso *Vía Digital*, se trataba, sobre todo, de un mercado afectado por la importante presencia en el mismo tanto de *Sogecable*, como de *Telefónica*. Aparte de que el criterio del número de horas de emisión de esta clase de obras no fuera tan revelador del poder de mercado como el de los ingresos obtenidos, es que tampoco con arreglo a aquel criterio resultaba posible fijar con exactitud las cuotas de mercado disfrutadas por los operadores en los mercados de compra y de venta de esa clase de obras.

Esta ausencia de datos sobre cuotas de mercado, junto con el hecho de que *Telefónica* y *Sogecable*, directamente o a través de sus participadas, estuvieran presentes tanto en el mercado de la venta, como en el de la compra de esta clase de obras, limitaría enormemente la posibilidad de formular conclusiones desde la perspectiva que ofrecen las Directrices sobre restricciones derivadas de las operaciones de concentración horizontal.

Así, la evaluación del juego de la competencia tendría sentido plantearse principalmente desde el enfoque de la colusión o concertación horizontal entre *Sogecable* y *Telefónica* en los mercados de referencia de la venta y de la compra de programas para TV en abierto o de pago y desde el de la colusión vertical dentro de la cadena venta de programas/compra de programas/difusión televisiva en varios de cuyos eslabones estaban activas ambas.

La fuerte presencia tanto de *Sogecable* como de *Telefónica* del lado de la oferta de esta clase de contenidos, sumada a la de la nueva plataforma, del lado de la demanda, permitiría afirmar que, en este caso concreto, más que de colusión vertical de lo que cabría hablar era de auténtica integración vertical. La operación suponía, en primer lugar, una merma para la competencia intramarca entre plataformas de TV de pago distribuidoras de las obras ya de *Sogecable* ya de *Telefónica* y, en segundo lugar, un deterioro de la competencia intermarcas entre los contenidos de ambas entidades que podía llevar a la exclusión del mercado de otros proveedores de obras audiovisuales para TV.

Era de prever que esa colusión vertical se invistiera principalmente de alguna de las formas de restricción incluidas en el grupo de marca única (p.e., cláusulas de imposición de cantidades fijas de programas por parte de *Telefónica/Endemol* a la nueva plataforma), de suministro exclusivo (p.e., cláusulas por las que *Sogecable* se obligara al suministro de obras audiovisuales en exclusiva a la nueva plataforma resultante de la fusión), etc.

A este respecto, el TDC concluyó que los riesgos para el juego de la competencia eran evidentes; sin embargo no impuso condiciones que específicamente fueran referidas a este mercado a fin de preservar el juego de la competencia en el mismo.

Por lo que se refiere a la conclusiones relativas al mercado de los canales temáticos en el mismo caso *Via Digital*, las mismas coincidirían en gran medida con los que acabamos de exponer en el caso del mercado de las obras audiovisuales para TV. Tampoco para este mercado la autoridad de la competencia facilitó datos que permitieran de forma concluyente inferir la cuota de mercado correspondiente a cada editor.

Si bien el mercado de la venta de esta clase de canales podía ser considerado más como mercado afectado que como mercado de referencia atendiendo a cuanto se dejó consignado en su lugar, el de la compra de los mismos si podía ser entendido como mercado de referencia desde el momento en el que en él iba a operar la nueva plataforma resultado de la integración.

No obstante, la ausencia en el informe del TDC de datos detallados que permitieran calcular la cuota incrementada de la nueva entidad dentro del mismo limitaría enormemente la posibilidad de formular conclusiones desde el punto de vista de las Directrices de la Comisión sobre restricciones de la competencia derivadas de operaciones de concentración horizontal y llevaría a que esa misma evaluación hubiera más bien de hacerse desde la perspectiva de la colusión vertical y horizontal. En cuanto a esta última, valdría con hacer una remisión a lo dicho al tratar del mercado de las obras audiovisuales.

Y respecto a la colusión vertical, el TDC insistió en el riesgo de que la reducción del número de plataformas demandantes de canales tras su integración en una sola, junto con la existencia de cláusulas de vinculación en los *output deals* suscritos con Hollywood que garantizaban la permanencia de los canales procedentes de los *majors*, podía llegar a afectar gravemente al juego de la competencia dentro del mercado de la edición y comercialización de canales temáticos alimentando la exclusión de otros competidores activos en el mismo. Ésta fue la razón de que, para autorizar la operación, exigiera que la nueva plataforma reservara cierto porcentaje de su tiempo de emisión para los canales de terceros, que *Sogecable* suministrara sus canales a terceros en condiciones no discriminatorias y de forma desagregada y, por último, que la propia *Sogecable* renunciara a actuar como agente para España de los canales temáticos norteamericanos.

(9) En el caso Stream

En lo que se refiere a las principales conclusiones en el caso *Stream*, el dato de que el caso italiano fuera una réplica del español permitiría sentar conclusiones en cuanto a los dos mercados de contenidos identificados sólo respecto de las especialidades constatables en relación al pronunciamiento del TDC en el asunto *Via Digital*.

En *contenidos Premium deportivos*, la autoridad italiana de la competencia no facilitó datos sobre cuotas de mercado. Ahora bien, la semejanza con el caso español restaría trascendencia a lo anterior, si acaso, con la salvedad de que en el italiano los contratos de cesión comprendían todas las formas de entrega de los contenidos al usuario final (incluido internet) y con la de que el mercado de producto pertinente comprendía también otros deportes en los que pudieran participar deportistas o equipos italianos (p.e., Fórmula 1).

La ausencia, en el caso italiano, de una previa plataforma de adquisición conjunta de los derechos por parte de las dos plataformas de TV de pago que iban a fusionarse llevaba a que los efectos anticompetitivos asociados a la operación tendieran a manifestarse en el mercado italiano con una mayor virulencia que en el español. Pudiera lo anterior haber influido en el dato de que las condiciones impuestas por la autoridad italiana de la competencia resultaran ser más exigentes que las que lo fueron por la española: propuso reducir a un año la duración de los contratos suscritos frente al plazo de tres años exigidos por el TDC en el caso *Via Digital*.

En *contenidos Premium cinematográficos*, la situación resultaba ser prácticamente idéntica a la existente en el caso de la fusión española. La especialidad más destacable con respecto al caso español podía ser la referida a las condiciones impuestas para autorizar la operación: mientras que el TDC impuso un derecho de resolución unilateral a favor de sólo un gran estudio (*Metro Goldwyn Mayer*) (si bien limitando a un año la duración de los *output deals* suscritos), la AGCM italiana hizo extensivo lo anterior a todos los *majors*; aparte, en el caso *Stream*, la autoridad de la competencia obligó a la nueva plataforma a desprenderse de las exclusivas en pago por visión, video bajo demanda y video casi bajo demanda.

(10) En el caso HMG

Pasando a la formulación de conclusiones en el caso *HMG*, el hecho de que el mercado los mercados de “*la producción de programas independientes para TV*” no fuera considerado como mercado de referencia, sumado al de que no llegara la autoridad de la competencia a fijar las cuotas de mercado correspondientes a cada una de las productoras independientes activas en ese mercado, dificultaría de nuevo la aplicación de los instrumentos o directrices europeos sobre concentraciones y nos permitiría hacer las siguientes reflexiones.

En este caso la situación derivada de la vinculación en vertical entre la nueva entidad (mercado de la audiencia o de los telespectadores) y *Endemol* (mercado de la producción de programas para TV) era muy similar a la que hemos referido para el mercado de las obras audiovisuales para TV en el asunto *Via Digital*. Sin embargo, el mayor poder de *Endemol* en el mercado ascendente de contenidos llevó a la DG IV a subordinar la operación a la total desvinculación entre *Endemol* y *HMG* (a diferencia de lo sucedido en el asunto *Via Digital* en el que no hubo condición directamente referida al mercado de las obras audiovisuales para TV). Se buscaba conjurar el riesgo de que la colusión vertical con *HMG* habilitara a *Endemol* para reforzar su posición dominante en el mercado ascendente de contenidos permitiéndole protagonizar abusos de exclusión al vetar la adquisición por *HMG* de los contenidos audiovisuales procedentes de otras productoras.

(11) En el caso Cuatro

En el caso *Cuatro*, vimos que la DI, en las funciones de análisis pre-concentración, distinguió diversos niveles dentro de los que podían llegar a englobarse diversos mercados de producto, pero que la evaluación post-concentración fue común a todos ellos, pues los principales problemas de competencia giraban en torno al refuerzo del poder de compra en los mercados de los contenidos de la nueva entidad salida de la concentración.

Lo anterior permitiría pasar muy por encima de lo concerniente a la identificación de mercados, teniendo en cuenta que ya se hizo en detalle en su lugar y que lo anterior no tendría una excesiva incidencia en lo concerniente a la evaluación del juego de la competencia. Se distinguieron: **(i)** un nivel de la **producción de contenidos**, en el que no se hicieron mayores segmentaciones; **(ii)** un nivel de la **comercialización de contenidos**, donde se apreciaba una mayor diferenciación de contenidos que en el nivel anterior (mercados de contenidos deportivos, películas y series y otros programas de TV), si bien ni *Telecinco* ni *Cuatro* llegaban a ser oferentes significativos de derechos en el mercado de venta; **(iii)** un nivel de la **edición de canales** de televisión en el que se configuraban esos canales a partir de los contenidos del nivel anterior y donde, tanto *Telecinco* como *Cuatro*, tendían a la configuración de sus canales; **(iv)** un nivel de la **comercialización de canales** en el que se vendían a terceros los canales editados y en el que ni *Telecinco* ni *Cuatro* eran adquirientes significativos, pues ellas mismas, como se acaba de decir, tendían a editar los canales que difundían (la actividad de la comercialización de canales suponía un flujo de fondos del adquiriente del canal al editor); **(v)** un nivel de la **distribución de canales** en el que el editor del canal compraba capacidad de plataforma a otro operador para la distribución de los canales editados a los telespectadores (el flujo de fondos era en sentido inverso a como se daba en el nivel anterior) y sí podía suceder que *Telecinco* y *Cuatro* adquirieran capacidad adicional o canales de otros operadores de TDT.

Cabía entender que, en todos los casos, nos encontrábamos ante mercados nacionales. Además, en función de cuál fuera la clase de contenidos, podía darse que esos niveles se solaparan, por ejemplo, que el productor del contenido también lo comercializara, que el editor del canal también lo comercializara a terceros, etc.

En lo que se refiere al análisis pre-concentración en cada uno de esos niveles: **(i)** en **producción y comercialización de contenidos deportivos**, la estructura de la oferta se basaba en el monopolio de *Mediapro* sobre los derechos de emisión de los partidos de Liga y de Copa del Rey y la de la demanda en la presencia de *Gol TV* (vinculada a *Mediapro*) y otros operadores audiovisuales de los que el principal era *Sogecable*, si bien también *Telecinco* había adquirido derechos sobre eventos deportivos importantes; **(ii)** en la **producción y comercialización de películas y series** la estructura de la oferta pasaba por el predominio de la producción ajena procedente de los grandes estudios norteamericanos, otras productoras internacionales más pequeñas y productoras nacionales, en el caso de películas, y por la producción propia y la producción ajena en el caso de las series (la cuota combinada de *Digital +* y *Telecinco* en la producción de películas y series no excedía del 5 % a escala nacional), mientras que la estructura de la demanda venía de las plataformas de TV en abierto y de pago, observándose que *Sogecable (Digital +)* era el principal demandante en películas, mientras que las cadenas en abierto, entre las que se incluían *Telecinco* y *Cuatro*, lo eran en series (si bien también se daba una importante participación de *Sogecable* en la compra de series y de *Telecinco* y *Cuatro* en la de películas); **(iii)** en la **edición y comercialización de canales de televisión** se observaba, del lado de la oferta, la presencia de los grandes estudios

(que además de producir películas editaban canales), de operadores de TV de pago (como *Gol TV* que editaba el canal del mismo nombre) y de operadores de TV en abierto (como el canal *Gran Hermano* editado por *Telecinco*), sin que la cuota de mercado ni de *Telecinco* ni de *Sogecable* llegara a rebasar el 10 %, y, del lado de la demanda, se notaba la presencia como demandantes de canales tanto de los operadores de TV de pago como de los operadores de TV en abierto (por lo que la presencia de *Telefónica*, de *Sogecable* y de *Telecinco* como demandantes de canales ya editados era muy importante); (iv) en la **distribución de canales** la oferta procedía de los titulares de los canales de TDT que los cedían en arrendamiento a los editores de canales y entre los demandantes se podían incluir operadores que fueran ya titulares de sus propios canales (por ejemplo, *Telecinco* y *Sogecable*); (v) en la **producción y comercialización de programas y noticias**, del lado de la oferta, ciertos operadores en abierto (como, por ejemplo, *Telecinco*), además de incluir los programas que producían en los canales que editaban y difundían a través de sus propias plataformas de TV, los comercializaban a terceros, si bien lo anterior no confería cuotas significativas en estos mercados ni a *Cuatro* ni a *Telecinco*, debiéndose añadir a lo anterior que la producción de programas y noticias estaba muy atomizada en el mercado nacional.

Y en lo que concierne a la evaluación post-concentración del juego de la competencia en este caso, la misma se relacionaba, como se viene diciendo, sobre todo con el refuerzo del poder de compra de la plataforma nacida de la operación de concentración (*Telecinco/Cuatro*), que podía verse intensificada como consecuencia de los acuerdos accesorios entre la propia *Telecinco*, *Prisa* y *Telefónica*, más aún en el caso de que *Telecinco* llegara a participar en el accionariado de *Digital +*. Así, el acuerdo de que *Telecinco* cediera en alquiler a *Sogecable* canales de TDT para emisiones de pago y el de la prestación preferente de servicios por *Prisa*, *Telefónica* y *Telecinco* a *Digital+* alentaba la colusión entre todos esos operadores en los niveles de la producción y comercialización de contenidos y en los de la edición, comercialización y distribución de canales.

Lo anterior se refería sobre todo al mercado de compra en el que, sumando el poder de salida que les daban todas sus plataformas tecnológicas de entrega de servicios de TV de pago y en abierto (dos plataformas de televisión de pago, que cubrían el 80 % de los ingresos y el 60 % de los abonados de televisión de pago en España, y 8 de los 32 canales de TDT que existirían a partir de 2015), todos esos operadores llegarían a tener la capacidad y el estímulo necesarios para imponerse a todos aquellos proveedores de contenidos que no fueran también muy poderosos y, en general, para bloquear el acceso de sus competidores en comunicación audiovisual a esos mismos contenidos. En cuanto a esto último, especialmente en TDT, podía suceder que esos competidores, al verse privados de contenidos atractivos, no llegaran a entrar en umbrales de rentabilidad, también como consecuencia de la multiplicación de la oferta digital, y hubieran de terminar por ceder en arrendamiento sus canales a la nueva *Telecinco/Cuatro*, viéndose así también afectado el juego de la competencia en el mercado de la distribución de canales.

Telecinco pretendió que la operación presentaba eficiencias relacionadas con el disfrute por los telespectadores de mejores contenidos gracias a las sinergias generadas por la operación, sin embargo, la DI no consideró que las mismas llegaran a acreditarse, tampoco que no pudieran obtenerse por medios menos restrictivos para el juego de la competencia ni, en fin, que las mismas fueran bastantes a compensar los graves efectos anticompetitivos derivados de la operación.

Así, para que la operación pudiera ser autorizada, la nueva entidad hubo de proponer una serie de compromisos. Estos terminaron por ser los siguientes. En lo relativo al nivel de la edición, comercialización y distribución de canales, en el segundo bloque de compromisos, la nueva entidad se comprometía a no tomar en arrendamiento más canales de TDT en el mercado de la distribución de canales con vistas a ampliar su oferta de canales (9.º), a no bloquear las mejoras de calidad de otros canales de TDT con los que compartiera múltiple en el mercado de la comercialización de canales y de la comunicación audiovisual (11.º), a ceder gratuitamente sus canales a plataformas de pago en el mercado de la comercialización de canales y en el de la distribución de canales (10.º).

El tercer bloque de compromisos era el que iba referido propiamente a la producción y comercialización de contenidos, intentando compensar las restricciones verticales derivadas de la operación y asociadas al refuerzo de la entidad resultante como demandante de contenidos audiovisuales, las cuales se verían intensificadas especialmente en el caso de que *Telecinco*, además de la integración de *Cuatro*, llegara a hacerse accionista de referencia de *Digital +*. En él, se comprometía la nueva entidad a limitar la duración de sus contratos de adquisición en exclusiva en el mercado de la compra de contenidos no *Premium* (6.º), también a limitar de modo absoluto la adquisición en exclusiva en el mercado de compra de contenidos *Premium* cinematográficos y también de contenidos *Premium* deportivos para el mercado de la TV en abierto (7.º), y, finalmente, a no excluir a otras productoras nacionales del mercado de la producción de contenidos audiovisuales (12.º).

Estos compromisos, con una duración máxima de 5 años, permitieron que la operación fuera finalmente autorizada por la CNC.

Se trataba, en fin, y si prescindimos de la operación que no llegó a materializarse de toma de control por parte de *Telecinco*, *Telefónica* y *Prisa* de *Digital +*, sobre todo, de una concentración horizontal entre *Telecinco* y *Cuatro*, que competían en horizontal, en lo que aquí nos concierne, en los mercados de la compra de contenidos. Aunque, desde esta perspectiva, se trataba de una concentración horizontal, los efectos restrictivos tenían una proyección vertical, toda vez que ese poder incrementado de compra (también de alquiler de canales en los mercados de la distribución de los mismos, cuestión ya abordada), podría facultar a la nueva entidad para excluir a sus competidores de los mercados de compra de los mismos e incrementar sus costes en los mercados aguas abajo de la publicidad y la difusión. Tampoco resultaban descartables ciertos efectos conglomerales como los derivados de que la nueva entidad pudiera apalancarse en unos mercados de compra para reforzar su posición en otros, sin embargo, lo anterior arrojaba un escenario ciertamente complejo en el que la autoridad de la competencia no consideró necesario entrar.

(12) En el caso Gol TV

Finalmente, en el caso *Gol TV*, los efectos de las prácticas restrictivas desplegadas por *Mediapro* y su filial *Gol TV* sobre los mercados de los contenidos se vieron, principalmente, al tratar de los mercados de la difusión. Así, sólo resaltar aquí determinados aspectos. Por las razones expuestas en su lugar, vimos que la práctica restrictiva consistía principalmente en el abuso de su posición dominante, ganada en cierta medida como consecuencia de las restricciones impuestas por las autoridades de la competencia a *Sogecable*, por parte de *Mediapro* en el mercado de la reventa de derechos sobre los partidos.

Principalmente, se trataba de que *Mediapro* había configurado ofertas y paquetes de derechos sin ajustarse a condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación, habiendo lo anterior degenerado en efectos exclusionarios dentro de los mercados aguas abajo de la TV en abierto y de pago (tras un periodo de colaboración inicial, los intentos de exclusión llegaban a darse dentro de este último mercado principalmente frente a *Sogecable*). Como se vio, las bondades de *Gol TV* como producto novedoso, la baja cuota de mercado del agente de la práctica restrictiva en el mercado de la TV de pago, el corto periodo de tiempo en que se desplegaron las prácticas anticompetitivas, etc. permitieron que la sanción impuesta por la CNC por el abuso fuera muy baja.

viii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de los contenidos

Por último, lo esencial en cuanto al juego de la competencia potencial y de las barreras de entrada en dichos mercados sería:

1. **Mercado de los contenidos Premium deportivos para TV de pago.** Dejando a un lado las tecnológicas asociadas a la retransmisión de los eventos sobre determinadas plataformas (IT o red móvil) y de ciertas restricciones normativas indirectas, como las referidas a la retransmisión en abierto de acontecimientos deportivos de interés general, las barreras de entrada más significativas son las económicas que dificultan el acceso al mercado de compra de estos derechos y que podrían llegar a verse reforzadas por la existencia de pactos de exclusividad de muy larga duración incluidos en los contratos existentes. Suponía lo anterior que quedara muy enervado el juego de la competencia.
2. **Mercado de los contenidos Premium cinematográficos.** Además de ciertas restricciones normativas indirectas como, por ejemplo, las relacionadas con la promoción de obras europeas y de producciones independientes (las tecnológicas vinculadas a la difusión de contenidos cinematográficos sobre nuevas plataformas tecnológicas no serían tan intensas como en contenidos *Premium* deportivos al no exigirse la transmisión en directo), también las barreras de entrada de una mayor trascendencia serían las económicas que harían su papel tanto del lado de la compra como del de la venta de los derechos sobre las grandes superproducciones, con el añadido de la existencia de cláusulas de larga duración con pactos de exclusividad y vinculación de productos. Así el juego de la competencia potencial sería muy limitado.
3. **Mercado de la edición y comercialización de canales temáticos.** Las barreras de entrada más importantes podrían ser las de carácter económico cuando se den situaciones de monopsonio u oligopsonio, como ocurrió en nuestro país, tras la fusión digital, donde un fuerte poder de compra de una plataforma de TV de pago asociada al dato de hallarse ésta verticalmente integrada con un productor de esta clase de canales motivó la expulsión del mercado de varios editores de canales de carácter independiente. Un escenario de digitalización de toda la TV, de pago o no, tendría que contribuir a paliar lo anterior y a avivar el juego de la competencia potencial.
4. **Mercado de las obras audiovisuales para TV.** La idea esencial podría ser la de que las barreras de entrada serían sobre todo las económicas derivadas de las inversiones necesarias para comenzar a operar en este mercado como proveedor, las cuales pudieran verse agravadas por la existencia de un entorno de colusión vertical en el que cada difusor de TV tiende a vincularse con unas determinadas productoras (producción

propia). El hecho de que el mercado de referencia se encuentre o no copado por esos acuerdos verticales, - lo que en horizontal determinará que las productoras, cada una con su cliente ancla, tampoco compitan entre sí – será lo que defina la intensidad de la competencia potencial.

d) Conclusiones finales sobre el mercado inscrito simultáneamente en el segmento de las comunicaciones electrónicas y en el de la Sociedad de la Información: el mercado de los servicios de TV digital interactiva

i) Relaciones del mercado de los servicios de TV digital interactiva con los mercados de otros segmentos

Una esquematización de las relaciones que presenta el mercado de los servicios de TV digital interactiva con otros incluidos en otros segmentos diferentes podría ser la siguiente (tendrá que ser tomada a beneficio de inventario partiendo de que se trata de un mercado emergente y de perfiles difusos):

1. **Segmento de la difusión televisiva** (más que una relación de verticalidad - ascendente o descendente -, la relación es de superposición en el sentido de compartir una misma infraestructura física y lógica).
 - a. ***Mercado de la TV de pago.*** Debe matizarse que el mercado de los servicios de TV digital interactiva no comprende, a pesar de su indudable interactividad, los de video a la carta que son servicios de comunicación audiovisual no lineal o a petición que quedan integrados dentro del mercado de la TV de pago (v. caso *Newscorp/Telepiù*) o que incluso pueden dar lugar a un mercado separado (v. caso *Telenor/Canal +/Canal Digital*). Dentro de las plataformas que sirven en España a la TV de pago, la menos apta para los servicios interactivos es la satelital, al no presentar senda de vuelta, y exigir el recurso a la RTPC para la misma.
 - b. ***Mercado de la audiencia o los telespectadores (TV en abierto).*** Esta relación quedará condicionada a la digitalización de la TV en abierto. Sin embargo, al ofrecer esta última no sólo una bidireccionalidad limitada, sino además un menor ancho de banda que las plataformas de cable y satélite (de pago), la prestación de servicios interactivos estará mucho más limitada que en esas otras plataformas.
2. **Segmento de la publicidad.**
 - a. ***Mercado de la publicidad televisada.*** La relación es, principalmente, con el mercado emergente de los servicios de publicidad interactiva y presenta un componente de sucesión temporal; hasta que el espectador pulsa el icono interactivo que aparece en la pantalla de su televisor los servicios serían de publicidad televisada y, a partir de este último momento, de TV digital interactiva.
3. **Segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas.**
 - a. ***Mercado de los servicios técnicos para TV de pago o en abierto.*** Los tangibles (p.e., descodificadores) e intangibles (p.e., *software* de acceso) integrados en este mercado pueden ser también vistos como *inputs* necesarios para la prestación de servicios de TV digital interactiva.

4. **Segmento de las comunicaciones electrónicas.**

- a. **Mercados de servicios e infraestructuras de comunicaciones electrónicas.** Éstos pueden ser considerados también insumos necesarios para la prestación de los servicios de TV digital interactiva a los usuarios finales; aparte de que otro enfoque podría ser el de considerar los servicios de TV digital interactiva como mercados de comunicaciones electrónicas en sí mismos.

Con todas las reservas, estos servicios de TV digital interactiva podrían ser vistos como servicios de la sociedad de la información en un estado embrionario o rudimentario, pues las posibilidades que ofrece el televisor siguen siendo mucho más limitadas que las que ofrece un PC. En un horizonte temporal, aún lejano, de total digitalización y de “todo IP”, los servicios de difusión e interactivos convergerán, como convergerán también los aparatos terminales (hoy televisor y PC) sobre los que se reciben unos y otros.

ii) Identificación del mercado relevante de los servicios de TV digital interactiva

En lo que se refiere a la identificación como **mercado de producto** de este de los servicios de TV digital interactiva, destacar: **(a)** a pesar de que los mismos admiten ser concebidos como mercados de comunicaciones electrónicas por implicar el transporte de señal a través de una red de esa misma naturaleza, ocurre que, como se dijo, su carácter emergente impide aplicar los criterios que resultan de la Directiva Marco y de las Directivas específicas; **(b)** su importancia marginal lleva a que las autoridades de la competencia tiendan a entenderlos absorbidos por los servicios de difusión televisiva en cuya plataforma se sustentan; **(c)** con las reservas derivadas de lo anterior, esa identificación del mercado de los servicios de TV digital interactiva como mercado de producto pertinente tendría que ser pacífica por aplicación de los criterios que al respecto venimos manejando y así lo fue en el caso *BiB*.

También pacífica tendría que ser su **dimensión geográfica** nacional, entre otras razones, por el dato de basarse en plataformas de difusores cuyo mercado de servicios tiene esa misma dimensión nacional.

iii) Entorno normativo del mercado de los servicios de TV digital interactiva

Lo más importante sobre el entorno normativo correspondiente al mercado de los servicios de TV digital interactiva es que su doble naturaleza, en cuanto que servicios de comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información, determina la sujeción de los mismos a las normas que regulan tanto los primeros como los segundos.

Por su carácter de servicios de comunicaciones electrónicas, quedan sujetos a ciertas disposiciones de la Directiva Marco y de la Directiva Acceso – en España de la Ley General de Telecomunicaciones –, en particular, en cuanto a la interoperabilidad de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (APIs o descodificadores).

Su naturaleza de servicios de la Sociedad de la Información determina que queden sujetos a las disposiciones de la Directiva 2000/31 sobre el Comercio electrónico y, en España, a la Ley 34/2002 que la implementa, pudiendo ser lo más importante que ningún Estado miembro

de la UE podrá restringir la actividad de un prestador de servicios asentado en otro Estado miembro diferente, salvo por razones tasadas vinculadas al mantenimiento del orden público.

Además, es importante recordar que no se trata de servicios de comunicación audiovisual y que no han de confundirse con los servicios de video bajo demanda, que sí lo son. Dentro del entorno normativo nacional, frente a la anterior existencia de normas muy dispersas, se encuentran ahora en la LGCA menciones más específicas sobre los que llama “servicios conexos e interactivos” que, si bien no declara que se trate de servicios de comunicación audiovisual, sí declara que participan de su misma naturaleza de servicios de interés general.

iv) Análisis de la estructura del mercado de los servicios de TV digital interactiva en España

Pasando a las conclusiones relativas al análisis de la estructura de este mercado (cuotas de mercado y posición de los operadores dentro del mismo antes de cualquier práctica colusoria o abusiva o de cualquier concentración), pudiera ser lo más destacable lo siguiente.

La indefinición en el modelo de negocio, junto al carácter emergente de estos servicios, dificulta enormemente las tareas de asignación de cuotas de mercado a los diversos operadores. Por otra parte, la impronta de la innovación en este caso lleva a que el acercamiento al mercado haya de realizarse con una visión más dinámica o con prospectiva que estática o con perspectiva, y a que las tareas de evaluación del juego de la competencia en el mercado cobren un mayor peso que las de análisis de la estructura del mismo.

En este sentido, será posible fijar cuotas de mercado, atendiendo al valor de ingresos, cuando el operador de la plataforma de TV cobre cantidades a los usuarios finales o a los proveedores en razón de la prestación, a modo de intermediario entre ellos, de esos servicios interactivos.

En otros casos, cuando esos servicios se presten por la plataforma de TV sin percibir una contraprestación claramente identificable, probablemente habrá que solventar la cuestión atendiendo al poder de mercado disfrutada por el operador dentro del mercado principal de la difusión. Tal vez estas razones expliquen que, en los pronunciamientos de las autoridades de la competencia, bien se niegue a dicho mercado la consideración de mercado independiente (*Via Digital*) bien se prescinda de analizarlo fijando cuotas de mercado (*BiB*).

Además, en función de cuál sea el grado de desarrollo alcanzado por la TDT, sucederá o no que los servicios de televisión digital interactiva prestados a través de esa plataforma lleguen a integrarse en el mismo mercado que los prestados a través de otras plataformas diferentes (satélite, ADSL, etc.). Por último, en cuanto a la estructura de la demanda, está será muy dispersa, al venir conformada por una multitud de proveedores de bienes y servicios y por otra de destinatarios finales de los mismos.

v) Evaluación del juego de la competencia en el mercado de los servicios de TV digital interactiva en España

(1) En materia de concentraciones

En lo que concierne a la evaluación del juego de la competencia en el mercado español de los servicios de televisión digital interactiva, también en este caso, por hallarnos ante un mercado emergente, habría que ajustarse a las directrices de carácter general y dejar al margen los criterios dimanantes del marco regulador de las comunicaciones electrónicas, a pesar de que, indudablemente, forma parte de la naturaleza de los servicios de TV digital interactiva el ser servicios de comunicaciones electrónicas. Además, una evaluación general del juego de la competencia en este mercado se vería muy dificultada por la ausencia de casos pasados en los que basarse.

Si nos referimos a las concentraciones horizontales en el mercado de los servicios de TV digital interactiva, cuando las mismas se han planteado, ello ha sido, más bien, al hilo de una concentración horizontal en el mercado principal de la TV de pago (p.e., caso *Vía Digital*). Por ello, carece de sentido hilar conclusiones de carácter más bien abstracto sobre un mercado naciente y sobre el que ni tan siquiera las autoridades de la competencia llegan a dictaminar y, más bien, habría que remitirse al estudio del fenómeno en el mercado de la TV de pago.

Igual remisión habría que hacer con respecto a las concentraciones no horizontales relacionadas con el mercado español de los servicios de TV digital interactiva. Por lo pronto, resulta discutible que tal mercado exista cuando las autoridades de la competencia niegan su existencia. Cabría plantearse la integración de plataformas de TV prestadoras de servicios de televisión digital interactiva sobre cualquier plataforma y operadores prestadores de servicios y/o redes de comunicaciones electrónicas sobre plataforma terrestre (p.e., *Abertis*), sobre RTPC (p.e., *Telefónica*) o satelital (p.e., *Hispasat*). No obstante, la dilución de éste mercado de los servicios de televisión digital interactiva en el mercado principal de los servicios de TV de pago permite remitirse a lo dicho sobre concentraciones no horizontales a propósito de este último.

(2) En materia de prácticas restrictivas

(a) Abusos de posición dominante.

Por lo que se refiere a la existencia de abusos de posición dominante en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva, más que al criterio de la cuota de mercado, probablemente, el factor al que atender sería el del control de instalaciones esenciales para dotar la imprescindible senda de ida y vuelta de la señal: trenzado del par de cobre de *Telefónica* y descodificadores desplegados por *Sogecable*. La multiplicación de canales propia de la TDT, llevaría a pensar que las posiciones dominantes en servicios interactivos pudieran llegar a darse en otras plataformas más vinculadas a la TV de pago. El carácter accesorio de los servicios interactivos con respecto a los de TV de pago podría permitir plantearse la existencia de una posición dominante de *Sogecable*, sin embargo, es dudoso que la misma *Sogecable* pudiera adoptar un comportamiento independiente del de *Telefónica*, que sería la dueña de las instalaciones necesarias para la prestación de servicios interactivos y que además competiría con *Sogecable* en el mercado de la TV de pago.

(b) Cártels

En lo que se refiere al riesgo de cártel en el mercado español de los servicios de televisión digital interactiva, por la propia naturaleza de los servicios prestados, no son fáciles de imaginar acuerdos sobre el precio de los servicios interactivos ofrecidos a los proveedores de bienes y servicios vendidos a través de la plataforma interactiva, ni los de reparto de mercados (p.e., si la plataforma de *Telefónica* se reservara para la venta de ciertos bienes y la de *Sogecable* para la de otros). Mayor virtualidad podrían revestir los supuestos de discriminación y exclusión (Art. 1.1.d LDC), si, Vg., esos dos operadores se concertaran para aplicar condiciones distintas a unos proveedores de bienes o servicios, para su oferta interactiva, frente a otros, así como los de vinculación (Art. 1.1.e LDC), si, por poner un ejemplo, se pusieran de acuerdo para forzar la contratación por los clientes de sus respectivas plataformas no sólo de los servicios audiovisuales, sino además de los interactivos.

Ello no obstante, no hay antecedentes de prácticas de vinculación o discriminación en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva. Por otra parte, el hecho de tratarse de un mercado emergente, podría permitir la apreciación de eficiencias en caso de algunos de estos acuerdos (p.e., la vinculación pueden contribuir a apuntalar el nacimiento de este mercado).

Del mismo modo podrían imaginarse los acuerdos limitativos celebrados entre esos dos operadores, pero referidos a parámetros diferentes de la cantidad, como serían la calidad, novedad o variedad de los servicios prestados. Así, es fácilmente imaginable un concierto entre *Sogecable* y *Telefónica* para impedir el desarrollo de este mercado, sobre todo, por los intereses de la segunda en el segmento de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información. El control por las partes de las instalaciones esenciales para la prestación de los servicios interactivos, decodificadores y bucle local, vendría a ser el más importante elemento de agravación de los efectos de la colusión.

(c) Acuerdos verticales

Pasando a las conclusiones sobre la colusión vertical con alguna incidencia dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva, podríamos resaltar lo siguiente. En primer término, el modelo de servicios de TV digital interactiva conformador del mercado estudiado por las autoridades de la competencia ha sido uno en el que la bidireccionalidad se obtiene empleando para la senda de ida la plataforma de satélite del operador de TV de pago y para la de vuelta la red telefónica pública conmutada del incumbente en telecomunicaciones. Dicho lo anterior, cabría observar que el hecho de ser el que nos ocupa un mercado emergente llevaría a que un acuerdo vertical entre un prestador situado en el mercado descendente de los servicios de TV digital interactiva y otro activo en cualquiera de los ascendentes (servicios de comunicaciones electrónicas o servicios técnicos) difícilmente llegaría a tener un efecto anticompetitivo, pues esa colusión vertical es, precisamente, uno de los presupuestos para que llegue a nacer el mercado.

En un estadio posterior en el que dicho mercado hubiera adquirido un cierto grado de madurez cabría ya teorizar sobre la existencia de esos efectos anticompetitivos. En este escenario posterior esa colusión, ya sí, podría desplegar unos efectos anticompetitivos especialmente graves.

La ausencia de datos y el carácter sólo emergente de este mercado, nuevamente, entorpecería el análisis. Nos centrábamos en el modelo de prestación de servicios interactivos sobre plataforma de satélite (en el caso de la TDT, los mismos no estarían aún muy desarrollados, y en el caso de la TV por cable o ADSL los servicios interactivos quedarían más bien diluidos en los servicios de comunicaciones electrónicas y de la sociedad de la información prestados por el operador). En definitiva, el modelo sería el de que la senda de ida al telespectador sería vía satélite, mientras que la de vuelta tendría lugar a través de la RTPC.

Partiendo de cuáles eran los mercados ascendentes con respecto al de los servicios de TV digital interactiva, concluimos que la colusión vertical podría llegar a darse entre, por una parte, un operador de telecomunicaciones (Vg. *Telefónica*) o una plataforma de servicios técnicos para TV y, por otra, un prestador de servicios de TV digital interactiva. Lo habitual será que los servicios técnicos para TV se presten por una empresa integrada en el mismo grupo que la que presta los servicios de TV pago, razón por la que cabría dar mayor importancia a la otra hipótesis.

Un acuerdo vertical tal podría llegar a restringir la competencia intermarcas entre los prestadores de servicios de TV digital interactiva, si bien podría suceder que ni tan siquiera lo anterior llegara a darse si de lo que se tratara fuera de lanzar un servicio innovador aún no suministrado por otros operadores. Por otra parte, esta competencia tiende a ser más la potencial que la real, puesto que el acuerdo vertical produce, sobre todo, el efecto de bloquear el mercado para el futuro frente a nuevos competidores, toda vez que, al hallarnos ante un mercado emergente, es difícil que hubiera competidores reales actuando en el mismo.

Por otra parte, la aplicación de la exención por categorías sería muy difícil de imaginar, pues la implicación del incumbente de telecomunicaciones en esta clase de acuerdos verticales bastaría, ya de por sí, para entender superados los umbrales de cuota de mercado normativamente previstos. Además, puesto que ese operador de telecomunicaciones resultaría ser competidor potencial dentro del mercado descendente de la TV digital interactiva, nos encontraríamos con un supuesto especialmente grave de acuerdo vertical entre competidores de los que también determinan la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por categorías. Razones como las anteriores privarían también de sentido a la aplicación a estos supuestos de la Comunicación *de minimis*.

Vimos ya cuáles podrían llegar a ser los factores de agravación de los efectos anticompetitivos, entre los que podríamos ahora destacar la fuerte posición del proveedor situado en el mercado ascendente o la existencia de importantes barreras de entrada de tipo tecnológico. Entre los de atenuación de esos mismos efectos cabría resaltar la fuerte presión competitiva ejercida por los cableoperadores.

Finalmente, los perfiles difusos de este mercado dificultaría la definición de los concretos tipos de acuerdos verticales que, de los previstos en las Directrices, podrían llegar a darse: marca única (si el prestador de servicios de TV interactiva se comprometiera a no adquirir servicios de comunicaciones electrónicas de otros operadores distintos de aquellos con los que hubiera llegado a concertarse en vertical), suministro exclusivo (Vg., si esos mismos proveedores en los mercados ascendentes se obligaran a no prestar sus servicios a otros prestadores de servicios de TV digital interactiva diferentes de aquél con el que se hubieran concertado en vertical), mantenimiento del precio de reventa (si el poder de los proveedores activos en los mercados ascendentes fuera tan grande como para mediatizar la política de

precios del operador activo en el mercado final de los servicios de TV digital interactiva), etc.

(d) Acuerdos de cooperación horizontal.

En cuanto al riesgo de acuerdos de cooperación horizontal con incidencia en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva, las principales conclusiones serían las que pasan a exponerse. En primer lugar, habría que resaltar la dificultad de que tales acuerdos lleguen a darse en el mercado de los servicios de TV digital interactiva, al ser un mercado naciente en el que resulta difícil que lleguen a coincidir dos o más competidores.

En segundo lugar, al conformar un mercado emergente, los acuerdos horizontales que hay más posibilidad de que lleguen a darse son, más que los encaminados a destruir las eficiencias de los competidores, los dirigidos a incrementar las propias de las partes concertadas. Por decirlo gráficamente, el lanzamiento de los servicios es en sí un reto, lo que exigirá todos los esfuerzos de las partes puestas de acuerdo al punto de que las mismas no puedan andar pendientes de cuál sea el comportamiento de sus competidores.

El lanzamiento de esta clase de servicios, partiendo del ejemplo de los mercados español e inglés, bien puede interpretarse como una apuesta por la neutralización de las ventajas competitivas de que disfrutaban los cableoperadores en *triple play* protagonizada por el incumbente de telecomunicaciones (*Telefónica* o *BT*) y el principal, cuando no el único, operador de TV de pago por satélite (*Sogecable* o *BSkyB*). En esa apuesta hay mucho de acuerdo vertical, como acabamos de ver, pero también de cooperación horizontal desde el momento en el que las partes concertadas serían competidores potenciales dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva.

Por otra parte, ya se vio que en España, podríamos hablar de un acuerdo entre *Sogecable* (senda de ida de la señal interactiva hacia el usuario) y *Telefónica* (senda de vuelta de la señal interactiva a través de la RTPC desde el usuario hacia la plataforma del operador) para la prestación de esta clase de servicios, a fin de contrarrestar la mayor bidireccionalidad y capacidad técnica de las plataformas de cable.

Se trató en su lugar de la exención por categorías en I + D como la más relacionada con este mercado, dado su carácter emergente. Sin embargo, como también se vio, uno de los presupuestos para la aplicación de esta exención sería el de que el umbral de cuota de las partes puestas de acuerdo no rebasara ciertos niveles, y lo anterior resulta de muy difícil aplicación en este mercado, en el que no suelen existir datos sobre cuotas facilitados por las autoridades de la competencia. De todos modos, como esos acuerdos tenderán a involucrar al principal operador de la plataforma de TV de pago por satélite y al incumbente de telecomunicaciones, lo más normal será que esos umbrales sean rebasados. Por lo mismo, será también probable que llegue a darse un poder de mercado que imposibilite la aplicación de la Comunicación *de minimis*.

La cooperación horizontal que ahora estudiamos tendrá un primer efecto, que será el de atenuar la competencia entre las partes dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva, y un segundo consistente en que las partes den por bueno el de la cooperación como modelo de negocio. Los anteriores efectos anticompetitivos podrán verse agravados por diversos factores como, por ejemplo, el hecho de que se trate de un acuerdo abiertamente dirigido a retrasar la innovación, la existencia de una infraestructura física y lógica en la que

cada parte, como retorsión, puede tomar la decisión de retirar sus propios elementos, dejándola inútil para el suministro de los servicios interactivos, la durabilidad del acuerdo, etc. También podrán ser atenuados por la concurrencia de otros como, por ejemplo, las eficiencias derivadas del lanzamiento de servicios innovadores o la fuerte presión competitiva ejercida por los cableoperadores o la propia inestabilidad del mercado, que llevaría a que fuera muy difícil para las partes controlar las bases de esa coordinación.

En cuanto a las concretas formas que la cooperación horizontal dentro de estos mercados podría llegar a revestir, distinguir las siguientes:

- 1.^a **Acuerdos de I + D**. Por el carácter emergente de los servicios de TV digital interactiva en España, y por la importancia de la innovación en ellos, prestamos una especial atención a los acuerdos de I + D. Vimos que toda la sistemática de las Directrices en torno a esta clase de acuerdos parte de la diferenciación de tres posibles situaciones, a saber, que el acuerdo de I + D vaya orientado hacia la mejora de productos, servicios o tecnologías existentes, que persiga el desarrollo de productos o servicios o tecnologías que en el largo plazo desplazarán a los existentes y, por último, que persiga el lanzamiento *ex novo* de un producto, servicio o tecnología novedosos.

Dado el estado actual del mercado de la TV digital interactiva en España, la más probable es la primera de las situaciones, toda vez los servicios de TV digital interactiva existen ya y de lo que se tratará será de mejorarlos. Por otra parte, tampoco cabe pensar que una TV completamente interactiva llegue a desplazar, ni en el largo ni en el corto plazo, a la TV tradicional, en la que la iniciativa parte más del difusor que del usuario, pues está presentará siempre frente a la otra la ventaja de una mayor comodidad para el usuario que podrá adoptar una actitud mucho más pasiva. Más bien lo previsible será que ambos servicios coexistan como mercados diferentes.

Además, en el caso del mercado español de la TV digital interactiva, más que en la mejora de productos, habría que pensar en la de servicios o en la de las tecnologías necesarias para prestarlos. Por otro lado, los límites entre lo que sería un acuerdo para la mejora de los servicios de TV digital interactiva y lo que sería un acuerdo para la mejora de la tecnología necesaria para prestarlos resultarían muy difíciles de apreciar en la práctica. Asimismo, cabría que el acuerdo de I + D, sin desnaturalizarse, se extendiera a la explotación de las mejoras, pero siempre que el centro de gravedad permaneciera en el ámbito del I + D, pues, de lo contrario, podríamos estar hablando de otra clase de cooperación horizontal, Vg., de un acuerdo de comercialización conjunta de servicios de TV digital interactiva.

Así centrada la cuestión, cabrá ya que nos dediquemos a los acuerdos de I + D con una mayor incidencia en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva.

Mercados afectados por un acuerdo de I + D podrían ser tanto los mercados existentes, como los mercados de la innovación. Sin embargo, no se considera que llegue a resultar afectado el mercado de la innovación cuando de lo que se trate sea, simplemente, de actividades de I + D dirigidas a la mejora de servicios o tecnologías existentes, que es precisamente lo que ahora nos ocupa. Centrados entonces en los mercados existentes, ante un acuerdo de mejora de los servicios de TV digital interactiva en España o de la tecnología necesaria para prestarlos, podría considerarse mercado afectado el español de los servicios de TV digital interactiva, si consideramos

el acuerdo como de mejora de servicios, o el de las tecnologías para la prestación de servicios de TV digital interactiva en nuestro país (definido por los derechos de propiedad intelectual sobre todas aquellas tecnologías que los clientes consideren entre sí sustitutivas), si se entiende el acuerdo como de mejora de tecnologías.

En cuanto al ***poder de mercado***, será relevante cuando la cuota combinada de las partes puestas de acuerdo (p.e., *Sogecable* y *Telefónica*) supere el umbral del 25 % que fija el Reglamento de Exención por categorías para I + D. Tratándose de la mejora de servicios, deberá atenderse para fijar la cuota al valor de las ventas de servicios de TV digital interactiva ya a los usuarios finales ya a los proveedores de bienes y servicios que los comercializan a través de esa plataforma tecnológica.

Si entendiéramos que se trata de un acuerdo de mejora de tecnologías, la cuota de mercado se obtendrá dividiendo los ingresos de licencias generados por las partes por los ingresos totales de las licencias de todos los vendedores de tecnologías sustitutivas. En el ejemplo del acuerdo de I + D entre *Sogecable* y *Telefónica*, para la mejora de la tecnología soporte de los servicios de TV digital interactiva existentes (senda de ida por satélite y de vuelta por RTPC), habría que conocer los ingresos obtenidos por las partes del acuerdo por licencias y también por los vendedores de tecnologías competidoras. Lo anterior sería difícil de obtener a la vista de los pronunciamientos de las autoridades de la competencia sobre este mercado, por lo que, en la práctica, de acuerdo con las Directrices, habría que acudir a las cuotas de las partes en el mercado español de los servicios de TV digital interactiva conforme a lo que se dijo.

En cuanto a los ***efectos anticompetitivos*** del acuerdo de mejora de los servicios (o tecnologías) interactivos y a los factores para su valoración, habría que referirse en primer lugar a una posible limitación de la innovación.

Ésta dependería de la posición de las partes en los mercados existentes de los servicios (o tecnologías) interactivos, pues sólo a partir de lo anterior estarían las partes incentivadas para frenar la cadencia de la innovación. También podrá operar como agravante la fuerte posición de las partes en el mercado de la innovación, por la ausencia de polos de investigación competidores del de las partes. Del propio modo, será necesario atender a cuál sea el alcance del acuerdo de cooperación y desarrollo y así, en los acuerdos de simple mejora de servicios o tecnologías, para que se produzca una afectación de la innovación, será necesario normalmente que la cooperación se extienda a la producción o comercialización en común del producto o tecnología mejorados (sin que sea suficiente, para que se produzca una limitación de la innovación, con un acuerdo “puro” de I + D en el que no exista explotación conjunta o en el que esa misma explotación conjunta consista sólo en el otorgamiento en común de licencias de explotación a terceros). Finalmente, habría que atender a la naturaleza del acuerdo de I + D (será anticompetitivo en todo caso cuando encubra una limitación de la producción, un reparto de mercados o una fijación de precios y no lo será, en ningún caso, cuando se dé entre compañías que por separado no puedan acometer el I + D).

Trasladando lo anterior al caso más factible en España del acuerdo de I + D para la mejora de los servicios de TV digital interactiva prestados en él, habrá que concluir con las autoridades de la competencia que, para que se dé la limitación de la innovación, será indispensable que las partes tengan poder dentro del mercado existente de los

servicios de TV digital interactiva y que el mismo presente importantes barreras de entrada que dificulten la entrada de los terceros. Ambas cosas tenderían a darse en nuestro caso: la propia naturaleza de los servicios interactivos exige la cooperación de un operador de telecomunicaciones y de una plataforma de TV especialmente potentes y, por otra parte, en el mercado de los servicios de TV digital interactiva, las barreras de entrada son importantes. Además, sería necesario que el acuerdo de I + D se extendiera a la explotación conjunta consistente en la producción o comercialización en común de los servicios interactivos mejorados.

Otros efectos anticompetitivos se asociarían a la colusión o coordinación horizontal de las partes en los mercados existentes y a la exclusión de los competidores de los resultados de la explotación del I + D, siendo factores de ponderación los mismos que hemos referido para el caso de la limitación de la innovación.

Con independencia de que la exención por categorías en I + D no pudiera aplicarse a un acuerdo como el anterior, p.e., por motivos de cuota de mercado, cabría no obstante que pudiera llegar a concederse alguna ***exención individual*** por la existencia de ventajas económicas que permitieran a los usuarios disfrutar de servicios técnicamente novedosos, siempre que la restricción (p.e., la coordinación de infraestructuras de ADSL y satélite) se limitara a lo indispensable y que no se produjera una eliminación sustancial de la competencia respecto de los productos o tecnologías en cuestión.

- 2.^a **Acuerdos de producción.** Será muy posible que se planteen acuerdos de producción en común para el desarrollo de servicios de TV digital interactiva; pudiendo constituir un estadio posterior al de la cooperación en I + D. En este caso, el ***ámbito afectado*** vendrá conformado no sólo por el mercado de los servicios de TV digital interactiva, sino también por otros en los que las partes estuvieran activas y pudieran llegar a ponerse de acuerdo (p.e. TV de pago). Los ***efectos anticompetitivos*** derivarán sobre todo del debilitamiento de la competencia entre las partes en su función de proveedores de servicios interactivos y la exclusión de los competidores. Entre los factores de agravación de esos efectos cobra una especial significación el que las partes compartan importantes partidas de costes.
- 3.^a **Acuerdos de compra conjunta.** Aun cuando teóricamente pueda plantearse que, por ejemplo, dos proveedores de servicios de TV digital interactiva se pongan de acuerdo para adquirir capacidad de senda de vuelta de un determinado operador de telecomunicaciones, lo cierto es que, partiendo del actual estado de desarrollo del mercado que estudiamos, lo anterior resulta difícil de imaginar en la práctica.
- 4.^a **Acuerdos de comercialización.** En principio, cabría que cualquiera de ellos, como dejamos estudiado, pudiera llegar a darse dentro del mercado de los servicios de TV digital interactiva: acuerdos conjuntos de promoción, distribución, venta conjunta o servicios postventa. Ahora bien, dado que el desarrollo de estos servicios exige el esfuerzo combinado del operador de telecomunicaciones y el de la plataforma de TV de pago por satélite, lo más normal será que la cooperación horizontal se sitúe en estadios anteriores a la comercialización como los de la producción o I + D.
- 5.^a **Acuerdos de estandarización.** Los mismos, más que ir directamente referidos al mercado que nos ocupa, se relacionarán con los mercados ascendentes de los recursos

asociados a las redes de comunicaciones electrónicas (descodificadores, tarjetas inteligentes, etc.).

- 6.^a **Acuerdos de transferencia de tecnología.** El grado actual de desarrollo del mercado que nos ocupa llevará, más bien, a que los acuerdos sean más para el desarrollo de la tecnología (I + D) que para la transferencia de tecnologías ya desarrolladas.

vi) Análisis de la estructura del mercado de los servicios de TV digital interactiva y evaluación del juego de la competencia en el mismo en casos concretos

En lo concerniente al análisis de la estructura del mercado de los servicios de TV digital interactiva y a la evaluación post-concentración del juego de la competencia en el mismo en el caso *BiB*, lo esencial sería que, en éste, el mercado de los servicios de TV digital interactiva era el mercado de referencia, en el que iba a estar activa la nueva entidad resultante de la concentración.

A pesar de que no se facilitaban datos sobre cuotas de mercado, sí era claro que los efectos anticompetitivos coordinados no iban a resultar de especial importancia (en ese mercado, aparte de la propia *BiB* y de las entidades a ella vinculadas, sólo tenían algún papel los cableoperadores y era improbable la concertación de éstos con aquélla). Si llegarían a tener esa importancia, en cambio, los efectos no coordinados derivados del hecho de que dos de las matrices de la nueva entidad *BiB*, en concreto *BSkyB* y *BT*, a consecuencia de la operación, dejarían de ser competidoras potenciales en el mercado de la prestación de servicios de TV digital interactiva, que cada una de ellas podía llegar a desarrollar por separado y al margen de *BiB* (*BSkyB* a través de la plataforma satelital y *BT* a través de la RTPC).

Había factores de agravación de los anteriores efectos anticompetitivos, como la existencia de importantes costes de transferencia para que los abonados pudieran llegar a cambiar de proveedor de servicios de TV digital interactiva, por el sistema de subvención por parte del operador de los costes asociados a los servicios técnicos (descodificadores) necesarios para la prestación de aquéllos. Sin embargo, pesaron más en el ánimo de la Comisión ciertos neutralizadores que también concurrían, a saber: la fuerte competencia potencial procedente del segmento del cable y la existencia de eficiencias derivadas del hecho de que pudieran los usuarios finales disfrutar de servicios innovadores. Lo anterior llevó a que la autoridad comunitaria de la competencia terminara otorgando la exención referida en el Art. 81.3, bajo ciertas condiciones (la principal, la de que *BT* no tomara posiciones dentro del segmento del cable, toda vez que esto último, añadido a sus intereses en *BiB*, podía estimularla para obstaculizar la prestación de servicios de TV digital interactiva a través de la red de cable).

vii) Barreras de entrada y competencia potencial en el mercado de los servicios de TV digital interactiva

Terminando con lo relativo a la existencia de barreras de entrada y al juego de la competencia potencial en este mercado, recordar:

- 1.º Existirán las mismas barreras de entrada que rigen en el mercado principal de la TV de pago, desde el momento en que no es imaginable que puedan prestarse servicios de TV digital interactiva sin que exista, con carácter previo, una plataforma de TV.

- 2.º No habrá barreras normativas añadidas: no se exige título habilitante específico para la prestación de Servicios de la Sociedad de la Información.
- 3.º Barreras económicas añadidas podrían ser las derivadas de la necesidad de realizar fuertes inversiones en I + D.
- 4.º Barreras tecnológicas adicionales, muy fuertes además, las habría hasta el punto de dificultar la propia existencia del mercado.

A la vista de lo anterior, la conclusión sería la de que la competencia real y potencial estaría muy mermada en el mercado de los servicios de TV digital interactiva.

e) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas: i) servicios técnicos, administrativos y comerciales; ii) listas con el avance de programación (guías electrónicas de programas); iii) comercialización de antenas parabólicas y equipos receptores

i) Relaciones de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas con los mercados de otros segmentos

Aun cuando estos mercados pudieran, a simple vista, parecer secundarios, lo cierto es que el dominio de los mismos estratégicamente es vital, pues en ellos reside la clave del acceso al televidente por parte de los operadores de televisión.

Se trata de mercados heterogéneos en los que caben elementos de muy diversa naturaleza: productos/servicios, tangibles/intangibles, etc. El esquema de las principales relaciones de estos mercados con otros incluidos en segmentos diferentes podría bien ser el siguiente:

1. **Segmento de la difusión televisiva.**
 - a. ***Mercado de la TV de pago.*** Cuando ésta clase de servicios se relacionen con ofertas de TV de pago, los mismos serán, por lo general, prestados por el mismo organismo de radiodifusión, razón por la que las autoridades de la competencia los entenderán subsumidos en el mercado principal de la TV de pago.
 - b. ***Mercado de la TV en abierto.*** El proceso de digitalización de la TV terrestre tenderá a diluir, en parte, las diferencias entre los recursos asociados a redes de comunicaciones electrónicas vinculados a ofertas de TV de pago y a ofertas de TV en abierto.
2. **Segmento de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información.**
 - a. ***Mercado de los servicios de TV digital interactiva.*** Sabemos ya que ciertos elementos inscritos en el segmento de los recursos asociados, en particular,

Interfaces del Programa de Aplicación y Guías Electrónicas de Programas, son también necesarios para el suministro de servicios interactivos.

ii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

En cuanto a la identificación como mercados de producto y geográficos de referencia dentro de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas, ciertamente, el carácter heterogéneo de estos mercados llevaría a que una estricta aplicación de los criterios de la sustituibilidad de la oferta y de la demanda pudiera llevar a escindir, dentro de ellos, diferentes mercados de producto o servicio. Un criterio eminentemente práctico lleva a, con las autoridades de la competencia, prescindir de lo anterior y a centrar, sobre todo, la atención en la vertiente minorista de estos mercados (el suministro de servicios o productos a los usuarios finales), más que en la mayorista (como, p.e., la compra de descodificadores por parte del difusor a determinados proveedores). Acaso una excepción cualificada con respecto al anterior planteamiento podría ser la de la información sobre la programación, que es un insumo para que el prestador de los servicios de guía electrónica de programación pueda informar a los televidentes.

Las anteriores indefiniciones se proyectan también sobre la fijación del mercado geográfico de referencia, si bien, cuando estos servicios sean prestador por el mismo operador de la plataforma de TV en abierto, de pago o interactiva, la pauta será la de que la misma sea nacional por la dimensión también nacional del mercado a que van referidos los servicios principales.

Ha de también destacarse que los mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas serían, en principio, mercados sujetos a las previsiones del paquete regulador en cuanto a la identificación de operadores con PSM y a la imposición de obligaciones específicas a los mismos. Lo anterior no ha llegado, sin embargo, a concretarse; probablemente, porque los mismos objetivos hayan sido obtenidos a través de la imposición de estándares europeos de uniformización.

iii) Entorno normativo de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

En lo que concierne a las principales conclusiones relativas al entorno normativo en el que se desenvuelven estos mercados:

1. Servicios técnicos para TV (los comerciales y administrativos no presentan singularidades dignas de reseña). Lo más importante es la existencia, dentro del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y de la normativa nacional de trasposición, de un bloque normativo tendente a garantizar la neutralidad tecnológica e interoperabilidad de los dispositivos, a fin de propiciar la libre circulación a escala europea y nacional de los servicios de difusión televisiva y de TV interactiva.
2. Antenas parabólicas de recepción. A pesar de la falta de disposiciones dentro de ese mismo paquete regulador de las comunicaciones electrónicas, la libre circulación de las parabólicas dentro del territorio de la UE, con el efecto asociado que ya conocemos de la libre circulación de los servicios de difusión por satélite, tendría que venir

garantizada por la Directiva 98/34, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, y por las normas de los Estados miembros que la trasponen.

3. **Guías Electrónicas de Programación**. Estos dispositivos tienden a ser incluidos por las autoridades de la competencia dentro del mercado de los servicios técnicos. En cuanto a la información necesaria para su confección, faltan disposiciones específicas de ámbito comunitario, sin embargo, a escala nacional, la Ley 25/94 introdujo y la LGCA mantiene en España disposiciones tendentes a garantizar el derecho de información de los usuarios y a evitar la contraprogramación, que tendrían que bastar para que no se reprodujeran en el mercado español casos como el de *Magill*.

iv) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España

Un análisis de la estructura de estos mercados permite concluir que el escaso valor de la marca puede permitir, en ocasiones, acudir al criterio del volumen de las ventas, más que al valor de las mismas, a la hora de fijar cuotas de mercado (p.e., número de descodificadores vendidos). Por otro lado, la circunstancia de que lo más habitual sea que el operador de la plataforma de TV sea quien presta esta clase de servicios al usuario final determina que las autoridades de la competencia se conformen con dejar apuntado que la posición de cada operador dentro de los mercados inscritos en el segmento de los recursos asociados será la misma que la ostentada en el mercado principal de la difusión (así en *Cablevision*, *BiB*, *Telia/Telenor*, *Vía Digital*, *Televes* o *Magill*).

v) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España

(1) En materia de concentraciones

Por lo que se refiere a la evaluación del juego de la competencia (evaluación de los efectos de abusos de posición dominante, prácticas colusorias y concentraciones), lo más importante podría ser lo que pasamos a exponer. En estos mercados, las restricciones del juego de la competencia proyectarán sus efectos más sobre el parámetro de la innovación que sobre el de la calidad y los precios. Un acercamiento a estas cuestiones cabe hacerlo desde la perspectiva que ofrecen los instrumentos – reglamentos y directrices de la Comisión; ahora bien, sin olvidar que éstos que nos ocupan son mercados en gran parte sujetos a las previsiones de la Directiva Marco y de las específicas.

Empezando por el riesgo de abuso derivado de **concentraciones horizontales** que puedan dar lugar o consolidar posiciones dominantes dentro de estos mercados, realmente, será lo más frecuente que lo anterior no sea más que una consecuencia de la concentración operada en el mercado principal, normalmente de la difusión televisiva. O, dicho en otras palabras, dentro de los mercados de los recursos asociados, con independencia de lo que ocurra en ese mercado principal, puede tener sentido una cooperación horizontal (p.e., acuerdo de I + D),

pero difícilmente una concentración horizontal si la misma no va acompañada de otra verificada en ese mercado principal. La consolidación de una posición dominante en el mercado principal puede también llevar a la de otra en el mercado accesorio, que podrá derivar hacia abusos de carácter anticompetitivo, p.e., la exclusión de sistemas de acceso condicional competidores, o explotativo, p.e., limitaciones de la innovación y la imposición a los usuarios finales de descodificadores próximos a la obsolescencia.

Lo anterior serviría también para explicar que los efectos anticompetitivos no coordinados derivados de la atenuación de la presión competitiva de las partes en su función de proveedores de, p.e., descodificadores o parabólicas tiendan a diluirse en los efectos no coordinados que llegan a producirse en el mercado principal de la difusión o, más inusualmente, de los servicios interactivos. Por otro lado, los efectos coordinados, en el sentido de cooperación horizontal entre la nueva plataforma salida de la concentración en el mercado de los recursos asociados y otras que disfruten de, también, importantes cuotas en el mismo, es probable que no lleguen a darse si esa nueva plataforma pretende, por ejemplo, imponer sus estándares frente a los de las competidoras. En cualquier caso, parece oportuno remitirse aquí a todo lo que más abajo se dirá con respecto a la cooperación horizontal.

Partiendo de la existencia de una concentración dentro de un determinado mercado de recursos asociados, será lo más habitual que no lleguen a darse neutralizadores de los efectos anticompetitivos: **(i)** dado que nos hemos centrado en su dimensión minorista, será improbable que los usuarios finales lleguen a influir sobre el proveedor de servicios técnicos o de parabólicas (en el caso de la información sobre programación para prestar servicios de guía electrónica de programación, teorizando con la existencia de un verdadero mercado y por lo visto en el caso *Magill*, el poder estaría también del lado de los difusores proveedores de la información); **(ii)** también la competencia potencial se encontraría severamente recortada por las características de los mercados principales; **(iii)** las eficiencias derivadas, por ejemplo, de la implantación de estándares neutros podrán ser obtenidas por vías menos restrictivas que una concentración (acuerdos de transferencia de tecnología o en I + D).

En lo que concierne al riesgo de concentraciones verticales, en estos mercados habría que planteárselo sólo cuando las plataformas de TV adquirieran insumos situados en esos mercados ascendentes y no los generaran por sí mismas (p.e., si *Sogecable*, que adquiere los descodificadores que entrega a los abonados de *Thomson*, opta por integrarse verticalmente con ésta). Ante un caso tal, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales podría ser considerado mercado afectado por la existencia de relaciones verticales y llegaría a darse el presupuesto del poder de mercado de la nueva entidad integrada, por lo menos, en el mercado descendente de la TV de pago. No obstante, los efectos anticompetitivos proyectados sobre el mercado ascendente de los servicios técnicos, administrativos y comerciales no llegarían a ser importantes. En cuanto a los no coordinados, porque, si bien es cierto los competidores de la nueva entidad en los mercados ascendentes podrían llegar a tener bloqueado el suministro a la sección descendente de la concentrada, también lo es que podrían encontrar compradores alternativos en TV de pago e incluso usos alternativos para sus insumos en el campo de la TV en abierto. Por otra parte, tampoco resultarían importantes los efectos coordinados pues, dada la atomización del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, las posibilidades de colusión serían muy bajas.

Y, en cuanto a las concentraciones conglomerales, se podrían plantear, por ejemplo, cuando se produjeran integraciones entre mercados complementarios (p.e., descodificadores

y *software* de acceso, como en el caso *Thomson y Canal + Technologies*), sin embargo, en tales casos resultaría dudoso tan siquiera que llegara a darse el presupuesto del poder de mercado de la entidad conglomeral en cualquiera de los mercados afectados por su complementariedad, toda vez que sabemos que se trata de mercados muy desconcentrados.

(2) En materia de prácticas restrictivas

(a) Abusos de posición dominante

Por lo que respecta al abuso de posición dominante, el riesgo de que el mismo llegue a darse en el mercado español prácticamente quedará limitado a aquellos casos en los que el operador que disfrute de posición dominante en el mercado principal de la TV de pago la ostente, también y como consecuencia, en el nivel minorista de la prestación de servicios técnicos, administrativos y comerciales a los abonados a TV de pago.

En este caso, el control de estos elementos esenciales podrá coadyuvar a que la plataforma de TV de pago pueda también consolidar su posición dominante en el mercado principal, por el cuello de botella que suponen a la hora de ofrecer acceso al abonado. Lo anterior, en lo que al mercado español se refiere, cabría imaginarlo sobre todo en el caso de *Sogecable*.

En un caso como el anterior, la posición dominante de *Sogecable* en el mercado accesorio muy probablemente se investirá de la necesaria estabilidad atendiendo a diversos factores: el control de toda una gama de servicios accesorios a los de TV de pago, las fuertes barreras de entrada, la proyección por *Sogecable* de su marca sobre todos los productos integrados (servicios televisivos + servicios accesorios), el carácter de auténtica instalación esencial de tales elementos accesorios, etc. Probablemente los comportamientos abusivos de *Sogecable* se dejarían sentir, sobre todo, en el campo de la innovación y tendrían un carácter más bien omisivo (p.e., la no renovación del parque de descodificadores, etc.), con un indudable carácter lesivo para el juego de la competencia en el mercado y para los intereses de los consumidores.

Pasando a las formas de abuso, comenzamos por centrarnos en el riesgo de exclusión cuando *Sogecable*, dada su posición dominante en estos mercados accesorios a consecuencia de su dominio también del principal, pretendiera excluir de estos mercados minoristas a otros prestadores independientes de servicios técnicos, administrativos o comerciales (p.e., *Thomson*) y ese cierre del mercado pudiera traer como consecuencia limitaciones de la innovación mediante, por ejemplo, la imposición de descodificadores obsoletos a los abonados y dado que los parámetros del precio y de la producción no resultarían especialmente relevantes en estos mercados.

Así, cabría imaginar la posibilidad de abuso excluyente mediante acuerdos exclusivos y bloqueo del acceso de los competidores en esos servicios accesorios a la base de clientes de *Sogecable*. Dentro de esos acuerdos exclusivos cabría plantearse, en primer lugar, las obligaciones de compra exclusiva cuando *Sogecable* imponga a sus clientes la compra exclusiva de sus servicios accesorios.

Estos supuestos los relacionan las autoridades de la competencia con toda la doctrina del contratante obligatorio, si bien sobre todo en niveles mayoristas en los que un cliente necesita para sobrevivir en el mercado de la marca de un determinado proveedor. No obstante no hallarnos en nuestro caso propiamente ante uno de esos supuestos, tampoco cabría de

antemano excluir la existencia de abuso de exclusión por compra exclusiva atendiendo a ciertos factores como, por ejemplo, la ausencia de competencia potencial y el escaso poder negociador de los abonados que dificultaría que pudieran estos optar por servicios accesorios alternativos. También habría que sumar la previsiblemente larga duración de la compra exclusiva y el hecho de afectar a una importante base de clientes, con las inherentes economías de escala y densidad agravando los efectos anticompetitivos.

A diferencia de las obligaciones de compra exclusiva, que sí podrían llegar a darse, los incentivos de compra exclusiva (p.e., *rappels* o descuentos por compras que rebasen ciertas cantidades), también dentro de la categoría de los acuerdos exclusivos, resultaría más difícil que se dieran, pues no parece imaginable premiar el hecho de que el abonado compre, por ejemplo, determinado número de descodificadores. No obstante sí cabría imaginar mecanismos de similar efecto como, por ejemplo, la subvención del descodificador por parte de la plataforma de TV de pago para fidelizar al usuario y a la vez dificultar su acceso a otros proveedores competidores.

También cabría plantearse dentro de los abusos de exclusión, los abusos por vinculación y venta por paquetes. La vinculación, en rigor, no llegaría a darse, pues no se trataría de que la plataforma de TV de pago intentara mejorar su posición en servicios accesorios negándose a facilitar servicios televisivos en el caso de que no ser contratados los primeros. Más bien se trataría del riesgo de venta por paquetes, en su modalidad de empaquetamiento puro, donde lo característico sería que los productos del paquete (servicios de TV de pago y servicios técnicos, administrativos y comerciales) sólo se comercializan juntos y no por separado.

En nuestro ejemplo, la posición dominante de *Sogecable* en el mercado principal de la TV de pago (mercado palanca) le valdría para protagonizar abusos de exclusión en el otro mercado del paquete, a saber, el de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago.

El efecto cierre en este último mercado podría llegar a verse agravado por ciertos factores, p.e.: **(i)** la durabilidad de la vinculación, que tenderá a ser mayor por el hecho de basarse en criterios técnicos y no sólo contractuales; **(ii)** el hecho de disfrutar *Sogecable* de posición dominante en todos los mercados del paquete; **(iii)** la posible elevación de los precios de los servicios accesorios por el cierre de este mercado; **(iv)** el carácter de los servicios accesorios en cuanto que complemento esencial de los servicios de pago; etc.

Dejando atrás los abusos de exclusión, el hecho de que nos encontremos ante mercados minoristas da pie para plantearse la posibilidad de abusos explotativos protagonizados aguas abajo por *Sogecable* en sus relaciones con los abonados a TV de pago. Una hipótesis tal de abuso resultaría complicado que la CNC pudiera llegar a apreciarla, toda vez que la conducta no sólo tendría que afectar a un usuario en particular, sino a la generalidad de abonados a TV de pago. Además resultaría forzado entender que los servicios de TV de pago son servicios de interés general, sobre todo cuando existe la opción gratuita de la TV en abierto, siendo esa una premisa para que pueda apreciarse abuso explotativo en el nivel minorista (así, p.e., servicios funerarios).

(b) Cáteles

Centrados en los riesgos de cártel dentro del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales, nuevamente, habría que diferenciar entre una eventual vertiente mayorista (la venta de los mismos por parte de proveedores a plataformas de TV) y otra minorista de los mismos (el suministro de los mismos a los abonados de TV de pago por parte de las plataformas de TV vinculándolos a sus servicios de TV de pago). En la vertiente mayorista, como se trata de mercados muy atomizados y competitivos, prácticamente los riesgos de cártel se minimizan. En la vertiente minorista, aunque por diferentes motivos, tampoco se plantean, pues cada plataforma de TV de pago querrá mantener a título individual las condiciones de prestación de estos servicios accesorios a sus abonados sin coordinarse con las demás y, en el caso de llegar a darse esta coordinación, la misma obedecerá a motivos más profundos relacionados con la colusión en el mercado principal de la TV de pago.

(c) Acuerdos verticales

Inciendiando sobre las conclusiones relativas a la colusión vertical con incidencia sobre los mercados inscritos dentro de este segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas, la misma no cabría plantearse en el caso más frecuente que es el de que la plataforma de TV de pago desarrolle por sí misma esos servicios para luego prestarlos en el tramo minorista a los usuarios finales. Sí, en cambio, cuando los adquiera en el tramo mayorista de proveedores independientes. Pero, aun en este caso, los efectos anticompetitivos se proyectarían aguas arriba sobre los mercados de los recursos asociados más que sobre los descendentes de la difusión o de los servicios de TV digital interactiva, pues los proveedores de estos últimos, gracias a su poder de compra, no tendrían especialmente complicado el cambio de proveedor. Por otro lado, al tratarse de una restricción de la competencia con incidencia sobre mercados de productos intermedios, tendría menos efectos restrictivos netos.

En cuanto a la posible aplicación de la exención por categorías a estos acuerdos verticales entre proveedores independientes en el ramo mayorista y operadores de plataformas de TV digital o interactiva, vimos que resultaría muy probable que la cuota de esos proveedores en los mercados ascendentes estuviera por debajo de los umbrales que imposibilitan la exención. En cambio, será más probable que la cuota disfrutada por la plataforma compradora (p.e., la satelital de *Sogecable*) en el mercado de compra sí haga imposible la aplicación de la exención.

Y, en cuanto a las prácticas restrictivas cuya gravedad, al margen de cuotas de mercado, hacen inviable la aplicación de la exención, dejamos también señalado que pudieran llegar a darse cualesquiera de ellas, con algunas excepciones como las de mantenimiento del precio de reventa, compartimentación del mercado por territorios o grupos de clientes o restricciones impuestas a los miembros del grupo de distribución selectiva, pues todas estas parten de un proveedor con poder suficiente como para imponer condiciones a sus clientes lo que, como venimos viendo, no se daría en un acuerdo vertical como el que nos ocupa.

La ausencia de poder de mercado en el caso de proveedores situados en estos mercados conducirá, por lo general, a que la autoridad de la competencia no deba llevar a cabo una evaluación de los efectos anticompetitivos de la colusión vertical. Al margen de lo anterior, las prácticas especialmente graves incluidas en la comunicación *de minimis* tienden a asimilarse con las que difícilmente se darán a tenor de lo visto en el párrafo anterior. Por otra

parte, la existencia de poder de compra en manos de las plataformas adquirientes, *prima facie*, podría llevar a que los efectos anticompetitivos pudieran llegar a proyectarse en el mercado ascendente de la oferta de servicios técnicos, administrativos y comerciales, no obstante, habría otros factores (IHH bajo, ausencia de barreras de entrada y fuerte competencia real y potencial) que servirían para enervarlos. Lo anterior, junto a otras circunstancias a las que nos referimos ya y que no parece oportuno reiterar, permitiría afirmar que la importancia de la colusión vertical en estos casos resultaría muy residual.

(d) Acuerdos de cooperación horizontal

Entramos ya a destilar conclusiones sobre los acuerdos de cooperación horizontal dentro de los mercados inscritos dentro del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas, donde lo esencial podría ser lo siguiente.

Cuando los servicios técnicos, administrativos y comerciales sean prestados por las propias plataformas de TV de pago a sus abonados, la cooperación horizontal sólo tendría sentido en un contexto más amplio de cooperación en el mercado principal de la TV de pago, con lo que habría que remitirse a todo el estudio realizado a propósito de este último mercado. Por esta razón, habría que centrarse en el caso de los acuerdos horizontales entre proveedores de servicios técnicos, administrativos y comerciales que no lo sean a la vez de servicios de difusión televisiva.

En primer lugar, las características de estos mercados, que suelen ser bastante competitivos y estar bastante desconcentrados, permite un amplio juego de la exención por categorías desde el momento en que, muy probablemente, no se verán rebasados los umbrales de cuota previstos al efecto. Dicho lo anterior, también cabe imaginar que la exención por categorías no resulte de aplicación (p.e., cuando muchos proveedores de esta clase de servicios se implican en algún acuerdo de estandarización o de transferencia de tecnología por el efecto acumulativo).

Centrándonos en algunas concretas formas de cooperación horizontal con una posible incidencia en estos mercados:

- 1.^a **Acuerdos de estandarización**. Centrados en los acuerdos de estandarización, al margen de que la imposición de determinados estándares pueda responder a un abuso de posición dominante de la empresa o empresas que realizan tal imposición, es dable igualmente imaginar que tal imposición llegue a darse en un contexto de cooperación horizontal. Dentro de estos acuerdos de estandarización se comprenden las especificaciones técnicas referidas a mercados en los que reviste importancia la compatibilidad o interoperabilidad con otros productos o sistemas [así, por ejemplo, en los sistemas de acceso condicional a TV de pago conformados por Interfaces del Programa de Aplicación (APIs) y Guías Electrónicas de Programación (EPGs)].

En este caso, ***mercados de referencia o afectados*** por el acuerdo de estandarización serían: **(i) el mercado de los servicios a los que van referidos los estándares** (p.e., el mercado de los servicios técnicos para TV de pago, si se aprueba en perjuicio de los competidores un estándar dejando obsoletos los descodificadores puestos en el mercado o, a la inversa, si se retarda en detrimento de los consumidores la aprobación de nuevos estándares a fin de mantener en el mercado unos descodificadores obsoletos); **(ii) el mercado tecnológico de referencia**, cuando la determinación de

estándares implica elección de una tecnología y cuando los derechos de propiedad intelectual se comercializan por separado de los productos o servicios a los que corresponden (p.e., si ciertas tecnologías de acceso condicional se venden con independencia de los servicios técnicos para TV de pago, el acuerdo de cooperación para implantar una de ellas podrá afectar al mercado de las tecnologías de acceso condicional); (iii) el **mercado de los servicios de establecimiento de estándares** (p.e., si existen varios organismos de estandarización de servicios técnicos para TV de pago y varios de ellos cooperan entre sí excluyendo a otros); (iv) el **mercado separado de ensayo y certificación** (p.e., si varios organismos se arrogan con carácter exclusivo el derecho a practicar pruebas de conformidad con el estándar adoptado o la expedición de marcas indicativas de conformidad con ese estándar).

Aunque los acuerdos de estandarización son especialmente proclives a la eficiencia, también es cierto que podrán bajo ciertas circunstancias producir *efectos anticompetitivos*.

En primer lugar, podrán **atenuar la competencia entre las partes del acuerdo**. En mercados como los que consideramos será probable que el poder de mercado de las partes, al ser poco, no llegue a erigirse en factor de agravación. Sí podrá llegar a ser un factor de agravación, en cambio, una excesiva vinculación de las partes al estándar del que no les esté permitido apartarse. La naturaleza del acuerdo adoptado podrá jugar para hacer innecesaria la evaluación de los efectos anticompetitivos ya por ser evidente que se dan (p.e., un acuerdo de estandarización que tiene como principal fin la limitación de la innovación) o por ser evidente que no se dan (p.e., un acuerdo de estandarización adoptado en el seno de un organismo europeo de normalización). El factor de la innovación podrá también justificar la imposición de estándares asociados al despliegue de una determinada tecnología (p.e., la imposición de la tecnología *Simulcrypt* o *Multicrypt* para el despliegue de los servicios de TV de pago).

En segundo lugar, se puede dar la **exclusión de los competidores o de tecnologías innovadoras** en varios momentos, a saber: en los debates previos al establecimiento de estándares; cuando las especificaciones técnicas pactadas dejan fuera cierta tecnología; cuando los estándares pactados no se hacen accesibles a terceros al amparo de la existencia de derechos de propiedad intelectual; cuando la comercialización de los productos o servicios ajustados a los estándares excluyan del mercado otros que no lo están (p.e., dejando descodificadores instalados en situación de obsolescencia); en las tareas de emisión de certificados de conformidad con los estándares pactados, etc.

Finalmente, cuando no resulte de aplicación la exención por categorías, podrá serlo no obstante la **exención individual**, considerando que los de estandarización son acuerdos especialmente dados a la eficiencia.

En el caso de los mercados accesorios a la difusión que ahora nos ocupan, “*los estándares que establecen la interoperabilidad técnica y la compatibilidad fomentan a menudo la competencia basada en los méritos entre tecnologías de diferentes empresas y contribuyen a impedir la cautividad de un determinado proveedor*” (v. núm. 308 de las Directrices). También se lee en el núm. 311 de las Directrices: “*Mientras los efectos sobre la innovación deben analizarse de forma individual, se considera que es probable que los estándares que crean compatibilidad en un nivel horizontal entre diferentes plataformas tecnológicas den lugar a mejoras de eficiencia*”.

Será necesario para ello que los estándares queden abiertos a los competidores actuales o potenciales (transparencia de estándares), que hayan sido pactados en el seno de cada uno de los colectivos representativos dentro del mercado (representatividad de estándares) y que no supongan una regresión o perjuicio para la innovación (progresividad de estándares). También será necesario que cuando, en aras de la eficiencia, el estándar no abarque determinadas tecnologías, tales exclusiones queden reducidas a lo indispensable.

- 2.^a **Acuerdos de transferencia de tecnología.** Y en lo que se refiere a los otros acuerdos de cooperación horizontal de los especialmente viables en los mercados de los servicios accesorios a la TV, los de transferencia de tecnología, dejar apuntado lo siguiente. Dado que nos encontramos ante mercados en los que la tecnología es importante, si bien los mismos presentan ya un cierto grado de madurez, los acuerdos de transferencia de tecnología pueden cobrar aquí un mayor sentido que los de I + D, por más que el fundamento de unos y otros sea en el fondo el mismo, la mejora tecnológica, en unos casos ya desarrollada y en otros aún por desarrollar.

Teniendo en cuenta las características de estos mercados accesorios, será posible que se aplique la exención por categorías prevista en el Reglamento que la regula para los acuerdos de transferencia de tecnología, como consecuencia de no exceder del 20 % la cuota combinada de las partes del acuerdos en el mercado de las tecnologías de referencia (p.e., tecnologías de cifrado) y en el de los servicios que incorporan dicha tecnología (p.e., servicios técnicos de acceso condicional).

En estos casos, los *ámbitos afectados* podrían ser: (i) el **mercado tecnológico de referencia** (p.e., si suponemos la existencia de un acuerdo horizontal de transferencia de tecnología de acceso condicional entre dos proveedores mayoristas de servicios técnicos para TV de pago, y suponiendo que, dadas las características del mercado, pudiera llegar a definirse un mercado de las tecnologías de acceso condicional, siempre sería necesaria la evaluación en este mercado); (ii) el **mercado de los productos o servicios de referencia que incorporan la tecnología licenciada** (en el mismo ejemplo, podría ser el de los equipos que incorporen la tecnología de acceso condicional); (iii) el **mercado de la innovación** (puesto que, en el ejemplo que venimos tomando, no sería imaginable ninguna innovación que hiciera innecesarios los equipos de acceso condicional para TV de pago, no parece que el mercado de la innovación pudiera salir afectado).

En cuanto al presupuesto del *poder de mercado* será indispensable que una de las partes del acuerdo la ostente en el mercado tecnológico de referencia para que deban evaluarse los efectos anticompetitivos de la cooperación horizontal. Los criterios para la fijación de esta situación de poder de mercado conforme a las Directrices sobre acuerdos de transferencia de tecnología fueron los que se expusieron en su lugar (número de tecnologías alternativas, ingresos por la cesión de cánones sobre la tecnología licenciada, cuotas en el mercado de los servicios que incorporan la tecnología licenciada, etc.) y, en resumidas cuentas, dependerán de cuáles sean las circunstancias del caso concreto.

Pasando al examen de los posibles *efectos anticompetitivos* de los acuerdos de transferencia de tecnología en estos mercados accesorios y a los factores para su ponderación, decir lo siguiente.

En primer lugar, puede ser que se produzca una **reducción de la competencia intertecnologías** porque se atenúe la presión entre las partes del acuerdo en el mercado tecnológico de referencia. El poder de mercado y la concentración del mismo no tenderán a erigirse en factor de agravación por lo que se viene diciendo. La naturaleza del acuerdo será un factor relevante cuando dicho acuerdo encubra limitaciones de la innovación u otros supuestos de cártel o también cuando el mismo presente una faz procompetitiva como cuando contribuyan a propagar una tecnología que permita el abaratamiento de los servicios que la incorporan. El hecho de que las partes compartan importantes partidas de costes podrá operar también como factor de agravación de estos efectos anticompetitivos. Y lo mismo cabría decir en cuanto al dato de que el acuerdo de transferencia de tecnología imponga obligaciones recíprocas.

En segundo término, la reducción de la competencia entre las partes del acuerdo de transferencia dentro del mercado tecnológico de referencia y del mercado del producto que incorpora la tecnología propiciará la **colusión entre ellas con vistas a la exclusión de los competidores**. Podrá llegar a darse una exclusión de competidores en el mercado de los servicios que incorporan la tecnología transferida (si, por ejemplo, el licenciante del *software* de acceso condicional impone al licenciatarlo el no cederla a terceros operadores, esa limitación de la competencia intratecnología, aún sin ser determinante, sí contribuirá a excluir a estos últimos del mercado de referencia de los servicios técnicos para TV de pago). También podrá dicha exclusión darse en el mercado tecnológico de referencia merced a la marginación de tecnologías competidoras.

En tercer lugar, podrá darse una **reducción de la competencia intratecnología** entre las empresas que producen productos con la misma tecnología si, Vg., un operador de TV de pago transfiere a otro radicado en el mismo mercado nacional determinada tecnología de encriptado bajo la condición de no subcederla a terceros competidores, ello dará lugar, en primer lugar, a una restricción de la competencia intratecnología o entre operadores autorizados para utilizar la tecnología licenciada y, en segundo término, una limitación de la competencia intertecnologías o, lo que es igual, entre ésta y sus tecnologías sustitutivas, pues, al estar limitada la competencia intratecnología, los operadores autorizados para el empleo de la tecnología licenciada no se verán obligados a rebajar sus precios para competir entre sí lo que llevaría a que la tecnología licenciada no compita vía precios con otras inscritas dentro del mismo mercado tecnológico de referencia.

También cabrá aquí, como en el caso de los acuerdos de estandarización, el juego de las **exenciones individuales**, siempre que se den sus presupuestos y por el hecho de tender a ser procompetitivos. P.e., cabrá que el acuerdo de transferencia sirva para el desarrollo de una única plataforma tecnológica de TV de pago o unos servicios técnicos que permitan a los usuarios el disfrute de los de TV de pago en mejores condiciones que hasta ese momento.

vi) Análisis de la estructura en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas en España y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

(1) En el caso Cablevisión

Pasando a la formulación de conclusiones sobre análisis de la estructura del mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago en casos concretos, pasar a hacer los siguientes apuntes.

En primer lugar, nos encontraríamos con el caso *Cablevisión*. El mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales se presentaba como mercado de referencia en el que iba a estar presente como mayorista la nueva entidad *Cablevision* prestando servicios a las operadoras locales de *Telefónica* y a *Sogecable*. A pesar de que no se facilitaban datos sobre cuotas de mercado, *Cablevision* disfrutaría de una posición dominante en el mercado de referencia, sobre todo, por el control por parte de sus matrices, *Telefónica* y *Sogecable*, de infraestructuras esenciales: bucle local y sistemas de acceso condicional.

Partiendo de esa posición dominante, entendió la autoridad de la competencia muy probable que *Cablevision* pudiera imponer condiciones discriminatorias en perjuicio de los cableoperadores en materia de calidad o precios de los servicios. Había factores de agravación de estos efectos anticompetitivos (el control por cada una de las concertadas de su propia infraestructura les permitía influir sobre las bases de la concertación y activar medidas de retorsión frente al incumplimiento de la otra, al tiempo que dejar esa coordinación a resguardo de los posibles competidores) y, en cambio, no concurrían neutralizadores (ni poder de compra de un nascente sector del cable, ni competencia potencial, pues no resultaba verosímil que competidores potenciales duplicaran “el paso de hogares” de *Telefónica* ni, en fin, eficiencias para los usuarios finales o para el mercado). Partiendo de todo lo anterior cabía entender como más que razonable la decisión del TDC de vetar la operación.

(2) En el caso BiB

En el caso *BiB*, la nueva entidad nacida de la operación no era la que iba a estar activa en el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago y TV interactiva (recuérdese que la DG IV no escindió el mercado de producto en función de que se tratara de servicios para TV de pago y servicios para TV interactiva), sino una de sus matrices (*BSkyB*). De aquí que no pudiera hablarse del mismo como mercado de referencia y también que el mejor enfoque fuera el centrado en el eje de la colusión vertical cuyos polos eran *BSkyB* y *BiB*.

Contra la pauta que impera actualmente, en este caso, la falta de implementación de las normas europeas tendentes a garantizar la interoperabilidad de estos recursos llevaba a que los acuerdos verticales entre *BSkyB* y la nueva entidad *BiB* sí pudieran desplegar importantes efectos anticompetitivos. El hecho de que *BSkyB* disfrutara de una posición dominante en el mercado ascendente de los servicios técnicos para TV interactiva, sumado a esos acuerdos verticales, podía alimentar la exclusión en ese mercado ascendente, pero además en el descendente de los servicios digitales interactivos, en el que otros operadores distintos de *BiB* podían verse privados de los recursos indispensables para prestarlos.

De los términos del acuerdo sometido a la consideración de la autoridad de la competencia resultaban tipos concretos de restricciones verticales de los previstos en los instrumentos de la Comisión (cláusulas de suministro exclusivo por parte de *BSkyB* a *BiB* de los servicios técnicos) y otras que no terminaban de ajustarse a los mismos, pero de una indudable gravedad por entrañar limitaciones a la innovación (p.e., la prohibición de que *BSkyB* comercializara en el mercado descendente descodificadores distintos de los suministrados a *BiB*). Lo anterior, unido a una serie de factores de agravación a los que se hizo referencia, llevó a que la DG IV sólo autorizara la operación bajo condiciones estrictas: la obligación de suministro de descodificadores por parte de *BiB* también a otras plataformas de TV digital interactiva y la celebración de acuerdos *Symulcrypt* con otros prestadores de servicios técnicos.

(3) En el caso Telia/Telenor

En el caso *Telia/Telenor*, a diferencia del caso anterior, el mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales sí era mercado de referencia en el que iba a funcionar *Newco*. Además, a diferencia de *Cablevision*, el mercado se presentaba en su vertiente minorista de servicios prestados a los usuarios finales. Aun no revelándose datos sobre cuotas de mercados, sí podía inferirse que *Newco* disfrutaría de una posición dominante dentro de este mercado. Al margen de que, conforme a la pauta apuntada, los efectos anticompetitivos dentro de este mercado tendieran a diluirse en los verificados dentro del mercado principal de la adquisición y distribución de señal de TV, la atenuación de la competencia (efectos no coordinados) entre *Telia* y *Telenor* en este ámbito podía llevarlas a ponerse de acuerdo para imponer unos estándares comunes y a no compartirlos con otros competidores a fin de expulsarlos del mercado.

También cabía que llegaran a plantearse importantes efectos conglomerales de los que ya conocemos, toda vez que, considerando complementarios entre sí los mercados de la distribución de señal de TV y de los servicios accesorios, sucedería que *Newco* se apalancaría en uno de los mercados para expandirse en el mercado complementario recurriendo, por ejemplo, a técnicas de vinculación o empaquetamiento.

La gravedad de lo anterior, asociada a la no concurrencia de factores de neutralización de los que ya conocemos, llevó a que la autoridad de la competencia condicionara la operación a que las partes llegaran a desprenderse de una porción muy importante de su negocio de distribución de señal de TV, con los efectos consiguientes dentro del mercado que ahora nos ocupa.

(4) En el caso Vía Digital

En el caso *Vía Digital* no facilitó el TDC datos sobre cuotas de mercado disfrutadas por las partes dentro de estos mercados. Sí ocurría, tanto en el submercado de los servicios técnicos, como en el de los servicios administrativos y en el de los servicios comerciales, que una de las partes se los autoprestaba en tanto que la otra los adquiría, en el tramo mayorista, de terceros. Como consecuencia de lo anterior no era descartable el riesgo de que la nueva plataforma llegara a prescindir de esos contratos con terceros para adquirirlos sólo de alguna de las partes. Vimos también que, contra la sistemática seguida habitualmente por las autoridades de la competencia, encuadró el TDC dentro de ese mercado de los servicios técnicos, administrativos y comerciales para TV de pago otro que, en realidad, sería un

mercado diferente, a saber, el de la capacidad satelital. En este caso, el peligro era el que derivaba del fortalecimiento del poder de compra de la nueva plataforma dentro del mercado de compra de capacidad satelital. Ninguno de los anteriores riesgos para el juego de la competencia fueron especialmente atendidos por el TDC que autorizó la operación sin imponer condiciones que buscaran neutralizarlos; tal vez porque se entendía bastante la imposición de condiciones referidas al mercado principal de la TV de pago y, en el caso de la capacidad satelital, porque los costes de reorientación de las parabólicas hacían improbable que la nueva plataforma llegara a rescindir su contrato con alguna de los dos operadores de satélite (*Astra* e *Hispasat*).

(5) En el caso Televes

En el caso *Televes*, la pretendida práctica anticompetitiva consistía en un abuso de posición dominante por parte de *Vía Digital* derivado de la oferta de antenas parabólicas junto con sus servicios de TV de pago. Realmente, no había aquí colusión vertical porque un solo operador, *Vía Digital*, era el que actuaba en el mercado de la venta de antenas parabólicas y en el principal de la TV de pago, por lo que no tenía necesidad de ponerse de acuerdo con ningún proveedor. El TDC enfocó la operación desde la perspectiva del mercado descendente de la TV de pago, en el que la posición dominante no era para *Vía Digital*, sino para *Canal Satélite Digital*, por lo que podía entreverse en sus afirmaciones que la práctica podía llegar incluso a ser procompetitiva.

(6) En el caso Magill

Podría analizarse el caso *Magill* a la luz de la colusión horizontal. Aunque, como vimos, ese acuerdo horizontal era, más bien, la forma de articular un abuso de posición dominante concretado en la negativa al suministro de información para la confección de guías de programación. En *Magill*, aparte de verse agravados por una serie de factores que dejamos ya vistos en detalle (simplicidad del mercado con un corto número de competidores con acceso privilegiado a la información, nula competencia potencial para el suministro de esa información, barreras normativas de entrada ligadas a la existencia de derechos de propiedad intelectual sobre esa información, nulo poder negociador de *Magill*, etc.), resultaba que los efectos anticompetitivos eran de una especial gravedad, pues encerraban limitaciones de la producción o de la innovación que impedían el surgimiento del mercado del suministro de información completa y exhaustiva sobre programación de TV. Por ello, era obligada la sanción de la práctica restrictiva.

vii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de los recursos asociados a las redes de comunicaciones electrónicas

Finalmente, partiendo del grado de desarrollo tecnológico de estos mercados y del marco regulador a que quedan sujetos, podría concluirse que no existen en ellos barreras de entrada de carácter significativo. Tal vez podría apuntarse la existencia de barreras normativas que dificultan la circulación e instalación de antenas parabólicas a escala comunitaria partiendo de la Comunicación de la Comisión que dejamos ya estudiada. De lo anterior resultaría que la competencia potencial en los mismos es elevada, salvo cuando la coyuntura del mercado implique barreras económicas de entrada derivadas de la integración vertical en una misma entidad de las condiciones de proveedor de esta clase de servicios y de difusor con poder

dentro del mercado descendente de la TV (en abierto o de pago) o de la TV digital interactiva.

f) Conclusiones finales sobre los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas: i) adquisición y distribución de señal de TV; ii) capacidad satelital; iii) transmisión de señal de TV (servicios de transporte y portador de difusión)

i) Relaciones de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas con los mercados de otros segmentos

Las relaciones de los mercados incluidos en este segmento con otros incluidos en segmentos diferentes podrían explicarse sobre la base del siguiente esquema:

1. **Segmento de la difusión televisiva.**

- a. ***Mercado de la audiencia o de los telespectadores.*** Los mercados de la transmisión de señal audiovisual (servicio de transporte + servicio portador de difusión) son ascendentes respecto a este mercado, en la medida en que son insumos necesarios para la prestación a los usuarios finales del servicio de TV en abierto. En España el servicio de transporte de señal audiovisual puede basarse en cualquier plataforma tecnológica, en tanto que el servicio portador de difusión se basa en la red terrestre.
- b. ***Mercado de la TV de pago.*** En España, al menos de momento, las plataformas de entrega son, sobre todo, cable, ADSL y satélite. En cable y ADSL hay autoprestación, con lo que las cualidades de difusor y operador de telecomunicaciones tienden a coincidir en una sola entidad (*ONO* y *Telefónica*). En satélite, los servicios de capacidad satelital dan lugar a un mercado ascendente con relación al de la TV de pago, pues son *inputs* necesarios para que *Sogecable* pueda hacer llegar su oferta televisiva a sus abonados.

2. **Segmento de los contenidos.** Asistimos hoy (debate sobre la neutralidad de la red) a crecientes intentos de los operadores de telecomunicaciones por fortalecer su posición en el ámbito de los contenidos con el objetivo de rentabilizar sus inversiones en infraestructura y de acercarse como oferentes de contenidos a los propios usuarios finales. Pueden apuntarse como causas de lo anterior: **(i)** la creciente competitividad de los mercados de las comunicaciones electrónicas, en los que los retornos por acceso e interconexión son cada vez menores, haciendo necesaria la búsqueda de nuevas fuentes de valor añadido; **(ii)** el progreso de los servicios a la carta, que tiende a imponer un modelo “*telecom*” (punto a punto) frente al modelo “*broadcast*” (punto a multipunto), desplazando la iniciativa editorial que venía ostentando el proveedor de contenidos hacia el propio usuario final.

3. **Segmento híbrido de las comunicaciones electrónicas y de la Sociedad de la Información.**

- a. ***Mercado de los servicios de TV digital interactiva.*** Las especiales características de este mercado y las indefiniciones del modelo de negocio en el mismo motivan que esos servicios interactivos, que implican el transporte de señal a través de una red de

comunicaciones electrónicas, puedan ser considerados, en sí mismos, servicios de comunicaciones electrónicas. Otra opción es la de considerar que los servicios de comunicaciones electrónicas son un mercado ascendente con respecto al de los servicios interactivos, desde el momento en el que, por ejemplo, la senda de vuelta a través de la RTPC es un recurso necesario para la prestación de los mismos a los usuarios finales y a los suministradores que ofrecen sus productos y servicios a través de la plataforma interactiva.

4. **Segmento de los recursos asociados a las redes de las comunicaciones electrónicas.**
Las relaciones son las que derivan del hecho de ser algunos de estos dispositivos el punto de conexión entre los equipos terminales de los usuarios y la red de comunicaciones electrónicas en su último tramo.

Por otra parte, dada su característica de mercados de red, donde las redes se interconectan entre sí de las formas más variopintas para alcanzar la mayor densidad y la multiplicación de los nodos, resulta difícil sistematizar las relaciones de estos mercados entre sí.

ii) Identificación del mercado relevante dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas

De los mercados de comunicaciones electrónicas relacionados con la TV, realmente, en España, sólo ha sido identificado el de los servicios portadores de difusión sobre red terrestre conforme al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas. Los otros no lo han sido, aunque por razones distintas: **(i)** el de la adquisición y distribución de señal de TV, porque el mismo respondía a una coyuntura muy concreta, a saber, la planteada en el caso *Telia/Telenor* (en este sentido, sabemos ya que la delimitación de mercados *ex ante* ha de entenderse sin perjuicio de la que lleven a cabo *ex post* las autoridades de la competencia al conocer de casos concretos); **(ii)** el de la capacidad satelital, porque el mismo tiende a tener una dimensión transnacional y la sistemática impuesta por la Directiva Marco se centra, sobre todo y salvo excepciones, en mercados de dimensión geográfica nacional; **(iii)** el mercado de los servicios de transporte de señal audiovisual y el mercado global de los servicios de transmisión de señal audiovisual, porque no se observa la existencia de problemas de competencia que justifiquen su identificación *ex ante* para la imposición de obligaciones específicas.

En lo atinente a la **definición del mercado de producto**, la identificación del ***mercado de la adquisición y distribución de señal de TV*** hacía, en realidad, referencia a dos mercados diferentes, uno de compra y otro de venta. Tal identificación respondía a unos mercados de telecomunicaciones nórdicos muy desarrollados en los que era el operador de telecomunicaciones, más que el organismo de radiodifusión, el que tenía la clave de acceso al usuario final. En este sentido, la señal de TV era un insumo para que el operador de telecomunicaciones prestara el servicio al usuario final, lo que suponía la inversión de la tónica general a que nos venimos refiriendo conforme a la que los mercados de las comunicaciones electrónicas serían ascendentes con relación a los de los contenidos. Sólo sobre la base de lo anterior podía cobrar sentido la identificación del mercado de producto partiendo del test del monopolio hipotético: ante un IRSNTP aplicado por el organismo de difusión era difícil que el operador pudiera recurrir a la compra de un producto sustitutivo de la señal audiovisual.

La definición como mercado de producto del de la **capacidad satelital** es cuestión pacífica en las resoluciones de las autoridades de la competencia, bastando con remitirnos a lo dicho en los epígrafes correspondientes.

También tendría que serlo la identificación del mercado del **servicio portador de difusión de señal audiovisual sobre ondas hertzianas** frente a: (i) el **mercado anterior de los servicios de transporte sobre cualquier clase de red** (contribución + transporte); (ii) el **mercado también anterior de los servicios de multiplexado**, situados entre el mercado de los servicios de transporte y el mercado de los servicios portadores de difusión (no obstante, en los casos *Axión/Abertis/concentración* y *Teledifusión Madrid*, la ANC definió, en primer lugar, el mercado de los servicios de transporte de señales audiovisuales, distinguiendo los segmentos de transporte contribución y transporte distribución y, en segundo término, el de los servicios de gestión del múltiple y difusión terrestre de señales analógicas y digitales de televisión, con lo que integraba en un mismo mercado los servicios de gestión del múltiple y los portadores de difusión, aun cuando, por lo visto, ambos tendrían que dar lugar a diferentes mercados de producto); (iii) el **mercado global de la transmisión de señal audiovisual** (transporte + portador de difusión); (iv) otros **mercados de servicios portadores de difusión sobre red diferente a la terrestre** (por la forzosa vinculación del título concesional del difusor a la red terrestre); (v) los **servicios portadores de difusión sonora**, por no existir sustituibilidad del lado de la demanda y por ser la sustituibilidad de la oferta sólo unidireccional, siendo éste, también y a la postre, el planteamiento de la CMT en la ronda de revisión de 2008, como vimos.

En lo concerniente a la **delimitación del mercado geográfico de referencia**:

- 1.º el **mercado de la adquisición y distribución de señal audiovisual** era nórdico o escandinavo porque, la tradición de subtítular, llevaba a que el operador de telecomunicaciones adquiriera la señal del organismo de radiodifusión sobre esa base geográfica;
- 2.º el **mercado de la capacidad satelital**, sobre la base de criterios ya suficientemente expuestos, tendría una dimensión geográfica coincidente con la huella del satélite;
- 3.º los **mercados de la transmisión** (v. casos *Axión/Abertis/abuso I y II*), **del transporte** (casos *Axión/Abertis/concentración* y *Teledifusión Madrid*) y **de los servicios portadores de difusión** (CMT en la ronda de revisión de 2006) tendrían una dimensión geográfica nacional, atendidas la cobertura de la red y la existencia de instrumentos normativos específicos y por aplicación de los criterios de sustituibilidad de la oferta y de la demanda y de la sustitución en cadena en el sentido que dejamos ya estudiado.

No obstante, por las razones que vimos, ya en la ronda de revisión de 2008, concluyó la CMT también la existencia de mercados de ámbito autonómico y local dentro del de los servicios portadores de difusión. También el TDC, en el caso *Retevisión*, identificó un mercado catalán de los servicios de transmisión de señal de TV. En el mismo sentido, en los casos, *Axión/Abertis/concentración* y *Teledifusión Madrid*, en el caso del mercado de los servicios de múltiple y difusión terrestre de señales audiovisuales, se mantuvo la diferenciación entre un mercado geográfico de referencia de dimensión nacional (España), de dimensión autonómica (Comunidades Autónomas de Andalucía y Madrid) y de dimensión local (para cada una de las demarcaciones locales existentes dentro de esas comunidades autónomas), dependiendo de que los servicios portadores

se suministraran a difusores de ámbito nacional, autonómico o local, respectivamente. En servicios de transporte se mantenía, en cambio, como hemos dicho, la existencia de un mercado nacional.

iii) Entorno normativo de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas

Destacando lo más importante relativo al entorno normativo de cada uno de estos mercados:

1. **Mercado de la adquisición y distribución de señal de TV.** Al margen de cuál fuera el concreto marco regulador imperante en los mercados nórdicos, parece lo más razonable remitirnos al que rige otros mercados de perfiles mejor definidos.
2. **Mercado de la capacidad satelital.** Las propias características del servicio conformador de este mercado motiva que el marco regulador supranacional sea más internacional que comunitario europeo: p.e., asignaciones de recursos orbitales en el seno de la UIT conforme a su Reglamento de Radiocomunicaciones. En el seno de la UE, de modo análogo a lo ocurrido con el espectro radioeléctrico, se perciben tendencias políticas con vistas a adquirir un mayor protagonismo en esta materia a través de una acción coordinada con la Agencia Estatal Europea (ya en la Directiva 2002/77 se recuerda a los Estados miembros que los acuerdos que suscriban con otros sujetos de Derecho Internacional Público sobre estas materias no podrán ir contra las disposiciones del propio Tratado relativas a la libre competencia). A escala nacional española, la vigente Ley General de Telecomunicaciones y otras normas que la desarrollan en el nivel reglamentario prevén que los recursos órbita/espectro puedan ser explotados directamente por el Estado o por particulares mediando concesión (directa o mediante concurso) o, en virtud de acuerdos con organismos internacionales, por las empresas o entidades que el Gobierno español designe como signatarios de los mismos. Por último, hacer referencia a la existencia de una profusa reglamentación técnica tanto europea como nacional (adaptada a la anterior) sobre antenas de emisión y otras instalaciones, toda ella de una indudable importancia práctica en cuanto condiciona la libre prestación de servicios de difusión transfronterizos.
3. **Mercados del servicio de transmisión/transporte/portador de difusión de señal audiovisual.** La idea esencial es la de la sumisión de todos estos mercados nada menos que a todo el paquete regulador europeo de las comunicaciones electrónicas: **(i)** Directiva Competencia (supresión de derechos exclusivos o especiales conferidos por los Estados a determinados operadores para la gestión de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas); **(ii)** Directiva Marco (regulación *ex ante* de los mercados de comunicaciones electrónicas identificando en ellos operadores con PSM a los que imponer obligaciones específicas); **(iii)** Directiva Autorización (se suprime la exigencia de título habilitante individual para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas); **(iv)** Directiva Acceso (obligaciones de acceso e interconexión entre operadores). Se exceptúa de lo anterior, la aplicabilidad en estos mercados de la Directiva Servicio Universal, que va más bien referida a los mercados minoristas de las comunicaciones electrónicas (acceso minorista a IT, servicios de telefonía fija, etc.). A escala nacional, de modo paralelo, quedan sometidos estos mercados a las previsiones de la vigente Ley General de Telecomunicaciones y de su legislación de desarrollo que quedó ya suficientemente expuesta.

iv) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas en España

Pasando ya a todo lo relativo al análisis de la estructura de los mercados inscritos dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, las principales conclusiones podrían ser:

1. **Mercado de la adquisición y distribución de señal de TV.** A diferencia de lo que ocurría en el mercado de la TV de pago, el criterio tendría que ser uno basado más en el volumen (número de hogares) que en el valor de las ventas (ingresos obtenidos), porque el operador de telecomunicaciones ofrecía a los usuarios finales unos servicios televisivos de pago reducido que además empaquetaba a otros servicios de telecomunicaciones y de ahí que el criterio del valor de las ventas no ofreciera una imagen excesivamente fiel del poder de mercado.
2. **Mercado de la capacidad satelital.** El dato de que se trate de un mercado de comunicaciones electrónicas en el que, por lo que ya sabemos, se impone una visión dinámica y prospectiva lleva a primar, frente al criterio de las cuotas actuales de mercado expresadas en valor de las compras, el de la capacidad derivada del control de instalaciones esenciales y no fácilmente reproducibles (los transpondedores de los satélites orientados hacia determinada huella). En este sentido, cabe observar que el mercado de la capacidad satelital responde al perfil de industria “*distressed*” en la que los competidores disponen de importantes excesos de capacidad sin utilizar. No obstante, ese exceso de capacidad podrá no ser determinante cuando resulte inviable la reorientación de las antenas parabólicas hacia el nuevo satélite, caso en el cual podría resultar perfectamente aplicable toda la doctrina que expusimos en su lugar sobre las instalaciones esenciales.
3. **Mercado de los servicios portadores de difusión sobre red terrestre.** Partimos de la situación examinada por la CMT aplicando un criterio prospectivo, al tratarse del único mercado en el que fueron identificados problemas de competencia con arreglo a la Directiva Marco y a sus instrumentos de desarrollo. Aún cuando a escala autonómica y local pudiera haber otros dos o tres oferentes más con una cierta significación, a escala nacional *Abertis* era el único proveedor de estos servicios. Éste último operador representaba más del 90 % del mercado por volumen de ingresos, lo que arrojaba la imagen de un mercado cuasimonopólico, muy concentrado y estable. Además, la presión de la competencia potencial sobre *Abertis* quedaba muy menguada atendiendo al control por ella de infraestructuras de imposible réplica. Del lado de la demanda, los difusores locales tendían a autoprestarse el servicio portador y, en cuanto a los autonómicos y nacionales, su corto número y el hecho de que en el mercado de la TV en abierto existieran importantes barreras de entrada llevaban a que disfrutaran de un fuerte poder negociador. Sin embargo, éste no era tanto como para neutralizar el poder de mercado de *Abertis* derivado de ese control que acabamos de referir sobre infraestructuras esenciales.

Por otra parte, aunque lógicamente su grado de condensación sería menor que el de los servicios portadores de difusión por la multiplicidad de plataformas, recientes pronunciamientos de las autoridades de la competencia, a los que se hizo referencia, permitirían barajar la opción de que *Abertis* pudiera ostentar también una posición

dominante en el más amplio mercado de la transmisión de señal audiovisual, así como en el complementario de los servicios de transporte.

v) Evaluación del juego de la competencia en los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas en España

Centrándonos en las conclusiones relativas a la evaluación del juego de la competencia en estos mercados:

1. **Mercado de la adquisición y distribución de señal de TV.** Dado que la identificación de este mercado se limitaba al contexto de los mercados nórdicos y, en lo que a nuestra exposición se refiere, al caso *Telia/Telenor*, será lo mejor que reservemos la cuestión para la evaluación del juego de la competencia en casos concretos.
2. **Mercado de la capacidad satelital.** En el caso del mercado de la capacidad satelital, aun siendo también indudablemente un mercado de comunicaciones electrónicas, dado su carácter trasnacional e incluso trascontinental, el mismo no es objeto de tratamiento apriorístico conforme al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas [las viejas Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones (91/C 233/02) abordaban con un enfoque *a posteriori* cuestiones tales como la existencia de cártel o de abuso de posición dominante entre operadores de transpondedores y de capacidad satelital]. Estos motivos nos llevan a que las conclusiones sobre evaluación del juego de la competencia en este mercado las vertamos, como con el anterior, a propósito del caso concreto *Telia/Telenor*.
3. **Mercado de los servicios portadores de difusión sobre red terrestre.** Una evaluación dinámica del juego de la competencia en este mercado tendría que necesariamente entroncar con toda metodología que, arrancando de la Directiva Marco, desarrollan otros instrumentos más específicos. La CMT entendió que *Abertis*, en cuanto que operador con PSM, una vez liberado de las obligaciones de servicio público a que venía estando sujeto, podía estar estimulado para no facilitar a sus competidores el acceso a los puntos irreplicables de su red, incurriendo en denegaciones de suministro, tácticas dilatorias coincidentes con las ventanas de oportunidad, discriminaciones de calidad y precios respecto de los difusores que contrataran con sus competidores, subvenciones cruzadas entre sus servicios portadores en analógico y en digital o entre placas territoriales con diferentes condiciones de competencia, etc.

Lo anterior llevó a que la CMT impusiera a *Abertis* obligaciones específicas tendentes a garantizar a sus competidores ese acceso a los elementos o nodos irreplicables de su red. Ya se vio cómo de crítica se mostro la CNC con el criterio de la CMT de imponer el acceso sólo en coubicación y no en interconexión y las razones de ello. En definitiva, se trataba de que la coubicación, por sí sola, no iba a bastar para garantizar una presión competitiva suficiente sobre *Abertis* en cada ventana de oportunidad. También se imponían a *Abertis* obligaciones de no discriminación a la hora de prestar el servicio portador a todos los difusores, hubieran o no contratado directamente con ella. Para controlar lo anterior se imponía asimismo un deber de transparencia concretado en que *Abertis* hiciera pública su oferta de referencia, con orientación de sus precios a costes para evitar estrechamientos de márgenes (la CNC tampoco consideró lo anterior suficiente y propuso también la separación funcional de los servicios de transporte,

multiplexado y portadores de difusión de *Abertis*; lo que no fue atendido por la CMT). Finalmente, se impusieron por la CMT también remedios referidos al segmento minorista, donde debía publicar los contratos que llegara a concertar con los difusores.

Por otra parte, la evaluación del juego de la competencia en el mercado más amplio de los servicios de transmisión de señal audiovisual y en el complementario de los servicios de transporte cabrá que la hagamos más adelante a propósito de casos concretos.

vi) Análisis de la estructura de los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas en España y evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos

(1) En el caso Telia/Telenor

Pasando ya al análisis de la estructura de estos mercados y a la evaluación del juego de la competencia en los mismos en casos concretos, cabría empezar por referirse al caso *Telia/Telenor*, que vino a referirse a dos de los mercados que hemos inscrito dentro del segmento de las comunicaciones electrónicas, a saber, el de la adquisición y distribución de señal de TV y el de la capacidad satelital.

Empezando por el primero, en el caso concreto de *Telia/Telenor* el hecho de que la Comisión examinara diversos escenarios geográficos (nacional, escandinavo y nórdico) y por modos de distribución (DTH y SMATV) impediría resumir la situación en valores de las cuotas de mercado. Aún no resultando datos completos sobre cuotas de mercado de la resolución de la DG IV, era evidente que *Newco* iba a disfrutar de una cuota de más del 50 % dentro del mercado de referencia y, en consecuencia, de una posición dominante. Había además múltiples factores que daban para pensar que *Newco* estaría muy estimulada para abusar de esa posición dominante (control simultáneo de varias redes, el fácil acceso a mercados financieros derivado de su envergadura, ventajas tecnológicas asociadas a la digitalización de su red frente al carácter analógico de las de sus competidores, economías de alcance en *triple play*, integración vertical, ausencia de neutralizadores, etc.). Los efectos anticompetitivos horizontales no coordinados eran los más importantes porque el poder de mercado de *Newco* iba a ser tanto que, prácticamente, no iba a tener necesidad de coordinarse con otros competidores actuales o potenciales. Pero, además, existían importantes efectos anticompetitivos de carácter vertical desde el momento en que resultaba muy probable que *Newco* llegara a prevalerse de su posición dominante para protagonizar abusos explotativos en sus relaciones (ascendentes) con los organismos de radiodifusión (obteniendo precios por debajo de umbrales competitivos) y también en las descendentes con otros operadores más pequeños a los que podía aplicar precios y otras condiciones abusivos. De todo lo anterior resultó que la operación sólo pudo llegar a ser autorizada bajo el compromiso de las partes de desprenderse de sus divisiones de TV por cable.

Como en el mercado anterior, aún faltando datos precisos, era posible suponer que *Newco* iba a disfrutar, en el mercado de la capacidad satelital, de una cuota de entre el 60 y el 80 % por número de transpondedores. Los mismos factores que, hemos visto, agravaban la situación en el mercado de la adquisición y distribución de señal de TV la agravaban también en éste de la capacidad satelital; si bien con alguna modulación: el control de instalaciones esenciales se daba más con respecto a los transpondedores que con relación a las estaciones

de enlace ascendente; la combinación de la red satelital con la de cable permitiría a *Newco* obtener economías de alcance (mayor gama de servicios), de escala (menores costes) y de densidad (mayor número de nodos o penetración de la red). También como en el caso del mercado de la adquisición y distribución de señal de TV, los efectos anticompetitivos de mayor importancia eran los no coordinados que, como consecuencia principalmente de su alto grado de integración vertical, colocarían a *Newco* en condiciones de impedir la expansión de su principal competidor, el operador de satélites *NSAB*. Todas estas razones explicarían también la conocida condición impuesta por la Comisión en cuanto a la obligación de las partes de desprenderse de sus divisiones de TV por cable. En el caso concreto del mercado de la capacidad satelital, iba lo anterior a suponer que no pudiera ya *Newco* presentarse ante los organismos de radiodifusión como titular de las dos principales redes de distribución de señal de TV, a saber, satélite y cable, para imponerles condiciones abusivas.

(2) En el caso Retevisión

Centrándonos en la situación en el mercado de ámbito nacional de la transmisión de señal de TV sobre la que proyectó el TDC sus consideraciones en el caso *Retevisión*, lo más importante podría ser lo siguiente. En este amplio mercado que, como venimos reiterando, combinaría los mercados de los servicios de transporte y portadores de difusión, *Retevisión* disfrutaba de una posición dominante con una cuota de mercado rondando el 65 %. Se trataba, además, de un mercado muy concentrado y estable, aunque sin llegar a los umbrales que vimos para el mercado más reducido de los servicios portadores de difusión.

En el caso *Retevisión*, entendió el TDC que la desaparición dentro de Cataluña de uno de los dos operadores en el mercado de la transmisión de señal audiovisual quedaría compensada por las obligaciones de interconexión dimanantes del paquete regulador de las comunicaciones electrónicas y por la condición impuesta por el propio TDC en el sentido de que la nueva entidad surgida de la concentración debía desprenderse de las instalaciones de *Retevisión* en Cataluña o, alternativamente, debían ser abiertos a terceros los contratos entre *Tradia* y el *Centre*. Por otra parte, tampoco dio importancia al hecho de que la operación pudiera, como consecuencia del acercamiento a *Retevisión* de la placa catalana, llegar a frustrar el nacimiento, por la vía de integración de placas, de un segundo operador de dimensión nacional porque lo anterior no resultaba técnicamente viable. Además, puso la autoridad de la competencia especial énfasis en la competencia potencial ejercida por la red de *Telefónica* en el segmento del transporte y el poder de compra ejercido por los organismos de radiodifusión.

(3) En el caso Axió/Abertis/abuso I

En el caso *Axió/Abertis/abuso I* se trataba de un abuso protagonizado por *Abertis* para excluir a *Axió* del mercado de los servicios portadores de difusión. La conducta abusiva se escindió por la autoridad de la competencia para su tratamiento en dos bloques, a saber: **(i)** la excesiva duración de los contratos celebrados en 2006 entre *Abertis* y cinco difusores (reforzada con cláusulas de penalización por resolución anticipada) y la excesiva duración de los contratos celebrados en 2008 entre *Abertis* y tres difusores (reforzada con descuentos a los difusores por no resolución anticipada); y **(ii)** la simple oferta de descuentos por la contratación conjunta de la difusión en todos los territorios o placas regionales en que podría subdividirse la placa nacional realizadas por *Abertis* a dos difusores a lo largo de 2005.

En cuanto al primer bloque, se centró la autoridad de la competencia en si había llegado a producirse el cierre del mercado en las ventanas de oportunidad de 2005 y de 2010.

En la primera de 2005, en la que se asignaron a los difusores los canales que había dejado libres *Quiero TV* tras su desaparición, varios factores influyeron en ese cierre (la red de *Abertis* era la única adaptada a las coberturas y se imponían plazos cortísimos para que los alternativos pudieran adaptar sus redes a las diversas exigencias técnicas; la CMT no había aún impuesto remedios a la posición dominante de *Abertis* conforme al paquete regulador de las comunicaciones electrónicas; etc.).

A pesar de lo anterior, *Axión* llegó a celebrar contrato en 2007 con tres difusores, pero sólo para una ampliación del 5 % de cobertura, y ello no impidió que esos tres difusores terminaran por sacar un concurso para todo el ámbito de cobertura. Lo anterior se desencadenó por la negativa de algunos difusores a contratar con *Axión* (p.e., *La Sexta* que compartía intereses con *Abertis*), lo que llevó a que se vieran inducidos a sacar ese concurso otros con los que aquellos compartían múltiple, pues hasta 2010 no se podía contratar el mismo múltiple con dos operadores diferentes. También influyeron las penalizaciones por resolución anticipada previstas en los contratos de 2006 que vinculaban a los difusores con *Abertis*.

La anterior situación permitió a *Abertis* también imponer una excesiva duración de los contratos de 2008, reforzada con descuentos por no resolución anticipada que se añadían a la responsabilidad por daños que pudiera derivarse de esa terminación anticipada, que contribuyeron a cerrar asimismo la ventana de oportunidad que se abría con el apagón analógico de 2010.

La autoridad de la competencia negó que las penalizaciones por resolución anticipada introducidas en los contratos de 2006 pudieran llegar a tener justificación objetiva sobre la base de amortizar las inversiones acometidas por *Abertis* para la prestación de los servicios portadores. Atendió para ello a que *Abertis* había heredado la red de *Retevisión* y que había obtenido ingresos ya en virtud de contratos anteriores, además de que ciertos elementos de la red podían destinarse también a otros usos.

También negó esa justificación objetiva a los descuentos incorporados a los contratos de 2008 que *Abertis* decía respondían a una imposición de los difusores. Para la CNC, en cambio, se trataba de una imposición de *Abertis* que los difusores se habían visto obligados a aceptar para evitar precios abusivos de la misma *Abertis*.

En cuanto al segundo bloque de conductas, conformado por la oferta de contratación de una sola placa nacional en los contratos de 2005, también llevaba al cierre del mercado porque el alternativo, para ser competitivo, debía compensar al difusor por la pérdida del descuento ofrecido por *Abertis* en la placa regional que fuera y, además, en las otras en las que no estuviera activo ese operador alternativo. Tampoco aquí había justificación objetiva para la CNC pues los descuentos que ofrecía *Abertis* eran económicamente ineficientes – de hecho, suponían que *Abertis* diera gratis el servicio en las tres placas regionales en las que *Axión* estaba activa - y respondían a un propósito exclusionario (se trataba de un todo o nada en el que no se ofrecían descuentos por la contratación de un mayor número de placas regionales; sólo por la contratación de una única placa nacional que incluía, evidentemente, las placas regionales de *Axión*).

Sentada la ausencia de justificación objetiva para los dos bloques de conductas, el efecto lesivo para el juego de la competencia era evidente. El mayor precio de los servicios portadores llevaría a que los difusores hubieran de resarcirse subiendo el precio de los anuncios, con el consiguiente encarecimiento de los productos y servicios publicitados, o insertando más publicidad en la programación en perjuicio de los televidentes. Así, se terminó por sancionar a *Abertis* con una multa por abuso de posición dominante, reconociendo además a los difusores un derecho de resolución unilateral, total o por placas regionales, respecto de los contratos de 2008 y a fin de evitar el cierre de la ventana de oportunidad de 2010.

(4) En el caso Axión/Abertis/abuso II

En el caso *Axión/Abertis/abuso II*, también la autoridad de la competencia se centró en dos bloques de conductas, a saber: **(i)** los contratos celebrados en 2007 con cuatro difusores, los cuales incluían descuentos por no resolución anticipada y descuentos por contribución a la implantación de la TDT (ninguno de estos contratos había sido examinado en el caso *Axión/Abertis/abuso I*); **(ii)** los contratos celebrados en 2008 con tres difusores, pero sólo en cuanto al descuento por contribuir a la implantación de la TDT, pues los descuentos por no resolución anticipada incluidos en estos contratos se habían tomado ya en cuenta en el caso *Axión/Abertis/abuso I*.

La CNC hizo una valoración de estos dos bloques de conductas pese a que no las sancionó por aplicación del principio *ne bis in idem*, pues el entramado contractual debía valorarse en globo y el mismo se había considerado ya para la sanción del abuso de posición dominante en el caso *Axión/Abertis/abuso I*.

En cuanto al **primer bloque**, el mismo fue enfocado desde la perspectiva de los descuentos condicionales previstos en las Orientaciones de la Comisión sobre abuso excluyente. Podía entenderse que se trataba de descuentos condicionales retroactivos, pues, si se comparaban los contratos de 2006 para la cobertura del 80 % y los contratos de 2007 para la cobertura del 96 %, podía deducirse que los descuentos no sólo se proyectaban sobre el incremento de cobertura del 16 %, sino además sobre la inicial del 80 % que en los contratos de 2007 se cobraba más barata que en los de 2006. Estos descuentos condicionales retroactivos podían llevar al cierre del mercado de los servicios portadores por la vía del bloqueo de clientes, pues éstos dejarían de estar incentivados para contratar con los competidores de la empresa que aplicaba esos descuentos.

La parte rígida de la demanda era la que se refería a la cobertura del 80 %, que *Abertis* tenía asegurada gracias a las cláusulas de penalización por resolución anticipada incluidas en los contratos de 2006. Podía considerarse como parte flexible la cobertura adicional del 16 % que era la que, teóricamente al menos, podían los difusores optar por contratar con *Axión* o con otros alternativos. *Abertis* se había apalancado en la parte rígida para la oferta de esos descuentos referidos a la parte flexible de la demanda. Así la solución más ventajosa para el difusor era la de contratar el incremento del 16 % con *Abertis*, a fin de beneficiarse de los descuentos que, por lo dicho, llegaban a proyectarse incluso sobre la parte rígida (cobertura del 80 %).

Así, debía determinarse si un competidor igual de eficiente que *Abertis* llegaría a tener vetado el acceso al mercado a consecuencia de los descuentos. Para que, por ejemplo, *Axión* pudiera, en relación con la parte flexible de la demanda o cobertura adicional del 16 % (gama

de referencia), atraer a los difusores a los que *Abertis* ofrecía los descuentos debía igualar el precio de catálogo aplicado por *Abertis* menos el descuento calculado para la gama de referencia y para el periodo de referencia.

A partir de aquí, podrían manejarse los siguientes ratios de los previstos en las Orientaciones de la Comisión. En primer lugar podía acudirse al LRAIC, que reflejaba los costes fijos y variables en los que incurría *Abertis* para poder prestar a terceros el servicio portador de difusión de señal. En la medida en que el precio efectivo aplicado por *Abertis* (precio de catálogo aplicado por *Abertis* menos los descuentos para la gama y periodo de referencia) se mantuvieran por encima del LRAIC no habría un cierre del mercado permitiendo a *Axión* sobrevivir en el mercado con sólo mantener los niveles de eficiencia de *Abertis*.

El segundo ratio era el AAC, que reflejaba los costes que podría haberse evitado *Abertis* en el caso de haber optado por no producir para terceros (los difusores) la gama de referencia del 16 % de cobertura. El AAC sólo incluía los costes fijos cuando se hubiera incurrido en ellos durante el periodo de referencia, lo que suponía que tendiera a ser menor que el LRAIC, que los incluía en todo caso. Si *Abertis* aplicaba un precio de catálogo menos los descuentos para el periodo y gama de referencia (precio efectivo) menor que el AAC, ello suponía necesariamente que tampoco cubría el LRAIC e, incluso y más allá de esto, que *Abertis* estaba sacrificando beneficios a corto plazo y que se daba un cierre del mercado en el que *Axión* no podría sobrevivir, aún siendo igual de eficiente que *Abertis*.

Cuando el precio efectivo cubría el AAC, pero no el LRAIC, había que valorar las circunstancias del caso para decidir si se estaba dando un cierre del mercado. En este sentido, debía observarse que *Abertis* aplicaba umbrales estándar para todos los difusores para proyectar sobre ellos el sistema de descuentos y el hecho de que fueran generalizados podía contribuir a que la no superación del LRAIC llevara a un cierre del mercado.

La CNC estimó que la diferencia entre ingresos (precio de catálogo para la gama – 16 % de cobertura - y periodo de referencia menos los descuentos) y costes (coste de capital asociado a las inversiones en infraestructura para la cobertura del 16 % más el coste operativo más los costes financieros más los costes de retribución de fondos propios) daba un margen negativo a lo largo del periodo de referencia, que asimiló al periodo de vigencia de los descuentos. Los márgenes seguían siendo negativos aún tomando todo el periodo de vigencia de los contratos como quería *Abertis*.

Además, la CNC advirtió de que, aun generando márgenes positivos, los descuentos pudieran dar lugar al abuso excluyente pues, a diferencia de lo sucedido con los precios predatorios, no resultaba indispensable en el caso de los descuentos condicionales para apreciar abuso que la empresa dominante sufriera un sacrificio económico (por otra parte, la existencia de márgenes positivos haría a todas luces abusiva la exigencia de penalización por resolución anticipada del contrato, pues ya habría llegado a darse la amortización de la inversión).

Respecto a las conductas del segundo bloque, recordemos, descuento por contribución a la implantación de la TDT en los contratos celebrados en 2008 con tres difusores, se trataba de contratos *ex novo* para toda la cobertura y no sólo para un incremento de la misma, como sucedía con el primer bloque. *Abertis* pretendió por ello que el 100 % de la demanda era contestable y que debía aplicarse el test de precios predatorios y no el de descuentos

condicionales. El primero era menos exigente que el segundo, pues sólo en el caso de no superarse el AAC cabía entender que se daba un sacrificio económico; no, en cambio, cuando se superase y ello aún cuando no llegara a cubrirse el LRAIC (en el caso de los descuentos condicionales podía haber abuso aún cubriendo el AAC si no se superaba el LRAIC).

No obstante lo anterior, debía tenerse en cuenta que para la Comisión podía haber también predación cuando dejaran de obtenerse por la empresa dominante los beneficios o ingresos que una conducta mínimamente razonable llegara a producir atendidas las circunstancias del mercado. Lo anterior podría permitir manejar la idea de que *Abertis* pudiera haber llegado a incurrir en predación.

En cualquier caso, lo anterior no era relevante porque el test debía ser el de los descuentos condicionales, pues la demanda no era contestable, al menos para la cobertura del 80 %, porque subsistía el impedimento derivado de las cláusulas de penalización de los contratos de 2006 y también las barreras de entrada en el mercado. Así aplicando el mismo método que con el primer bloque sentó la CNC la existencia de márgenes negativos y de abuso excluyente.

(5) En los casos *Axión/Abertis/concentración* y *Tradia/Teledifusión Madrid*

En los casos *Axión/Abertis/concentración* y *Tradia/Teledifusión Madrid*, aunque formalmente se trataba de dos concentraciones distintas, se traducían en la integración en *Abertis* del operador de la placa autonómica andaluza (*Axión*) y del de la madrileña (*Teledifusión Madrid*).

Los efectos anticompetitivos más importantes eran los no coordinados o unilaterales que se proyectaban sobre el mercado del transporte/distribución y sobre el mercado de los servicios portadores de difusión.

En el primer mercado, los problemas se planteaban a escala nacional, donde difícilmente podría llegar a ser replicada la red de transporte/distribución de *Abertis*. En el de los servicios portadores de difusión, los problemas de competencia se planteaban, en cambio, a escala nacional, autonómica y también local. A escala nacional se alejaban las placas de Andalucía y de Madrid de la red de *Unired*, imposibilitando que ésta pudiera hacer frente a la red nacional de *Abertis*. A escala autonómica, en los mercados andaluz y madrileño, se eliminaba la competencia que le hacían a la red de *Abertis* las de *Axión* y *Teledifusión Madrid*, respectivamente. Y lo mismo cabía observar respecto a los mercados locales de Andalucía y Madrid.

Dados los anteriores problemas de competencia, para que las operaciones fueran autorizadas, fue necesario que *Abertis* se obligara a la prestación mayorista de servicios e infraestructuras de transporte y portadores de difusión a fin de que los alternativos pudieran competir con su red. Otras medidas adicionales se referían, por ejemplo, a la limitación en el tiempo de los contratos suscritos por *Abertis* con los difusores o a la obligación de hacer ofertas separadas para las diversas placas regionales.

vii) Barreras de entrada y competencia potencial en los mercados del segmento de las comunicaciones electrónicas

Y terminando con lo más destacable en cuanto a barreras de entrada y competencia potencial en estos mercados:

1. **Mercado de la adquisición y distribución de señal de TV.** En este mercado concreto, casi circunscrito al caso *Telia/Telenor*, las barreras de entrada más significativas eran las de carácter económico derivadas de la fuerte posición de *Telia* y *Telenor* en el segmento descendente de la distribución de señal de TV a los usuarios. La conclusión, pues, era la de que el juego de la competencia potencial estaba muy debilitado.
2. **Mercado de la capacidad satelital.** En este mercado, barreras de entrada pertenecientes a todas las clases tenderían a manifestarse con la máxima intensidad, con lo que el juego de la competencia potencial en este mercado estaría muy limitado en lo que se refiere al acceso al mismo de nuevos competidores. Dicho lo anterior, debe advertirse que, como viene siendo la pauta en los mercados de las comunicaciones electrónicas, los competidores reales o actuales dentro del mercado de la capacidad satelital suelen presentar importantes excesos de capacidad, lo que servirá para que tienda a darse una competencia efectiva entre operadores ya activos dentro del mercado de referencia.
3. **Mercados del servicio de transmisión/transporte/portador de difusión de señal audiovisual.** Convendría ceñir las reflexiones al mercado de los servicios portadores de difusión de señal audiovisual tomando en cuenta que principalmente en él, que fue el identificado por la CMT, es donde se plantearían problemas de competencia. Por otra parte, teniendo en cuenta que las **barreras de carácter tecnológico** no son importantes, convendría centrarse en las de carácter normativo y económico.

Dicho lo anterior, las **barreras económicas** más significativas serían las ligadas al tendido de infraestructuras, sobre todo, a partir de determinados umbrales de densidad de la red, teniendo en cuenta, además, la obligación legal de alcanzar determinados niveles de cobertura (véase más arriba). No obstante, la imposición de obligaciones específicas de ubicación sobre el operador con PSM por la CMT tendría que contribuir a neutralizarlas. Habría otras barreras económicas importantes como las asociadas al largo plazo de los contratos que vinculaban a los organismos de radiodifusión con el prestador de servicios portadores con PSM, que se agravaban por efecto de los descuentos aplicados por *Abertis*, o las tasas o cánones asociados al suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Igualmente, cabría destacar como barrera económica de entrada la derivada de la existencia en estos mercados de economías de densidad, gama y alcance obtenidas por *Abertis* en la prestación del servicio; y, del mismo modo, la ausencia de competencia interplataformas en servicios portadores de difusión de señal de TV.

Respecto de las **barreras normativas**: (i) no resultaría significativa la ligada a la obtención de título habilitante porque esta exigencia ha sido suprimida; (ii) otras barreras normativas podrían ser las derivadas de normas administrativas de carácter sectorial como, por citar algunas, las que contienen límites de exposición a los campos electromagnéticos, las de ordenación del territorio o urbanísticas o las de protección del medio ambiente, que vendrían a condicionar en gran medida el despliegue de red por parte del operador; (iii) también podría tenerse por barreras normativas, sobre todo

hasta el apagón de 2010, la vinculada a la necesidad de contar con el consentimiento de todos los operadores que compartieran múltiple para la contratación de los servicios portadores o la ausencia de remedios suficientes impuestos por la CMT.

En conclusión, tras la intervención de la CMT, la competencia potencial en este mercado tendría que haber llegado a alcanzar unos niveles adecuados. Sin embargo, recientes acontecimientos como el intento fallido de *Axión* de acceder al mercado como consecuencia de la frustración de sus contratos con *Sogecable* y *Telecinco* y los casos más recientes de abuso de posición dominante por *Abertis* podrían dar pie para pensar que no se ha conseguido.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES Y MONOGRÁFICAS

ABAD ALCALÁ, L.: *“El servicio público de televisión ante el siglo XXI”*, Dykinson, Madrid, 1999.

ACUÑA QUIROGA, C.: *“Innovación predatoria y política de la competencia en mercados de alta tecnología. Estado de la cuestión a la vista del caso Microsoft”*. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXI (2000). Marcial Pons.

ADELMAN, M.A.: *“The Antimerger Act 1950-1960”*, 51 Am. Econ. Rev., págs. 236-44 (1961).

AGUADO, G.: *“Retos de la televisión en Europa: Viabilidad y tendencias de mercado”*. Trabajo realizado en el área de investigación *“Retos y tendencias de las empresas informativas europeas”*, en el marco del Módulo Europeo Jean Monnet de la Universidad Antonio de Nebrija. Documento de trabajo Nebrija 2005/007.

ALABÁU, A.: *“La Unión Europea y su política de telecomunicaciones. En el camino hacia la Sociedad de la Información”*, Fundación Airtel Móvil. Ávila, 1998.

ALABÁU, A.: *“La Unión Europea y su política para la sociedad de la información: en el umbral de una nueva gobernanza europea”*. Fundación Airtel Vodafone, 2001.

ALBADALEJO, M.: *“Derecho civil I, vol. 2”*, Barcelona: Bosch, 1996.

ALCAIDE GUINDO, C.: *“Comentarios a la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación del mercado”* en *Anuario de la Competencia*, 1997.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *“Autorizar lo que no está prohibido: una crítica a la regulación de los acuerdos verticales”*; Trabajo preparado para la 1ª Conferencia de Derecho y Economía de la Competencia, Madrid, Universidad Antonio de Nebrija 26 de septiembre de 2003; disponible en Internet.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *“Autonomía Privada y Derechos Fundamentales”*, ADC 1993, pp 57-122.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *“La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado”*, ADC 1997, pp 155-186

ALJARILLA, E.: *“Alta subvención y mucho déficit en la TV europea”*. Nueva Economía, Suplemento de El Mundo, nº 222, 16 de mayo 2004.

ALONSO SOTO, R.: *“Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios”*, en Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, 4 tomos, Civitas, Madrid, 1986, Tomo I, págs. 653-669.

ALONSO SOTO, R.: *“Derecho de la competencia II: Defensa de la libre competencia”*, en *Curso de Derecho mercantil (Uría-Menéndez)*, Madrid: Civitas, 1999.

ALONSO SOTO, R.: *“El control de concentraciones de empresas en España”*. 14.º Congreso FIDE, compilado por Uría, R. y Menéndez, A. en *“Curso de Derecho Mercantil”*, Tomo I. Civitas Madrid 1999. Pág. 319.

ALONSO SOTO, R.: *“El control de las concentraciones económicas”*, artículo compilado por Uría, R. y Menéndez, A. en *“Curso de Derecho Mercantil”*, Tomo I. Civitas Madrid 1999. Pág. 319.

ALONSO SOTO, R.: “*La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas. Comentario a la Sentencia Philip Morris, de 17 de noviembre de 1987*”. Rev. Inst. Europ., 1988, pgs. 769-788.

ALONSO SOTO, R.: “*Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y las principales novedades*”, en Beneyto Pérez (dir.) y Mailló González-Orús (coor.) “*El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*”, Bosch, Barcelona 2002, págs. 289-303.

ALONSO SOTO, R.: “*La nueva regulación de la defensa de la competencia*”; Conferencia dictada el 13 de diciembre de 2007, en el salón de actos del Colegio Notarial de Madrid y dentro del ciclo organizado por la Academia Matritense del Notariado.

ÁLVAREZ MONZONCILLO, J.M.; LÓPEZ VILLANUEVA, J.: “*La situación de la industria cinematográfica española: políticas públicas ante los mercados digitales. Documento de trabajo 92/2006*”. Fundación Alternativas.

AMPHOUX: “*Cronique de jursiprudence (1990-1991)*”, 5-6 *Cahiers de Droit Europeen*, 689 (1991).

ANSELME-RABINOVITCH, L. : “*Les concentrations d'industries dans le Marché Commun. Le Cas Continental Can Company*”. Banque, 1972, p. 1050.

ANTEQUERA PARILLI, R.: “*El nuevo Tratado de la OMPI sobre derecho de autor*”, ADI, t XVIII, 1997, págs. 47-72.

ARAGÓN, M: “*Constitución económica y libertad de empresa*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* Madrid: Civitas, 1996.

AREEDA/KAPLOW/EDLIN: “*Antitrust Analysis. Problems, Text, and Cases*”, 6th Edition, Aspen Publishers, New York, pp. 5 a 32, 2004.

AREEDA, P.H.; TURNER, D. F.: “*Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*”, vol. I y ss. Boston, Toronto, 1978 y ss.

AREEDA, P.H.; TURNER, D. F.: “*Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*”. 88 Harv. L. Rev. 697 (1975).

ARIÑO ORTIZ, G.: “*Economía y Estado*”, Madrid, 1993.

ARIÑO ORTIZ, G.: “*El Proyecto de Ley sobre Televisión Privada*”. Madrid, IEE, 1987.

ARIÑO ORTIZ, G.: “*Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*”. Editorial Comares. Granada 1999.

ARIÑO, G., DE LA CUÉTARA J. y AGUILERA J.M.: “*Las telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura*”. PERE-Marcial Pons. Madrid 1996.

ARIÑO, DE LA CUETARA y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ (1997): “*El nuevo Servicio Público*”, Marcial Pons, Madrid.

ARK, B. VAN, Y OTROS: “*ICT and productivity in Europe and the United States. Where do the differences come from?*”, CESifo Economic Studies, Vol. 49, 3/2003, pp. 295-318;

ARK, B. VAN, Y OTROS: “*ICT Investment and Growth Accounts for the European Union, 1980-2000*”, final Report on “ICT and Growth Accounting” for DG Economics and Finance of the European Commission, Brussels (2002).

ARMENTANO, D. T.: “*Antitrust and monopoly: anatomy of a policy failure*”. New York, 1990.

ARMSTRONG, M.: “*Competition in the pay-tv market*”, Journal of Japanese and International Economies (1999).

ARZAMENA, M. J.: “*Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*”. Civitas. Madrid, 1993.

ARPON DE MENDIVIL, A.: “*Las obligaciones de servicio público*”; en Com. LGT Aranzadi, 1999.

ARPON DE MENDIVIL, A: “*El régimen jurídico de la interconexión en España*”; Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, septiembre 1997, pp. 51 y ss.

- ARPON DE MENDIVIL, A; CARRASCO, A.; CRESPO, M.:** *“La Administración de las telecomunicaciones”*; en Com. LGT Aranzadi, 1999.
- ARPON DE MENDIVIL, A; CRESPO, M.:** *“El dominio público radioeléctrico”*; en Com. LGT Aranzadi, 1999.
- ARPON DE MENDIVIL, A; FIGUERA, C.:** *“El Estatuto de los operadores”*, en Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 205 y ss.
- ARTERO MUÑOZ, J. P.:** *“Competencia en el mercado de la televisión en España: Los modelos estratégicos de Telecinco (1990- 2005)”*. Universidad de Navarra. Tesis doctoral dirigida por Alfonso María Sánchez-Tabernero Sánchez.
- ARTHUR, B.:** *“Increasing Returns and Path Dependence in the Economy”*. Editorial University of Michigan Press, Ann Arbor, 1994.
- BACH I MONSERRAT, F.:** *“La función reguladora de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*; en J.F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena, coord. Régimen de las telecomunicaciones, Tecnos, Madrid, 1998.
- BACHES OPI, S.:** *“Merger Control in the United States and European Union: How Should the United States' Experience Influence the Enforcement of the Council Merger Regulation?”*. JTLP, State University of Florida, vol. 6, núm. 2, 1997, p. 223.
- BADEM FULLER:** *“Article 86 TCE EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position”* 4 ELRev.
- BADILLO, A.:** *“La desregulación invisible: el caso de la televisión local por ondas en España”*. Eptic On Line, Vol. VII, Nº 1, Enero-Abril. 2005.
- BADILLO, A.:** *“Políticas públicas del audiovisual y la desregulación de la televisión local por ondas en España (1980-2004)”*. Sphera Pública, Revista de Ciencias Sociales y de la Comunicación, Nº 5. 2005B.
- BAIN:** *“Organización industrial* (Barcelona: Ed. Omega, 1963).
- BAIN:** *“Barreras para los nuevos competidores”* (Harvard, 1956).
- BAKER S.; WU L.:** *“Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission”*, [1998] ECLR.
- BAKER:** *“Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of Most-favored-customer Clauses”*, ALJ, 64.
- BANEGAS, J.:** *“La nueva economía en España. Las TIC, la productividad y el crecimiento económico”*, Colección La sociedad red, Alianza Editorial, Madrid (2003).
- BANEGAS, J.:** *“Metamorfosis de la economía española: para seguir avanzando”*. Ponencia para el XX Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo
- BANKS, K.:** *“Mergers and Partial Mergers under EEC Law”*, 1987 Fordham Corp. L. Inst. (B. HAWKed., 1988).
- BAÑO LEÓN, J.M.:** *“La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia”*, en S. Muñoz Machado (ed.) Derecho europeo del audiovisual, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.
- BARDAJÍ HERNANDO, F. J.:** *“El mercado de la producción independiente para televisión en España. El caso de Globo Media (1993-2000)”*. Universidad de Navarra. Tesis doctoral dirigida por Alfonso María Sánchez-Tabernero Sánchez.
- BASSAN, F.:** *“La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense”*. Distrito del Commercio Internazionale, 1996, pp. 447 y ss.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J.:** *“La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión”*. Ariel, Barcelona, 1990.
- BAUMOL, W. J., PANZAR, J. C. Y WILLIG, R. D.:** *“Conestable markets and the theory of industry structure”*, New York: Jovanovich H. B., 1982.

- BAUMOL, W. J., PANZAR, J. C. Y WILLIG, R. D.:** *"On the Theory of Perfectly-Contestable Markets"* en Stiglitz, J. E. & Mathewson, G. F.: *"New Developments in the Analysis of Market Structure"*, London: Mcmillan press, 1986.
- BAUR, J.:** *"Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach Sektion 26 Abs. 2 Satz 2 GWB"* BB.
- BAZZOI, F.:** *"Televisione e libertà d'espressione negli Stati Uniti d'America"*, Giurisprudenza Costituzionale, 1994, pp. 4318 y ss.
- BEIER, F. K.:** *"Industrial Property and the Free movement of goods in international european market"*, 1990, Internacional Review of Industrial property and copyright law, Vol. 21.
- BEL I QUERALT, G.:** *"Privatización y desregulación: cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia"*, en Privatización, desregulación y competencia, Civitas, Madrid, 1996.
- BELLAMY, CH.; CHILD, G.:** *"Derecho de la competencia en el Mercado Común"*. Edición española a cargo de Eric Picañol. Civitas, Madrid, 1992.
- BELLAMY, CH.; CHILD, G.:** *"European Community Law of Competition"*; Sweet & Maxwell, Londres, 2001.
- BELLO MARTÍN-CRESPO M. P.:** *"Concentración de empresas de dimensión comunitaria"*. Aranzadi. Pamplona, 1997.
- BENEYTO PÉREZ (DIR.) Y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS (COORD.)** *"El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia"*, Bosch, Barcelona 2002.
- BENEYTO, J.M. (Dir.) y MAILLO, O.J. (Coord.):** *"Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España"*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- BERCOVITZ, A.:** *"Company Mergers and Takeovers. General Report"*; en 14 Congrès FIDE, III: *Le controle des concentrations d'entreprises*. Madrid, 1990, pgs. 343-406.
- BERCOVITZ, A.:** *"Normas sobre la competencia del Tratado de la CE"*, en *Tratado de Derecho comunitario europeo*, dirigido por García Enterría/González Campos/Muñoz Machado, Madrid, 1986, t. II, cap. XXV.
- BERCOVITZ, A.:** *"El control de las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea"*, G.J.CEE, 1.990, D-13, pags. 193 y ss.
- BERCOVITZ, A.:** *"La propiedad intelectual en las autopistas de la información"*. Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley, Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997, págs. 891-906.
- BERGER, K.; SCHOENTHAL, M.:** *"Tomorrow's Delivery of Audiovisual Services - Legal questions raised by digital broadcasting and mobile reception"*, European Audiovisual Observatory (ed.), IRIS Special 2005.
- BERLIN, D. :** *"Controle communautaire des concentrations"*. Editions A. Pedone, París, 1992.
- BIENAYME, A. :** *"L'application de l'article 86 du Traite de Rome dans la décision "Continental Can Company"»*. RTDE, 1972, pgs. 65-75.
- BILEY:** *"Contestability and the Design of Regulator and antitrust Policy"*, 71 American Economics Review, 178, 183 (1981).
- BISHOP, S.:** *"EC Vertical Restraints Guidelines: Effects-Based or Per Se Policy"*, European Competition Law Review, Volume 23, Issue 1, Enero 2002, p. 35.
- BIZERN, C.; AUTISSIER, A. M.; LE FLOCH-ANDERSEN, L.:** *"Public Aid Mechanisms for the Film and Audiovisual Industry in Europe, Vol. I. y II"*. Observatorio Audiovisual Europeo, Estrasburgo, 1998.
- BLAIR, J. M.:** *"Economic Concentration: Structure, Behavior and Public Policy"*, New York, 1972.
- BLAISE, J. B.:** *"Concurrence, controle des operations de concentration"*. RTDE, 1990, pgs. 743 y ss.

- BLAISE, J. B. :** *“Ententes et concentrations économiques”*. Editions Sirey, París, 1983.
- BLANCO, F. :** *“Innovación y Tecnología. Triple play: nuevos modelos de negocio para la era digital”*. Accesible por IT a través de dialnet.unirioja.es; Localización: Economistas, ISSN 0212-4386, Año Nº 24, Nº 108, 2006 , pags. 325-333.
- BLANDIN-OBERNESSER, A.:** *“Le Régime Juridique Communautaire des Services de Télécommunications”*. Armand Colin. París, 1996.
- BLASSELLE, R.:** *“Traite de Droit Européen de la Concurrence”*, Tomo I, Publisud, Paris, 2002, Pág. 85.
- BLUMENTHAL, W.:** *“Why Bother?: On Market Definition Under the Merger Guidelines”*, Statement before the FTC/DOJ Merger Enforcement Workshop, Washington, D.C. (Feb. 17, 2004) disponible en www.ftc.gov/bc/mergerenforce/presentations/040217blumenthal.pdf.
- BOLZE, C.:** *“Abus de position dominante”*, Repertoire Dalloz de Droit Communautaire, 1 y ss.(1992).
- BONAUT IRIARTE, J.:** *“Televisión y deporte: la influencia de la programación deportiva en el desarrollo histórico de TVE durante el monopolio de la televisión pública (1956-1988)”*. Universidad de Navarra. Tesis doctoral dirigida por Alfonso María Sánchez-Tabernero Sánchez.
- BOS, P.; STLTICK, J.; WYTINK., P.:** *“Concentration Control in the European Economic Community”*. Graham & Trotman y Kluwer, London-Norwell, 1992.
- BOURGEOIS, J. H. J. :** *“EEC Control over International Mergers”*, YEL, núm. 10, 1990, pgs. 103-132.
- BOURGEOIS, J. H. J.; LANGEHEINE, B.:** *“Jurisdictional Issues: EEC Merger Regulation. Member State Laws and Ardeles 85-86”*, 1990 Ford. Corp. L. Inst. (B. hawk ed. 1991), pgs. 583-610.
- BOUTARD LABARDE, M. Ch.:** *“Internet et Droit de la concurrence”*, en el libro colectivo *«Internet saisi par le droit»*, travaux de l'A.F.D.I.T. Bajo la dirección de X. Linant de Bellefonds, Parqués, 1997, págs. 95 y ss.
- BOYER, E.:** *“How Japan Manages declining industries”*. Fortune, Jan. 10, 1983.
- BOZEMAN, A.B.:** *“The international order in a multicultural world”*, en H. Bull y A. Watson (comps), *The expansion of international society*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- BRACONNIER, S.:** *“La régulation des services publics”*. RFDA, núm. 17, 1/2001, pp. 43-57.
- BRAUN/GLEISS/HIRSCH:** *“Droit des ententes de la Communauté Economique Européenne”*, Bruxelles: Maison Ferd. Larcier S.A. / Paris: Librairie Dalloz, 1977.
- BRESNAHAN T.; REISS P.:** *“Entry and Competition in Concentrated Markets”*, Journal of Political Economy, vol. 99, 1991, pp. 977-1009.
- BRIGHT, CH.:** *“The European Merger Control Regulation: Do Member States still Have an Independent Role in Merger Control?: Parts I and II”*. ECLR, 1991, núms. 4 y 5.
- BRILL, J. P. :** *“Filiales communes et article 85 CEE. Etude des décisions recentes de la Commission des Communautés Européennes”*, RTD Com., 45 (1), janv.-mar. 1992, pgs. 92-107.
- BRIONES ALONSO, J.:** *“Market Definition in the Community's Merger Control Policy”*. ECLR, núm. 4, 1994, p. 195.
- BRIONES J.; FOLGUERÁ J.; FONT A.; NAVARRO E.:** *“El control de concentraciones en la Unión Europea”*. Marcial Pons. Madrid, 1999.
- BRODEY, M.:** *“Telecommunications: Towards a New E.U. Regulatory Framework for Electronic Communications”*, [2000] CTLR.
- BRODLEY, J. F.:** *“Joint Venture and Anti-Trust Policy”*, Haru. L. Rev. (1982) 95, pgs. 1523 y ss.

- BRONCKERS, M. y LAROCHE, P.:** *“Telecommunication Services and the World Trade Organization”*. World Trade Law Journal, nº 3, 1997.
- BUSTAMANTE, E.:** *“Il mercato televisivo in Spagna”*. En: Perrucci, Antonio y Richeri, Giuseppe, 2003. Il mercato televisivo italiano nel contesto europeo. Bologna: Il Mulino.
- BUSTAMANTE, E.; ÁLVAREZ MONZONCILLO, J. M.:** *“España: La producción audiovisual en el umbral digital”*; disponible en <http://ehu.es/zer/zer7/bustamante66.html>.
- BUSTAMANTE, E.:** *“La televisión económica. Financiación, estrategias y mercados”*; Gedisa, Barcelona, 1999.
- BUSTAMANTE, E.:** *“Televisión: errores y frenos en el camino digital”*. En: Bustamante, Enrique, (coord.), Comunicación y Cultura en la Era Digital. Industrias, mercados y diversidad en España. Barcelona: Gedisa, 2002.
- CALLOL GARCÍA, P.:** *“La Garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector”*. RAP, nº 149, mayo/agosto de 1999.
- CALVO CARAVACA/CARRASCOSA:** *“Mercado único y libre competencia”*, Colex, Madrid, 2003.
- CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N.:** *“El control de las concentraciones de empresas en Europa”*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.
- CALVO CARAVACA A. L.; GOÑI URRIZA N.:** *“El control de las concentraciones de dimensión europea”*; Madrid, 1999; Universidad Carlos III-BOE.
- CAMPBELL, T. J.:** *“The Efficiency of the Failing Company Defense”*, 63 Tex. L. Rev. 265 (1984).
- CANGEMI, D. :** *“Controle des concentrations et position dominante collective”*. RMUE, núm. 1, 1995, p. 113.
- CAPOTORTI, F.:** *«Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso “Continental Can”»*, Riv. soc., 1972, pgs. 893-1020.
- CARLTON, D. W.:** *“Merger Policy and Market Definition under the EC Merger Regulation”*, FCLI, 1993, p. 409.
- CARRASCO A.; CORDERO, E.:** *“El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones”*, en Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 461 y ss.
- CARRASCO, A.; MENDOZA, A.; IGARTUA, F.:** *“Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones”*, en Com. LGT Aranzadi.
- CASAGNE, J.C.:** *“El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado”*; en Revista de Administración Pública, núm. 140, pp 95-110, 1996.
- CASAS PARDO:** *Curso de economía*. Madrid, 1981.
- CASTAÑEDA, J.:** *“Dichas y desdichas de la televisión interactiva”*: www.baquia.es, 12 de noviembre 2001.
- CASTEJÓN MARTIN, L.:** *“Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet”*. Madrid, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 1998.
- CASTELL BORRAS, B.:** *“El control de las operaciones de concentración, una prioridad en el mercado único de 1.993”*, CISS/Noticias CEE, 1.992, 91-92, pags. 69 a 73.
- CASTELL BORRAS, B.:** *“La defensa de la competencia en la CEE: artículo 85 del Tratado de Roma”*. Barcelona, Praxis SA, 1986.
- CASTELLS, M.:** *“La era de la información”*. Madrid, Alianza, 1996.
- CASTELLS M.:** *“La Galaxia Internet: reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad”*, Editorial Plaza & Janes, 2001. Traducción Raúl Quintana. p.84.

CATH, I. G. F; VAN REEKEN, B. L. P.: *“Netherlands Legislation Applicable to Arrangements of Competition, Mergers and Acquisitions”*, 14.^a Congreso FIDE, III (*Le controle des concentrations d'entreprises*). Madrid, 1990, pgs. 243 y ss.

CAVE, M.: *“An Economic Analysis of Remedies in Network Industries”*, en GERADIN, D. (editor), *“Remedies in Network Industries: EC Competition Law vs. Sector-Specific Regulation”*, páginas 1-19, Intersentia, Amberes-Oxford, 2004.

CAVES, R. E.; PORTER, M. E.: *“Market structure, oligopoly, and stability of market shares”*. Journal Of Industrial Economics, vol. 26, núm. 4, 1978, p. 289.

CEREXHE: *“L'interpretation de l'art. 86 du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission”*. Rev. Cahiers de Droit Européen, n. 3 de 1972.

CERRAI, A.: *“Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE, Giuffrè”*. Milán, 1983.

COATE, M. B. & KLETT, A. N.: *“Antitrust Policy for Declining Industries”*. FTC Working Paper No. 175, 2 (Oct. 1989).

COMIN, S.: *“«La Net Neutrality»...¿Permitirá que se regule Internet?”*. Boletín de la Sociedad de la Información: Tecnología e Información. Fundación Telefónica. 7 junio 2006.

CORNISH, W. R.: *“Intellectual Property”*; 3.^a Ed.; Sweet & Maxwell, Londres, 1996.

COUSO SAIZ, D.: *“El espectro radioeléctrico. Una perspectiva multidisciplinar”*. Noticias.jurídicas.com: artículos doctrinales de derecho administrativo. Septiembre 2007.

CHAMOUX, J.P.: *“Télécoms: la fin des privilèges”*. París, 1993.

CHAMPAUD, C.: *“La Jurisprudencia de la Comunidad Europea ante las concentraciones de empresas”*, La Ley, año X, núm. 43, 28 de febrero de 1989, pgs. 1-15.

CHAMPEIL-DESPLATS, V.: *“Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale”*, AJDA, nº 12, 1999.

CHEVALIER, J.: *“La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuités”*. R.F.D.A. 12(5), septiembre-octubre 1996, p. 909 y ss.

CHEVALLIER, J. (1987): *“Le service public”*. PUF, París.

CHILLÓN MEDINA, J. M.: *“Curso Virtual Sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información”*. Escuela Nacional de la Judicatura. Santo Domingo (República Dominicana), 2004.

CHINCHILLA MARIN, C. (1996): *“Servicio público. ¿crisis o renovación?”*; en Régimen Jurídico de los servicios público. CJPJ, Madrid, pp. 59-98.

CHINCHILLA MARIN, C. (1988): *“La radiotelevisión como servicio público esencial”*. Tecnos. Madrid, 1988.

COLECCHIA, A.; SCHREYER, P.: *“The Contribution Of Information And Communication Technologies To Economic Growth In Nine OECD Countries”*, OECD Economic Studies No. 34, 2002/I, Paris (2002).

COLLINS: *“Back to the future: digital television and convergence in the united kingdom”*, Telecommunications Policy, Vol 22, Number 4/5 May/June 1998.

COURATIER, J. : *“Fusions et acquisitions dans les industries en crise: Une étude comparée de la législation sur la libre concurrence aux Etats-Unis et dans la CEE”*. RMC, núm. 319, 1988, p. 396.

CREMADES, J.: *“Marco regulatorio de la Televisión Digital en España”*. En: Bustamante, Enrique y Álvarez Monzoncillo, José María, (eds.), 1999, Presente y Futuro de la Televisión Digital. Madrid: Edipo.

CRUSAFON, C.: *“El espacio audiovisual europeo: análisis de la industria audiovisual y de las políticas europeas en la década de los noventa”*, Bellaterra, tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona.

CUMMING, G.: *“Neste Markkinointi Oy and Yötuuli Ky”*. European Competition Law Review , Volume 22, Issue 9, Septiembre 2001, pág. 394.

- DALTON, J. A.; PENN, D. W.:** *"The concentration/profitability relationship: is there a critical concentration ratio?"*. Journal of Industrial Economics, vol. 24, 1976, p. 241.
- DALTON, J. A.; PENN, D. W.:** *"La Jurisprudencia de la Comunidad Europea ante las concentraciones de empresa. Comentario a la Sentencia de Philips Morris-Rembrandt"*. La Ley CE, núm. 532, 1997, p. 42.
- DANG NGUYEN, G. y PHAN, D.:** *"Économie des télécommunications et de l'Internet"*, Economica. París, 2000.
- DARANAS, M.:** *"Concentración de empresas y derecho de la competencia"*. Madrid 1972.
- DARANAS, M.:** *"Examen crítico de la necesidad de un reglamento comunitario para el control de las concentraciones de empresas y de la introducción de este control en la próxima ley española de defensa de la competencia"*, Gaceta Jurídica de la CEE, serie D, núm. 52, 1988, p. 77.
- DASKIN, A.; L. WU:** *"Observations on the multiple dimensions of market power"*. Antitrust, vol. 19, pp. 53-58 (2005).
- D'AVACK:** *"L'impresa comune nelle decisioni delle Commissione delle Comunità Europee"*; Riv.-dir.civ., 1979, II, pg. 191.
- DE ABEL VILELA, F.A.:** *"La concentración de los medios de comunicación social en los Derechos español y comunitario"*, Madrid: Marcial Pons (2002).
- DE COCKBORNE, J. E.:** *"El control de las concentraciones en la Comunidad Económica Europea"*, GJ de la CEE, D-2, 1988, núm. 52, pgs. 9-47.
- DE LA CUÉTARA JIMÉNEZ, J. M.:** *"Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunicaciones españolas"*. REDETI núm. 4, marzo 1999, p. 11 y ss.
- DE LA CUÉTARA JIMÉNEZ, J. M.:** *"Servicio público y telecomunicaciones"*, PERE, Working Paper nº3, 1995.
- DE LA CUÉTARA JIMÉNEZ, J. M. y otros:** *"Autorizaciones y Licencias en Telecomunicaciones. Su regulación. Presente y futuro"*. Editorial. Comares. Granada 2000.
- DE LA CUÉTARA, J.; MOLINA DEL POZO:** *"Derecho de las Telecomunicaciones. La Comunidad de Madrid ante los ordenamientos europeo y español de las telecomunicaciones. Límites y posibilidades"*, Madrid, 1991.
- DE LA CUEVA, J.:** *"«Permitido copiar»: Copyleft como superación del Copyright"*; en Revista del Consejo General de la Abogacía Española; N.º 55 de abril de 2009; Págs. 46 y Ss.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"Informe preliminar sobre el régimen jurídico del audiovisual"*, elaborado para el Seminario sobre el Régimen Jurídico del Audiovisual, Barcelona, 26/27.11.1998.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"La televisión privada y la Constitución"*. RDP, núm. 15. (1982).
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"Los servicios televisivos"*; en *"Régimen jurídico de los servicios públicos"*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. (1997)
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea"*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"Telecomunicaciones y Derecho Público"*; en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 131 y ss.
- DE LA QUADRA-SALCEDO T.; GARCÍA DE ENTERRÍA E.:** *"Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones"*. Cívitas, Madrid, 1999.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"Las Tecnologías de la Información y el Derecho"*. Revista de las tecnologías de la información. Disponible en Internet: <http://www.coit.es/publicac/publbit/bit100/tquadra.htm>.
- DEMSETZ, H.:** *"La economía de la empresa: siete comentarios críticos"*; Alianza, 02/04/1997.

DE RICHEMONT, J. : *“Concentrations et abus de positions dominantes”*, RTDE, 1973, pgs. 463-491.

DE STREEL, A. (2005): *“A first assessment of the new European regulatory framework for electronic communications”*, en *Communications & Stratégies*, número 58, páginas 141-170.

DE STREEL, A.: *“Remedies in the electronic communications sector”*, en GERADIN, D. (editor), *“Remedies in network industries: EC competition law vs. sector-specific regulation”*, páginas 67-124, Intersentia. Amberes-Oxford, 2004.

DEBBASH, CH.: *“Droit de l’audiovisuel”*. Ed. Dalloz, 4ª ed., París, 1995.

DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*, 1976.

DECHEREY, J.-L. : *“Le règlement communautaire sur le controle des concentrations”*, RTDE, 1990, núm. 2, pgs. 307-329.

DEFALQUE, L. : *“Filiales communes et droit de la concurrence”*, CDE, 1978, pgs. 59.

DEHOUSSE: *“La politique européenne de l’audiovisuel”*. CRISP: Centre de recherche et d’information socio-politiques. Bruselas, 1996.

DEHOUSSE, F. y ZGAJEWSKI, T. : *“De la UIT a la OMC. Les mutations du Droit international de telecommunications”*, Revue Belgue du Droit International, 1991-1, p. 284.

DELCROS, B.; TRUCHET, D. : *“Controverse: Les ondes appartiennent-elles au domaine public? L’article 10 de la loi du 17 janvier 1989”*. R.F.D.A. 5(2), 1989, p. 251 y ss.

DEMERS: *“Global media: menace or messiah?”*. New Jersey, 1999, Hampton Press

DERINGER: *“Les règles de concurrence au sein de la CEE. analyse et comentaire des articles 85 a 94 du Traité”*, en Revue du Marché Commun de 1962 y 1963, 1964, 1965, 1966, 1967.

DEVOLVÉ, P. (1985): *“Service Public et Libertés Publiques”*, en Revue Française de Droit Administratif, núm.1 pp 1-11.

DI SABATO, F.: *“Concentrazioni e Gruppi nel Diritto interno”*, en AA W, *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese del diritto interno e internazionale*, Atti e documenti del Convegno di Napoli del 29 aprile 1988, Padova, 1989.

DIBIE, J.N. : *“Les Mecanismes de financement du cinema et de l’audiovisuel en Europe: les aides et les osoutiens financiers cinéma et télévision dans 24 pays d’Europe”*. Paris, Conseil de l’Europe (1992).

DÍEZ ESTELLA, F.: *“Los partidos de bolos y el Derecho antitrust: encuentros y desencuentros”*; en Revista Jurídica del Deporte núm. 24/2008 3 parte Justicia Deportiva; BIB 2008/2190; Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona 2008.

DÍEZ PICAZO, L.: *“El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”*, DJ 1332 y ss. (1974)

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: *“Control de las concentraciones de empresas en el Derecho antitrust norteamericano. Líneas evolutivas”*. ADI, núm. 11, 1985, pgs. 161-198.

DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: *“La eventual aplicación de los arts. 85 y 86 del TCEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta”*. RÍE, 1987, p. 369.

DÖRR, D.: *“Das Recht auf eine Satellitenempfangsanlage unter Berücksichtigung der EU-Mitteilung zum freien Dienstleistungs- und Warenverkehr”*, [2002] Wohnungswirtschaft und Mietrecht 347.

DRUCKER, P. : *“La sociedad post capitalista”*; Grupo Editorial Norma, Bogotá, 2004.

DUBOIS: *“La posición dominante et son abus: art. 86 du traité de la CEE”* (preface de Berthold Goldman), Paris: Ed. Libraires Techniques (Librarie de la Court de Casation), 1968.

DUMÉZ, H. ; JEUNEMAÎTRE, A.: *“Quels modèles de régulation pour les services publics?”* en CHEVALIER, J.M.; EKELAND, I.; FRISON-ROCHE, M.A. (dirs.): *“L’idée de service public est-elle encore soutenable?”*. PUF, Paris, 1999, pp. 64-80.

EASTERBROOK: *“Vertical Arrangements and the Rule of Reason”*, ALJ, 53, 1984.

ECHEBARRIA: “*Acuerdos verticales*”, en VELASCO, *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

ELLAND, E.: “*The Merger Control Regulation and its effects on national Merger Controls and the residual applications of Articles 85 and 86*”. ECLR, núm. 1, 1991, p. 19.

ELLIG: “*Untwisting the strands of Chicago antitrust*”, en *The Antitrust Bulletin*, vol. XXXVII, nº 4, winter 1992.

EMBED IRUJO, J. M.: “*Concentración de empresas y derecho de cooperativas*”. Ediciones De La Universidad De Murcia, 1991.

ERGAS, H.: “*Competition Policy in Deregulated Industries*”. *International Business Lawyer*, 1995, pp. 305 y ss.

ERGAS, H.: “*Monopoly and Competition in the Provision of Telecommunication Services*”; en Ergas/Okayama (coords.): “*Changing Market Structures in Telecommunications*”. OECD Conference, 1982, Amsterdam-Nueva York-1984.

ESCOBAR ROCA, G.: “*Libertad de expresión, pluralismo y derecho a la competencia en España*”, en G. Escobar y E. Villanueva (coords.), *Nuevas tendencias del Derecho de la comunicación*, UNESCO, México, 2000.

ESCOBAR ROCA, G.: “*La difícil consecución del pluralismo informativo*”, *La Ley*, nº 5181, 2000.

ESCOBAR ROCA, G.: “*La televisión por cable en España: estado de la cuestión*”, *La Ley*, nº 5530, 2002.

ESCOBAR ROCA, G.: “*¿Quién debe controlar la televisión?*”, en J.F. Merino Merchán y M. Pérez- Ugena (coords.), *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1998.

ESCOBAR ROCA, G.: “*La libertad de programación y sus límites*”, en E. Arnaldo Alcubilla y S. Montejo Velilla (coords.), *Telecomunicaciones por cable*, *La Ley*, Madrid, 2000.

ESTEVA MOSSO, C.: “*La compatibilité des monopoles du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE*”. *Cahiers des Droits Européen*, 1993, pp.445 y ss.

ESTEVE PARDO, J.: “*Régimen jurídico-administrativo de la televisión*”. Madrid: INAP (1984).

ESTEVE PARDO, J.: “*Viejos títulos para tiempos nuevos: dominio y servicio público en la televisión por cable. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1991 (Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/1989)*”. REDA, 1992.

ESTRADA Y LÓPEZ SALIDO: “*Accounting for Spanish Productivity Growth Using Sectoral Data: New Evidence*”, Banco de España, Working Paper nº 0110 (2001).

FABRA, N.: “*Política de la Competencia: Definición del Mercado Relevante, Fusiones Horizontales y Remedios*”. Máster en Derecho de las Telecomunicaciones; Universidad Carlos III de Madrid (Octubre 2005).

FARRELL, J.; SHAPIRO, C.: “*Horizontal mergers: An equilibrium analysis*”. Working Paper, 88-4, 1988.

FARRELL, J.; SHAPIRO, C.: “*Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis*”, 68 *Antitrust L.J.* 685 (2001).

FAULL, J.: “*Joint Ventures under the EEC Competition Rules*”. ECLR, 1984, pgs. 358-374.

FEIJÓO GONZÁLEZ, C.; GÓMEZ BARROSO, J. L.; RAMOS VILLAYERDE, S. y ROJO ALONSO, D.: “*Active policy measures against the digital divide based on mobile/wireless connectivity development: The Latvian experience*”, en *International Journal of Mobile Communications*, 2006.

FERNÁNDEZ ALONSO, I.: “*Tres retos clave para la política de radio y televisión del nuevo Gobierno español*”. *Eptic On Line*, Vol. VII, Nº 1, Enero-Abril.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A.L.: *“Derecho mercantil internacional”*; Tecnos, 1993.

FERNANDEZ GARCIA, M.Y.: *“Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red”*. Madrid-Buenos Aires: Ciudad Argentina-INAP (2003).

FERNÁNDEZ, L. D.: *“Perspectivas de la regulación de redes y servicios multimedia”*. La Ley Actualidad, Ministerio de Fomento, 1997, págs. 940-948.

FERNÁNDEZ LORY; CASTEJÓN MARTÍN: *“La subasta del espectro radioeléctrico y otros procedimientos de adjudicación”*, BITS, n.º 118.

FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, M. A.: *“La Competencia”*, Madrid, 2.000

FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *“Significado y delimitación del mercado relevante (Comentario a la Sentencia 85/76 Hoffmann-La Roche/Comisión CEE del Tribunal de Justicia Europeo, de 13 de febrero de 1979)”*, ADI, tomo 6, 1979-1980, pgs. 247 y 261 y ss.

FERNÁNDEZ VICIÉN, C; ORTEGA PECIÑA, D.; MARTÍNEZ FELIX, C; SABATER MAROTIAS, J.: *“Study in the area of Competition policy concerning the Definition of the Media Market. Spain. Report by Cuatrecasas for the European Comisión, Competition Directorate General”*; Bruselas 13 November 2003.

FERNANDO PABLO, M. M.: *“Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad”*, RAP, 143, 1997.

FERNANDO PABLO, M. M.: *“Dominio público radioeléctrico”*; en GARCÍA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T, (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 533 y ss.

FERRARI, E.: *“La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici, I servizi a rete in Europa”*. 2000, pp. 11-32.

FINE, F. L. : *“L'abus de position dominante après l'arrêt Continental Can (21 février 1973)”*. RMC, núm. 164, 1973, p. 145.

FIKENSCHERS: *“Systemfragen in Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen”*, Estudios homenaje a Böhm, Karlsruhe, 1965.

FISHER, A.; LANDE, R.: *“Efficiency Considerations in Merger Enforcement”*, California Law Review, 1983, p. 1580.

FISHWICK, F.: *“Definition of monopoly power in the antitrust policies of the UK and de EC”*, XXXIV/3 The Antitrust Bulletin, (fall 1989).

FOCSANEANU, L.: *“L'abus de position dominante après l'arrêt "Continental Can" (21 février 1973)”*. Rev.M.C., 1973, pgs. 145-159.

FOCSANEANU: *“La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de concurrence: IX- Relecture des articles 85 et 86 du Traité de Rome selon l'héméneutique de la Cour”* en RMC, n° 192 de janvier de 1976.

FOCSANEANU: *“La notion d'abus dans les systèmes de l'article 86 TCEE”*, en Van Damme, *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en Droit communautaires*, Collège d'Europe, Bruges, 1977.

FONT GALAN: *“Constitución económica y Derecho de la competencia”*, Madrid: Tecnos, 1987.

FONT GALAN: *“La libre competencia en la Comunidad Europea”*. Bolonia: Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, 1986

FOURNIER, GIPPINI: *«“Essential Facilities” y la aplicación del art. 82 CE a la negativa unilateral a contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner»* 205 GJ 77 (ener./febr. 2000)].

FOX, E.: *“Abuse of a Dominant Position under the Treaty of Rome-A Comparison with U.S. Law”*, 1983 Ford. Corp. L. Inst., 1984, pgs. 367-432.

FRANCÉS I DOMÈNEC, M.: *“Hacia un nuevo modelo televisivo. Contenidos para la televisión digital”*. Gedisa, noviembre de 2009.

- FRIDEN:** *"Recent developments in EEC intellectual property law: the distinction between existente and exercise revisited"*; 1989, Common Market Law Review, Vol. 26, págs. 193 a 217.
- FRIGNANI, A.; WAELBROECK:** *"Disciplina della concorrenza nella CE"*, Torino: UTED, 1996.
- GAITAN, R.; ESCARIO, M. S.; LÓPEZ M. R.:** *"Las telecomunicaciones españolas ante el mercado único. Consecuencias en la industria y los servicios"*, Madrid, 1992
- GALÁN CORONA, E.:** *"Acuerdos restrictivos de la competencia"*. Montecorvo, Madrid, 1977.
- GALPERIN, H.:** *"New Television Old Politics. The transition to Digital TV in the United States and Britain"*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- GAMBINO, A.:** *"Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni"*, Giurisprudenza Commerciale, enero-febrero 1996, pp. 5 y ss., en concr., pp. 11 y 12.
- GARCÍA-BRAGADO:** *"El establecimiento de infraestructuras"*; en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 049 y ss.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.:** *"Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones"* (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R.:** *"Curso de derecho administrativo"*, Vol. II, Pág. 137 Tercera Edición, Civitas, Madrid, 1991.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.:** *"La ejecución autonómica de la legislación del Estado"*, Civitas, Madrid, 1987.
- GARCIA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T.:** *"Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento, a su favor, de servidumbres y de limitaciones a la propiedad"*; en Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 317 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:** *"Obligación legal de separación de cuentas o ramas de actividad. El ejemplo de los operadores de telecomunicaciones"*, RDM, núm. 23, julio-septiembre, 1999, pp. 1103 y ss.
- GARCÍA LEIVA, M. T.:** *"Políticas Europeas, TV Digital y Sociedad de la Información. El caso de España y la Televisión Digital Terrestre"*. Buenos Aires: Actas digitales del VII encuentro ALAIC, "70 años de Periodismo y Comunicación en América Latina".
- GARCÍA LEIVA, M. T.; STARKS, M.; TAMBINI, D.:** *"Overview of the Analogue Switchover Policy in Europe, the United States and Japan"*. Evidencia presentada al Comité Parlamentario de Cultura, Medios y Deporte, Londres, 6 de diciembre de 2005.
- GARCÍA LLOVET, E.:** *"El régimen jurídico de la radiodifusión"*. Marcial Pons, Madrid, 1991.
- GARCÍA MARTÍNEZ, R.:** *"La explotación abusiva de una situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley española de Defensa de la Competencia"*; publicado en la Revista del Poder Judicial n.º 64 de 2002
- GARRIDO FALLA, F.:** *"El concepto de servicio público en Derecho español"*. Revista de Administraciopn Pública, oct-dic. 1994, pp. 7 y ss.
- GARRIGUES, J.:** *"La defensa de la competencia mercantil"*. Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.
- GAUSTAD, T.:** *"The economics of sports programming"*, Nordicom Review, 2000, Vol. 21, Núm. 2, Pgs. 101-113).
- GAVALDA/PARLEANI:** *"Droit Communautaire des affaires"*, Paris: Litec, 1988.
- GAVALDA/PARLEANI:** *"Droit des affaires de l'Union Européenne"*, Paris: Litec, 1998.

GÉRARD, P.: *"A Single Regulatory Framework for all Electronic Communications Networks and Services – Impact for Broadcasting"*, in Institute of European Media Law, Vol. 27, op. cit., p. 15 et seq.

GIBBONS T.: *"The Market Share Approach to Media Concentration"*. Conferencia pronunciada en el Curso de Verano de la Universidad Complutense sobre Libertad, Pluralismo y Concentración de Medios. El Escorial, 28.7.1998.

GIRBAU PEDRAGOSA, R.: *"Las cláusulas de no competencia en los contratos de compraventa de empresa y el derecho comunitario de la competencia"*, G.J.CEE, 1.988, D-2, pags. 109 a 133.

GLAIS & P. LAURENT: *"Traité d'Économie et de Droit de la concurrence"*, Paris: Presses universitaires, 1983.

GLICK, M. A.; CAMERON, D. J.; MANGUM; D. G.: *"Importing the Merger Guidelines Market Test in Section 2 Cases: Potential Benefits and Limitations"*, Antitrust Ruli, 6 May 1997, vol. 42, 1, pp. 121-150.

GOLDMAN: *"Droit commercial européen"*, troisième édition. Paris: Dalloz, 1975.

GOLDMAN B.; LYON-CAEN, A.; VOGEL, L.: *"Droit comercial européen"*, 5^a edición, Précis Dalloz, Paris, 1994.

GÓMEZ BARROSO, J. L.: *"Quince años de política europea de telecomunicaciones"*, en *Noticias de la Unión Europea*, número 183 (abril), páginas 67-74, 2000.

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: *"Telecomunicaciones, infraestructura y libre competencia"*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2004.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *"La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales"*; en AA.VV., Estudios sobre la Constitución española (Libro Homenaje a García de Enterría), Tomo V, Madrid, 1991.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, M.: *"La protección de la innovación a través de la no-propiedad"* en Observatorio para la Cibersociedad: III Congreso Online; disponible en: www.cibersociedad.net/congres2006.

GÓMEZ SEGADE: *"Panorámica del D. de la libre competencia en la CEE"*, en Actas de Derecho Industrial, Tomo V, Madrid, 1978.

GONZALEZ NAVARRO, F.: *"Televisión pública y televisión privada"*. Madrid: Civitas (1982).

GONZÁLEZ, A.: *"Dificultades en la implantación de la televisión digital terrestre"*. Razón y palabra, junio-julio 2005, nº 45.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *"Los mercados de interés general telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes (privatización, liberalización, regulación pública y derecho de la competencia)"*. Comares. Granada, 2001.

GONZÁLEZ QUINZA, A.: *"El servicio universal: el gran reto del nuevo Derecho de las telecomunicaciones"*. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 7, 3ª época, octubre de 1997.

GORDON, R.J.: *"Interpreting the 'One Big Wave' in US Long-Term Productivity Growth"*. CEPR Discussion Papers 2608, C.E.P.R. (2000).

GORDON, R.J.: *"Two centuries of Economic Growth: Europe Chasing the American Frontier"*. Northwestern University, Economic History Workshop, (17 de octubre) (2002).

GOY, M.: *"La repartitions de frecuentes en matiere de telecommunications"*, Annuaire du Droit International, 1960, pp. 569 y ss.

GOYDER, D.G.: *"EC Competition Law"*, 3^a Ed; Oxford University Press, Londres, 1998.

GRIFFITHS, G.: *"A Glorification of De Minimis – The Regulation on Vertical Agreements"*. [2000] ECLR.

GUBACK, T. H.: *"The International Film Industry: Western Europe and America since 1945"*. University of Indiana Press, Bloomington, 1969.

- GUNTHER, PH.:** *“Politique Communautaire de concurrence et audiovisuel: état de lieux”*, París, 1997.
- GUTIÉRREZ:** *“Normativa sobre restricciones verticales: un viaje de ida y vuelta al enfoque económico”*, *Gaceta Jurídica*, 229, 2004.
- GUYENOT/D'EVEGNÉE:** *“European Antitrust Law of the Common Market”*, París: ed. économique, 1976.
- GYORY, M.; GLAS, G.:** *“Statistics of the film industry in Europe”*, CERICA, Bruselas, 1992.
- GYSELEN, L.:** *“Vertical Restraints in the Distribution Process: Strength and Weakness of the Free Rider Rationale Under EEC Competition Law”*. *Common Market Law Review* 21(1984).
- GYSELEN, L. & KYRIAZIS:** *“Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited”*, *ELR*, 135 -April, 1986
- HABERMAS:** *“Historia y crítica de la opinión pública”*. Barcelona 1981, Gustavo Gili.
- HAMELINK:** *“World Communication. Disempowerment & Self Powerment”*, Londres, Zed Books.
- HARBORD, D.; OTTAVANI, M.:** *“Contracts and competition in the pay-TV market”*, *LBS Department of Economics, Working Paper No DP2001/05* (2001).
- HAYASHI, K.:** *“From network externalities to interconnection: the changing nature of networks and economy”*, en ANTONELLI, C. (editor), *“The economics of information networks”*, páginas 195-215, Elsevier Science Publishers. Ámsterdam, 1992.
- HEAZLETT, W.:** *“The rationality of US Regulation of the Broadcast Spectrum”*, en *Journal of Law and Economics*, 33 April 1990.
- HELBERGER, N./SCHEUER, A./STROTHMANN, P.:** *“Non-discriminatory Access to Digital Access Control Services”*, European Audiovisual Observatory (ed.), IRIS Plus 2001-2, Strasbourg.
- HENG S.,** *“Germany’s Broadband Networks – Innovation on Hold”*, Deutsche Bank Research Paper No. 37 (17 February 2003).
- HENNING, V.; ALPAR, A.:** *“Public Aid Mechanisms in Feature Film Production: the EU Media Plus Programme”*. *Media, Culture & Society*, vol. 27 (2) (2005).
- HENRI, Y.:** *“Spectrum-orbit coordination procedures”*, Radiocommunications Seminar, 17-21 november 2003, Jeju-do, Corea.
- HERGUERA; RODRÍGUEZ ROMERO:** *“Regulación de las telecomunicaciones en la Unión Europea: competencia en servicios y redes”*. Información Comercial Española, Número monográfico sobre telecomunicaciones, noviembre 1995, pp. 9 y ss.
- HERGUERA, I.:** *“Regulación comparada de industrias de redes: el caso de las telecomunicaciones”*. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*; n. 205, enero-febrero 2000, p. 96-107.
- HERNÁNDEZ, J.:** *“El futuro del Programa MEDIA”*. *Telos*, núm. 65 (2005).
- HOET, P.:** *“Domination du marché ou Théorie du partenaire obligatoire”*, 325 *Rev.March.Com.*, 135 y ss. (mars 1989).
- HOLLIDAY, A. J.:** *“The definition and measurement of antitrust enforcement”*. Greenwich, Conn., London, 1998.
- HOLMES, P.:** *“Telecommunications in the great game of integration”*, en LOCKSLEY, G. (editor), *“The Single European Market and the information and communication technologies”*, páginas 17-28, Belhaven Press. Londres, 1990.
- HOROWITZ, I.:** *“Market definition in antitrust analysis: a regression-based approach”*, *Southern Economic Journal*, vol. 48, pp. 1-16 (1981).
- HOSKINS, C.; FINN, A. y McFADYEN, S.:** *“Television and film in a freer international trade environment: US dominance and Canadian responses”*, en E. G. McANANY y K. T.

WILKINSON (eds.): *Mass Media and Free Trade. NAFTA and the cultural industries*, University of Texas Press, Austin, 1996.

HOVENKAMP, H.: *"Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice"*, 2ª edic. St. Paul-Minn. 1999, p 442.

HOYOS A.; JIMÉNEZ HOLGADO, J. A.; BERNÁRDEZ, R. M.; ESTEVE PRADERA, J.: *"Tecnologías para la protección de contenidos digitales y análisis de negocios"* en Boletín de la Sociedad de la Información: tecnología e innovación de Fundación Telefónica; 9 de febrero de 2006.

HUET, P.; MAISL, H.: *"Droit de l'informatique et des télécommunications: état des questions, textes et jurisprudence, études et commentaires"*. Ed. Litec, París, 1989.

HUETTNER, D.: *"Product market definition in antitrust cases when products are close substitutes or close complements"*, The Antitrust Bulletin, vol. 47, pp. 133-142 (2002).

HUGHES, M. Y OTROS: *"The Economic Assesment of Vertical Restraints Under UK and EC Competition Law"*, European Competition Law Review, Volume 22, Issue 10, Octubre 2001, p. 424

HUMPHREYS, P. J.: *"Mass media and media policy in Western Europe"*, Manchester 1996, Manchester University Press.

IBARGUEN, G.: *"Case study on Guatemala. Spectrum management for a converging World. Workshop on radiospectrum management"*. ITU.

IMMENGA, U.: *"La notion de dépendance selon le Droit Allemand. Méthode d'interprétation et expériences"*, DPCI, 724-726 -1987.

IMMENGA, U.: *"A propos de l'évolution du Droit allemand des ententes"*, 3 Revue Internationale de Droit Économique.

IZQUIERDO CASTILLO, J.: *"Distribución y exhibición cinematográfica en España. Un estudio de situación del negocio en la transición tecnológica digital"* Tesis dirigida por Dr. Javier Marzal Felici y Dr. Francisco Javier Gómez Tarín. Universitat Jaume I. Departament de Filosofia, Sociologia, Comunicació Audiovisual y Publicitat. Castellon 2007.

JACKSON, CH.: *"Was a Common Law Solution to Chaos in the radio waves reasonable in 1927?"*; disponible en <http://www.jacksons.net>

JACQUEMIN: *"Economía industrial: estructuras de mercado y estrategias europeas de empresa"*. Barcelona: Ed. Hispano europea SA, 1980.

JACQUEMIN, A. : *"Horizontal concentration and European Merger policy"*. EER, núm. 34, 1990 p. 539.

JACQUEMIN; BUIGES; ILZKOVITZ: *"Concentration horizontale, fusions et politique de la concurrence dans la Communauté européenne"*; en la serie «Economie Européene», número monográfico 40, mayo de 1989, Bruselas.

JACQUEMIN/TULKENS: *"Fondements d'économie politique"* (deuxième edition), Bruxelles: De Boeck-Wesmael, 1986.

JEBSEN, P. y STEVENS, R.: *"Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union"*, 64 Antitrust L. J. 443 (1996), pgs. 443 a 517.

JIMENA QUESADA, L.: *"La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el vídeo comunitario (acerca de las Sentencias del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 enero [RTC 1994, 31], 47/1994, de 16 febrero [RTC 1994, 47] y 98/1994, de 11 abril [RTC 1994, 98])"*. Gen. Dcho., 601-602, (oct.-nov. 1994), 10873-10932 (BIB 1994\822).

JIMÉNEZ LAIGLESIA: *"Restricciones verticales: algunas cuestiones y nuevos problemas"*, Gaceta Jurídica, 201, 1999.

JIMÉNEZ LATORRE, F.; CAÑIZARES PACHECO, E.: *“Dificultades para la definición del mercado relevante”*. Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre de 2005.

JOLIET, R.: *“The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Law in Comparative Perspective”*. Martinus Nijhof, La Haya, 1967.

JOLIET, R.: *“Monopolization et abus de position dominante”*. Rev: RTDE, 1969.

JONGEN, F. : *“La Police de l'audiovisuel analyse comparée de la régul”*. Bruxelles, Émile Bruylant Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.

JORDA. K.F.: *“Derechos de Propiedad Intelectual. Reflexiones sobre su naturaleza e importancia”*, XX Actas de Derecho Industrial 1999. pág. 189

JORDANA S., SANCHO D.: *“Políticas de telecomunicaciones en España”*, Madrid, 1999, Tecnos.

JORDE, T. M. & TEECE, D. J.: *“Antitrust Policy and Innovation: Taking Account of Performance Competition and Competitor Cooperation”*. 147/1 Journal of Institutional and Theoretical Economics 118-144 (1991)

JORGENSEN, D.W.: *“Information Technology and the G7 Economies”*, Harvard University, trabajo presentado en Prices, Productivity and Economic Growth, Banco de España. Octubre (2003).

JORGENSEN, D.W.: *“Information Technology and the U.S. Economy”*, American Economic Review, Vol. 91, No. 1, pp. 1-32 (2001).

JORGENSEN, D.W., AND MOTOHASHI, K. : *“Economic Growth of Japan and the U.S. in the Information Age”*, Tokyo, Research Institute of Economy, Trade, and Industry, July (2003).

KAMTEN M. I.; SCHWARTZ N. L.: *“Market Structure and Innovation”*. Cambridge, 1982.

KARTTE, W.: *“Problèmes actuels de la puissance d'achat en Allemagne fédérale du point de vue de l'Office Fédéral des cartels”*, 32 Revue de la Concurrence et de la consommation, 8 (1985).

KEPPENNE, J. P.: *“Le controle des concentrations entre entreprises”*. CDE, 1991, núm. 112, pgs. 42-66.

KEYTE, J. y N. STOLL: *“Markets? We don't need no stinking markets! The FTC and market definition”*, The Antitrust Bulletin, vol. 49, pp. 593-632 (2004).

KIENAPFEL, P.; STEIN, A. : *“The application of articles 81 and 82 ec to the sport sector”*; Competition policy newsletter de la Comisión Europea, número 3-2007, p.12.

KIRCHHOFF, W.: *“Europäische Fusionskontrolle”*. BB, Beilage 14 zu Heft 11/1990, pgs. 2-15.

KLEIST, T.: *“Medienkonzentrationsrecht in Europa – Ein Überblick”*, Presentation given on the occasion of Medientage München 2002.

KLEIN, C.; RIFKIN, E. J.; URI, N. D.: *“A note on defining geographic markets”*, Regional Science and Urban Economics, núm. 15, 1985.

KNABLE GOTTS, I. & DIDDEN, D. G.: *“The Goldilocks Standard: Getting the Antitrust Review Standard «Just Righ» for the Telecommunications Industry”*. Apuntes de Verano de 2004 facilitados en el marco de la 16 th Annual Communications and Competition Law Conference, Madrid, 23 y 24 mayo de 2005, auspiciada por la Internacional Bar Association.

KNABLE GOTTS, I.: *“The Role of efficiency in integrated Merger analysis”*, Presentation to the FCT/DOJ Merger Enforcement Workshop (Feb. 19, 2004) disponible en www.usdoj.gov/atr/public/workshops/docs/202669.html.

KNABLE GOTTS, I; ROONEY, W.H.; KONOFF, J. J.: *“Transactions with financially Distressed Entities”*, 2002.

KNIEPS, G.: *“Deregulation in Europe: telecommunications and transportation”*, en MAJONE, G. (editor), *“Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States”*, páginas 72-100, Pinter Publishers. Londres, 1990.

- KNIEPS, G.:** *“Regulatory reform of European telecommunications: Past experience and forward-looking perspectives”*, ponencia del “12th ITS (International Telecommunications Society) European Regional Conference”. Dublín, 2-3 de septiembre de 2001.
- KONIG D. - REICHERT, J.:** *“Les pratiques discriminatoires en Allemagne d’après l’article 26 du GWB”*, 38 Cah.Dr.Entr. 27-31 -1982).
- KORAH, V.:** *“EEC Competition Policy - Legal Form or Economic Efficiency”*, en Current Legal Problems, nº39, 1986.
- KORAH:** *“Introducción al estudio y práctica de la competencia en la Comunidad Económica Europea”*. Edición española a cargo de A. Fernández de Aràoz Gómez-Acebo. 1ª edición. Barcelona: Ariel, 1988.
- KORAH, V.; O’SULLIVAN, D.:** *“Distribution Agreements Under the EC Competition Rules”*. Hart Publishing. Oxford, 2002.
- KOULE, A.:** Perspectivas del mundo de la comunicación; *“Los desafíos de la TV pública en Europa”*; Artículo publicado por la Facultad de Comunicación de la Universidad de Navarra.
- KRATTENMAKER T. G.; SALOP S. C.:** *“Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price”*, Yale L. J. 96(1986), p 209 ss.
- KROES N.:** *“Taking Competition Seriously”* – Anti-Trust Reform in Europe, speech delivered on the occasion of the International Bar Association/European Commission Conference ‘Anti-trust reform in Europe: a year in practice’, Brussels, 10th March 2005.
- KWOKA, J. E.:** *“Non-Incumbent Competition: Mergers Involving Constraining and Prospective Competitors”*, 52 Case W. Res. L. Rev. 173, 181-182 (2001).
- LADEUR K.H.,** *“Digitalisierung des Kabelnetzes und technische Standards”*, [2005] Computer und Recht.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.:** *“Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario”*. Revista Española de Derecho Administrativo, oct-dic. 1995, pp. 491 y ss.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.:** *“Régimen jurídico de la televisión privada”*. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.:** *“Telecomunicaciones: Regulación y Mercado”*. Pamplona: Thomson-Aranzadi (2004).
- LAGUNA DE PAZ, J. C.:** *“Televisión:nuevos tiempos, nuevas normas”*. DOXA Nº3.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.:** *“Televisión y competencia”*. Madrid: La Ley (2000).
- LANGE, A.:** *“Amenaza a la diversidad cultural europea. La circulación europea de programas sigue siendo baja”*, Telos, núm. 55, Fundación Telefónica de España, Madrid, 2003.
- LANGEN, E.:** *“Mrktbeherrschung und ihr Missbrauch nach art. 86 TCE des EWG-VERTRAGES”* en Etudes sur le droit Économique européenne.
- LAROCHE, P.:** *“Competition law and regulation in European telecommunications”*. Hart Publishing, Oxford, 2000.
- LASERRE, B.:** *“L’Autorité de Régulation des Télécommunications (A.R.T.), en Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation”*. A.J.D.A. 20 marzo 1997, p. 224 y ss.
- LAURILA, M.:** *“The De Minimis Doctrine in EEC Competition Law: Agreements of Minor Importance”*. ECLR, 1993, núm. 3, pgs. 97 y ss.
- LAVILLA RUBIRA. J.J.:** *“Servicios portadores, en Derecho de las telecomunicaciones”*. CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 363 y ss.
- LAVILLA RUBIRA, J.J.:** *“Autorizaciones Generales”*; en GARCIA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 79 y ss.

LEHMANN: *“Property and Intellectual Property- Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition”*, en [1989] *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, Vol. 25, pág. 357 ss)

LEVER, J.; LASOK, P.: *“Mergers and Joint Ventures in the EEC”*. YEL, 1986 (6), pgs. 121-157.

LEVER, J.; NEUBAUER, S.: *“Vertical Restraints, Their Motivation and Justification”*. *European Competition Law Review*, Volume 21, Issue 1, Enero 2000, p. 7.

LEVY, D. T.; REITZES, J.D.: *“La importancia de la competencia localizada en las Directrices de fusión de 1992.”*. *Antitrust Law*, vol. 62, 1994.

LEVY N.: *“Tetra pak II: stretching the limits of article 86”*; *European Competition Law Review*, 1995, p. 104.

LIPSEY RICHARD G.; CHRISTAL, A. K.: *“Introducción a la economía positiva”*, Barcelona: Vicens Vives, cuarta edición, 1990.

LITMAN, B.: *“The Motion Picture Mega Industry”*, Michigan State University, Needham Heights: Allyn and Bacon, 1998.

LONG, G. (1995): *“Network Interconnection Agreements”*; en *“Telecommunications Law and Practice”*, Sweet & Maxwell, Londres, pp. 196 y ss.

LÓPEZ CANTOS, F. : *“La televisión local en el contexto audiovisual: análisis del sector en la provincia de Castellón”*, Tesis Doctoral dirigida por Javier Marzal Felici, Departamento de Filosofía, Sociología, Comunicación Audiovisual y Publicidad de la Universidad Jaime I, Castellón 2003.

LOPEZ-IBOR MAYOR, V.: *“Interconexión y acceso a las redes”*; en GARCIA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones* (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 149 y ss.

LORENZO VILCHES, R.; BERCIAÑO, A.; LACALLE, Ch.: *“La ficción nacional, por fin a escena”*, en *Anàlisi* 23, 1999 (25-57).

LLANEZA GONZÁLEZ, P. (1998): *“Telecomunicaciones. Régimen General y Evolución Normativa”*, Aranzadi, Madrid, pp.107-125.

LLANEZA GONZÁLEZ, P.: *“Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones”*, Bosch, Barcelona, 2002.

LLORENS-MALUQUER: *“Concentración de empresas de comunicación y el pluralismo: la acción de la UE”*. Tesis doctoral dirigida por Emili Prado, 2001.

LLORENTE, C.: *“Frente a frente: antitrust law y Derecho de la competencia en Europa. La decisión del Tribunal Supremo de los EE UU en el caso Leegin”* en *Actualidad jurídica* Aranzadi de 11 de octubre de 2007, Año XVII, N.º 736, Págs. 2 y Ss.

LOETZ S.; NEUMANN A., *“The Scope of Sector Specific Regulation in the European Regulatory Framework for Electronic Communications”*, [2003] *German Law Journal*.

LORO CHICO, F. J.: *“Las Telecomunicaciones como servicio público”*, Madrid, 1986.

LÜCKING, J./ WOODS, D. : *“Horizontal Co-operation Agreements: New Rules in Force”*. *Competition Policy Newsletter*, junio 2000, pp. 24-25.

MAISL, H. : *“Les transformations récentes, en Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation”*. A.J.D.A. 29 marzo 1997, p. 212 y ss.

MALARET, E. y TIMON, M., *“La fiscalidad local de las empresas de telecomunicaciones en la era postmonopolio, la liberalización y la competencia”*; disponible en www.localret.es/dret/tributacio/docs/fletepm.pdf [on line 13 de febrero de 2004].

MAMBRILLA: *“Acuerdos de cooperación y colaboración entre empresas”*, en VELASCO, *Derecho europeo de la competencia*, Lex Nova, Valladolid (2005).

MARCHINI/CAMIA: *“La concentration industrielle, les positions dominantes sur le marché et le droit antitrust: L’expérience américaine et les problèmes européens”*, en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, de 1971.

MARENCO: *“Le due anime dell’articolo 86 TCE”*, en *Diritto Comunitario e degli scambi internazionalli*, nº 1, Gennaio-Marzo di 1986.

MARKOVITS, R.: *“On the inevitable arbitrariness of market definitions”*, The Antitrust Bulletin, vol. 47, pp. 571-601(2002).

MARTI DEL MORAL, A.: *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*; INAP, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ, T. (ABERTIS): *“La TDT: el gran salto de la industria audiovisual”*. Ponencia dada en el XX Encuentros de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

MARTÍNEZ DEL PERAL CAGIGAL I.: *“La definición del mercado y la valoración de la posición dominante en el sistema comunitario de control de concentraciones de empresas”*. GJ 1993. D-20.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.: *“La Intervención Administrativa en las Telecomunicaciones”*. Editorial Comillas. Madrid. 2002.

MARTINEZ VILA, J.: *“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: estudio de sus funciones y naturaleza jurídica”*; en *Actualidad Administrativa*, nº 24 (1997), pp. 427-439.

MARTINEZ-LOPEZ, M.: *“Distribution Sélective et Internet”*, Competition Policy Newsletter n.º 2, junio 2001.

MARZO COSCULLUELA, A, J.: *“El dominio público radioeléctrico”*, en CHINCHILLA, C. (Coord.), *Telecomunicaciones, Estudios sobre el dominio público y propiedad privada*, Marcial Pons-Garrigues & Andersen, Madrid, 2000.

MASSAGUER: *“El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de licencia de patente y de licencia de know-how tras la reforma del derecho español de defensa de la competencia”*, La Ley, 1992.

MASSAGUER, J.: *“Naturaleza, Protección y Titularidad de los Derechos Audiovisuales sobre eventos deportivos”*, en *Actas de Derecho Industrial*, t. XVIII, p. 299, (1997).

MASUDA: *“La sociedad informatizada como sociedad postindustrial”*. FUNDESCO/Tecnos. Madrid, 1984.

MATILLA ALEGRE: *“Sobre las nociones de posición dominante y de abuso de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma”* en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios jurídicos en homenaje a José Girón Tena*, Madrid: Civitas, 1991.

MAY, J.: *“The role of the States in the first century of the Sherman Act and the larger picture of Antitrust History”*, en *The Antitrust Law Journal*, vol. 59, issue 1, 1990.

MEERSCH/WAELBROECK/POUVIER/VANDERSANDEN: *“Droit des communautés européennes”*. Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969.

MEGRET/LOUIS/VIGNES/WAELBROECK: *“Le Droit de la Communauté Economique Européenne”*. Tomos I y IV: *La concurrence*. Bruselas: Ed. Presses Universitaires de Bruxelles, 1973.

MELAMED, A. D. & LOWE, J. W.: *“Uncommitted Entry: An Idea Whose Time Has Passed 8-9”* (unpublished manuscript, submitted to the 2004 FTC Merger Enforcement Workshop, Mar. 16, 2004).

MENDES PEREIRA, M., *“Vertical and Horizontal Integration in the media sector and EU competition law”*, Speech delivered on the occasion of the conference *“The ICT and Media Sectors within the EU Policy Framework”*, Brussels, 7 April 2003; disponibles ambos en: <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>.

MENELL, P. S. & NIMMER, D.: *“Legal Realism in Action: Indirect Copyright Liability’s Continuing Tort Framework and Sony’s De Facto Demise”* (UCLA Law Review, Págs. 143 y Ss.).

MENÉNDEZ, A.: *“La competencia desleal”*, Madrid: Civitas, 1988.

METSMÄCKER: “*Die Beurteilung von Unternehmungszusammenschlüssen nach Artikel 86 TCE des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*” en *Probleme des Europäischen Rechts*, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt Amphoux Main, 1966, págs. 322 y ss.

MIGUEL, J. C.: “*Los grupos multimedia. Estructuras y estrategias en los medios europeos*”, Barcelona 1993, Bosch

MILLÁN PAREDES, T.; FRASCOLI, M.: “*Televisión digital: nuevos formatos & nuevas audiencias*”, Jornadas REDCOM, Buenos Aires, 15 y 16 de noviembre, www.Redcom.org.

MIRANDA SERRANO, L. M.: “*Las concentraciones economicas derecho europeo y español*”, La Ley, 1994.

MODRALL, J. R.: “*Ancillary Restrictions in the Commission's Decisions under the Merger Regulation: Non-Competition Clauses*”. ECLR, núm. 1, 1995, p. 40.

MOINE, G.: “*Le service universel: contenu, financement, opérateurs (Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation)*”; en *Actualité juridique. Droit Administratif*, nº 3 (1997), pp. 246-250.

MONTERO J.J. y BROKELMANN H.: “*Telecomunicaciones y Televisión. La nueva regulación en España*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1999.

MONTERO PASCUAL, J.J.: “*Titularidad privada de los servicios de interés general*”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1996, pp. 567 y ss.

MONTERO PASCUAL, J.J.: “*Competencia en las comunicaciones móviles: de la telefonía a internet*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTES, J.: “*La fijación en origen de los precios al detalle desde el punto de vista de la competencia. El caso del mercado del libro*”. *Anuario de la Competencia*, 1998.

MONTI, M.: “*Access to Content and the Development of Competition in the New Media Market – the Commission's approach*”, *Speech (No.04-353) given at the Workshop on Access to Quality Audio-Visual Contents and Development of New Media, Brussels 8 July 2004*.

MORENO-MONTERO OLMO, J. M.: “*Los Mercados de la Televisión desde la Óptica del Derecho de la Competencia*”, Trabajo de investigación defendido en la Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

MOSCHEL, W.: “*Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*”, Cologne: Carl Heynans Verlag KG, 1983.

MUELLER, D. C.: “*The Determinants and Effects of Mergers: An International Comparison*”. Cambridge, Mass., 1980.

MUÑOZ MACHADO, S.: “*Derecho europeo del audiovisual*”, 2 vols., Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

MUÑOZ MACHADO, S.: “*La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas*”, en AA.VV.; 1995: *El régimen jurídico de la televisión*, Centro de Estudios Constitucionales, Colección “*Cuadernos y Debates*”, nº 55, Madrid, pp.29-49.

MUÑOZ MACHADO, S.: “*Público y privado en el mercado europeo de la televisión*”. *Fundación Universidad Empresa*, 1993 - 118 páginas.

MUÑOZ MACHADO, S.: “*Servicio público y mercado. I. Los fundamentos. II. Las telecomunicaciones. III. La televisión. IV. El sistema eléctrico*”. Civitas. Madrid, 1998.

MUÑOZ MACHADO, S.: “*Telecomunicaciones*”. Iustel, 2009.

MUÑOZ SALDAÑA, M.: “*El futuro jurídico de la televisión desde una perspectiva europea*”. 2006, Marcial Pons.

MUÑOZ SALDAÑA, M.: “*La televisión como un servicio de interés económico general. Una perspectiva comunitaria*”. Tesis defendida el 22 de enero de 2005. Universidad de Navarra.

MUÑOZ SALDAÑA, M.: “*La televisión que queremos. Una perspectiva jurídica*”; en <http://www.campusred.net/forouniversitario/pdfs/Comunicaciones/television>; Pág. 4.

NEALE, A. D.: *"The Antitrust Laws of the USA"*. University Press, Cambridge, 1968.

NEHL, H. P., *"Commission exempts vertical restraints in the Nordic pay-TV sector"*, Competition Policy Newsletter, (2004) No. 2 (Summer), p. 56 et seq.

NEVEN, D.; NUTTALL, R.; SEABRIGHT, P.: *"Merger in daylight: The economics and politics of merger control in Europe"*. Centre for Economic and Policy Research. Londres, Junio 1993, pp. 96-101.

NIETO, A.; IGLESIAS, F.: *"La Empresa Informativa"*, 1993, Ariel.

NIKOLINAKOS N., *"EU Competition Law on Access to Premium Content: The Emergence of New Media"*, [2005] CTLR.

NIHOUL, P. y RODFORD, P.: *"EU electronic communications law. Competition and regulation in the European telecommunications market"*, Oxford University Press. Oxford, 2004.

NOAM, E. M.: *"Will Universal Service and Common Carriage survive the telecommunications Act of 1996?"*, Columbia Law Review, 1997, pp. 955-975.

NODAL, F.; NADAL, P.; ROSAS, A.; ANTÓN, M.L.; HURTADO, J.; LÓPEZ, J.: *"Evolución de las redes de contenidos. problemática de la distribución de contenidos"*, Telefónica i + d.

NOEL, P. E.: *"Efficiency considerations in the assessment of horizontal Mergers under European and US Antitrust Law"*. ECLR, núm. 8, 1997, p. 498.

NORDERMANN, J. B.: *"Buying power and sophisticated buyers in Merger Control Law The need for a more sophisticated approach"*. ECLR, núm. 5, 1995, p. 270.

NOUMBA UM, P.: *"La privatisation des télécommunications. Le cas des pays en développement"*, L'Harmattan. París, 1997.

ODRIOZOLA BERMÚDEZ, L.: *"La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la salvaguardia de la libre competencia"*. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n. 206, 2000, p. 53-67.

OLINER, D.S.; SICHEL, D.E.: *"The Resurgence of Growth in the Late 1990s: Is Information Technology the Story"*, Board of Governors of the Federal Reserve System, Journal of Economic Perspectives, Vol. 14, No. 4, pp. 3-22 (2001)

OLINER, D.S.; SICHEL, D.E.: *"Information Technology and Productivity: Where Are We Now and Where Are We Going?"*, Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review, 3rd Quarter, 87(3), pp. 15-44 (2002).

O'LOUGHLIN, R.: *"EC Competition Rules and Free Movement Rules: An Examination of the Parallels and their Furtherance by the ECJ Wouters Decision"* ECLR 2003.

ONTIVEROS, E.: *"La Economía en la Red"*. Taurus, Madrid (2001).

ORDOVER, J.; BAUMOL, W.: *"Antitrust policy and high technology industries"*, OREP, núm. 4, 1988.

ORTIZ, R.: *"Propiedad industrial y Competencia empresarial: Mercado relevante y Derecho aplicable"* en Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. Monográfico, 1994, pp. 261 y ss.

O'TOOLE, R.: *"La política europea de la competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario"*. N.CEE, 1988, núm. 45, pgs. 123-128.

OVEJERO RODRÍGUEZ, L.: *"Integración de sistemas ubicuos: una nueva propuesta de valor"*. Ponencia para el XX Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

OWEN; BEEBE Y WILDMAN: *"Television economics"*, Lexington, MA Lexington Books, 1974.

PALMIGIANO, P.; ROXBURGH, B.: *"Recent problems with the abuse of margin squeeze Under Article 82 of the EC Treaty"*. PLC – Practical Law Company – Cross-border Handbooks, Communications, 2005, Pp. 47 y Ss.

PAPPALARDO, A.: *“La réglementation communautaire de la concurrence II: Le control des concentrations d’entreprises: récents développements”*. 3Revue International de Droit Economique, 299, 351 (1996).

PASCUAL SEQUEROS, A.: *“Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante”*. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, núm. 209, septiembre-octubre 2000.

PASCUAL Y VICENTE, J.: *“Abuso de posición dominante en mercados conexos: doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia”*. Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons, pgs. 259 a 279.

PASCUAL Y VICENTE, J.: *“La defensa de la competencia: un objetivo político de hoy”*, 207 GJ, 14 (mayo/junio 2000).

PASCUAL Y VICENTE, J.: *“Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”*, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 126, septiembre, 1997.

PAZ ARES, C.: *“El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)”* en RDM, nº 159, de 1981.

PEDAMON, M.: *“La protection de la libre concurrence en République Fédérale Allemagne”*, II Sem, Jurid., 457 -1984.

PELLISÉ CAPELL, J.: *“La Explotación abusiva de una posición dominante”*. Barcelona, 22 de febrero de 2001. Disponible en <http://www.tesisenred.net>.

PELLICER ZAMORA: *“Derecho comunitario de la competencia”*, 1986.

PEÑA CASTELLOT, M. Á.: *“The application of competition rules in the Telecommunication sector: Strategic Alliances”*. Competition Policy Newsletter, Vol. 1, número 4, 1995.

PÉREZ GÓMEZ, A.: *“El control de las concentraciones de medios de comunicación”*, Dykinson, Madrid, 2002.

PÉREZ GÓMEZ, A.: *“Las concentraciones de medios de comunicación”*, en *Quaderns del Consell de l’Audiovisual de Catalunya*. Consell de l’Audiovisual de Catalunya, Barcelona, 2000.

PEREZ LUÑO, A. E.: *“Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las Nuevas Tecnologías de la Información”*. Fundesco, Madrid, 1987.

PETITBÓ, J. A.: *“Las restricciones verticales de la competencia”* en Anuario de la Competencia, 1997, pp.27 y ss

PICKARD, S.: *“El control de las concentraciones en el Derecho Comunitario Europeo”*. N.CEE, marzo, 1990, pgs. 67-77.

PILAT, D.; A.W. WYCOFF: *“Production And Use Of ICT: a Sectoral Perspective On Productivity Growth In The OCDE Area”*, OECD Economic Studies No. 35,2002/2.

PIQUER, J. M.: *“IP vs ATM”*. Accesible a través de la web del Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile.

PLEATSIKAS, C. y D. TEECE: *“The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation”*, International Journal of Industrial Organization, vol. 19, pp. 665-693 (2001).

POSNER: *“Antitrust Law”*, 2nd ed., The University of Chicago Press, Chicago-London, 2001.

POWELL, M. K.: *“Broadband Migration III: 1. New Directions in Wireless Policy, Remarks at the Silicon Flatirons”*. Telecommunications Program University of Colorado at Boulder, October 30, 2002.

PRADO, E.: *“La televisión local entre el limbo regulatorio y la esperanza digital”*. Documento de trabajo 60/2004. Madrid: Fundación Alternativas.

PRAT, C.: “*Marcas y Derecho de la competencia: Una perspectiva quizás práctica*”, en Anuario de la Competencia 2001, págs. 389 ss.

PRIETO KESSLER, E.: “*Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio*”, GJ, núm. 205, enero-febrero, 2000, p. 25.

PUIG BRUTAU: “*Compendio de Derecho Civil*”, vol I, Barcelona: Bosch, 1997.

PUTTMAN, D. y WATSON, N.: “*The Undeclared War. The Struggle for Control of the World’s Film Industry*”, Harpen Collins Publisher, Londres, 1997.

RALLO LOMBARTE, A.: “*Pluralismo informativo y Constitución*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RAYBOULD, D. M.; FIRTH, A.: “*Law of Monopolies. Competition Law and Practice in the USA, EEC, Germany and UK*”. Graham & Trotman, London-Dordrecht-Boston, 1991.

RAVENSCRAFT, D. J.; SCHERER, F.M.: “*Merger, Sell-Offs and Economic Efficiency*”. Washington, D. C., 1987.

REDONDO, A.: “*Veinte años... y volviendo a empezar*”. Ponencia en XX Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

REDONDO, J.L.; CASTELLANO, J.; RUANO, V.: “*Wi-fi, análisis, diagnóstico y políticas públicas*” de GAPTEL. Noviembre de 2003. Editado por Red.es.

RICHEMONT: “*Art. 86 du Traité: l’abus de position dominante*”. Droit et affaires, Paris, 15-5-1970.

RIORDAN/SALOP: “*Evaluating vertical mergers: a post-Chicago approach*”, ALJ, 63.

RITTALER, J. B.: “*Industrial Concentration in the View of the Chicago School of Antitrust Analysis: A Critical Evaluation on the Basis of Effective Competition*”. Frankfurt, 1988.

RODGER, B. J.: “*Oligopolistic market failure: Collective dominance versus complex monopoly*”. ECLR, núm. 1, 1995, p. 21.

RODINO: “*The future of Antitrust: ideology vs. Legislative intent*”, en The Antitrust Bulletin, vol. XXXV, nº 3, fall 1990.

RODRÍGUEZ, M.: “*Segmentación: Divide y vencerás*”; en “*elperiódicodelapublicidad*” de febrero de 2010.

RODRÍGUEZ ARTIGAS: “*Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia*” en «*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*», Madrid: Civitas, 1996.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: “*El contrato de licencia de marca*”; Civitas, Madrid, 1999.

ROS F.: “*Comienza el futuro*”; Discurso de clausura del XXI Encuentro de las Telecomunicaciones de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

ROSADO IGLESIAS, G.: “*La televisión pública en España. Régimen jurídico y control*”, Cedecs, Barcelona, 1999

ROSS, T.: “*On the price effects of mergers in the free trade*”. IJIO, núm. 2, 1988.

ROSZKOWSKI, M. E.: “*State Oil Company v. Khan and the Rule of Reason: the End of Intrabrand Competition?*”, Antitrust L. J. 1998.

ROZADOS OLIVAS, J.M.: “*La televisión local por ondas*”. Régimen jurídico, Comares, Granada, 2001.

RUBINFELD, D.: “*Market definition with differentiated products: the Post/Nabisco cereal merger*”, Antitrust Law Journal, vol. 68, pp. 163-182 (2000).

SAGE E. D., “*Series of Film-Licensing Agreements and the Application of Article 81 EC*”, [2003] ECLR.

SALGADO, E.: “*Las telecomunicaciones en España ante la Sociedad de la Información*”, Telecomunicaciones. Situación, nº 2, 1999, p. 59. Servicio de Estudios BBVA.

SAMKALDEN/DRUKER: “*Legal problem relating to article 86 of the Rome Treaty*”, en Common Market Law Review, vol. 3, n. 2, september 1965.

SAMUELSON, P. A. /NORDHAUS, W. D.: “*Economía*”, Madrid: McGraw Hill, 1999.

SANABRIA F.: *“Concentración empresarial, libertad informativa y diversidad de contenidos en los medios de comunicación”*, en VVAA, Manuel Fraga. Homenaje académico, 1997, Tomo II.

SÁNCHEZ BLANCO, M.: *“La Regulación del uso del espectro radioeléctrico”*; en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 795 y ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *“Los medios de comunicación y los sistemas democráticos”*. Marcial Pons, Madrid 1996.

SÁNCHEZ SANTOS, J. M.; DOPICO CASTRO, J. A.; PENA LÓPEZ J. A.; SEIJAS DÍAZ, A.: *“El sector de la distribución/exhibición cinematográfica en Galicia desde el punto de vista de la competencia”*. Informe elaborado para el Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia. Universidad de A Coruña . Noviembre 2006.

SÁNCHEZ-TABERNEIRO A.: *“Concentración de la Comunicación en Europa. Empresa comercial e interés público”*, Barcelona, 1993

SANDERSON, M. & TREBILCOCK, M.: *“Merger Review in Regulated Industries”* (3-4 Competition Law Roundtable, Univ. of Toronto Law and Economics Programme, Feb. 27, 2004]

SANFILIPPO, L.: *“Abuse of freedom of conduct: Neighbouring markets and application of article 86”*, European Business Law Review, 1995, p. 71.

SAN JUAN, N.: *“El abismo legal de la televisión local española. Un sector pujante, entre la legalidad y el futuro”*. Telos, Segunda Época, Nº 60, Julio-Septiembre, 2004.

SANTAOLALLA, F.: *“Televisión por cable y control de omisiones del legislador. En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 31)”*. Esp. Dcho. Const., 41, (mayo-agosto 1994), 174-176 (BIB 1994\571).

SANTANA PÉREZ A.: *“La venta a pérdida como ilícito concurrencial”*. Universidad de La Laguna, 2002.

SCHARF, A.: *“The viability and aims of a Common Media Policy. The european citizen and the media. European media policy: should it exist?”*. The European institute for the Media Proceeding of the colloquium, Londres, 1993

SCHEFFMAN, D. T.; SPILLER, P. T.: *“Geographic market definition under the US Department of Justice merger guidelines”*. JLE, núm. 30, 1987, p. 123.

SCHEUER, A.; PALZER C.; BRAUN J. D.; CAPITO R.: *“Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis Final Report”*. Institute of European Media Law e.V (18 July 2005).

SCHEUER, A.; STROTHMANN, P.: *“Media Supervision on the Threshold of the 21st Century”*, European Audiovisual Observatory (ed.), IRIS Plus 2002-2, Strasbourg.

SCHERER, F. M.; ROSS, D.: *“Industrial Market Structure and Economic Performance”*. Boston, Houghton Mifflin Company, 1990.

SCHLESINGER, P.: *“Wishful thinking: cultural politics, media and collective identities in Europe”*, Journal of Communication, Vol. 43, núm. 2, 6-17, Oxford University Press, Nueva York, 1993.

SCHMALENSEE, R.: *“Horizontal merger policy: Problems and changes”*. Economic Perspectives, vol. 1, núm. 2, otoño 1987, p. 41.

SCHROEDER, D.: *“The Green Paper on Vertical Restraints: Beware of Market Share Thresholds”*, [1997] ECLR 430 (431).

SCHROTER: *“Le concept de «marché en cause» dans l’application des articles 66 par. 7 CECA et 86 TCEE”*, publicado en *La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire*, Bruges: De Tempel, 1977.

SCHULTE-BRAUCKS, R.: “L’arrêt “British Telecom”: première pierre d’un droit européen des télécommunications”. *Revue du Marché Commun*, núm. 302, diciembre, 1986, p. 594 y ss.

SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER: “Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen. *Praxiskommentar*”. Recht und Wirtschaft, Heidelberg (2001).

SCHUMPETER, J.: “*Capitalism, Socialism and Democracy*”, New York: Harper and Row, 1962.

SCHUMPETER, J.: “*Capitalismo, Socialismo y Democracia*”, Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.

SEGRAVE, K.: “*American Films abroad. Hollywood’s domination of the World Movie Screens from the 1890 to the present*”, Mc Farland & Company, Inc., Nueva York, 1997.

SHAPIRO C.; VARIAN H.R.: “*Information Rules: a Strategic Guide to Network Economy*”. Editorial Harvard Business School Press, Boston, 1999, p.13.

SHUGART, W. F.; TOLLISON R. D.: “*The Welfare Basis of the «Failing Company» Doctrine*”, *Antitrust Bulletin* 362 (1985).

SIDAK, J. G.: “*Understanding Network Neutrality*”, jornadas celebradas en Madrid auspiciadas por el Instituto de Empresa. Julio 2006.

SIEGFRIED, J. J.; WHEELER E. H.: “*Cost Efficiency and Monopoly Power: A Survey*”. *Quarterly Review of Economics and Business*, 21, 1981, pp. 25-46.

SINCLAIR, J.: “*Culture and trade: Some theoretical and practical considerations*”, en E. G. McANANY y K. T. WILKINSON (eds.): *Mass Media and Free Trade. NAFTA and the Cultural Industries*, University of Texas Press, Austin, 1996.

SIRBU, M.: “*Perspectivas sobre Net Neutrality*”. Enter. Madrid, julio de 2006.

SOAMES, T.: “*An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: A distinction without a difference?*”. *ECLR*, núm. 1, 1996, p. 24.

SORIANO GARCÍA, J.E.: “*Desregulación, privatización y Derecho administrativo*”. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.

SOTO SANFIEL, M. T.; RIBES I GUARDIA, F. X.: “*Del impulso a la inercia. Evolución de la TDT en España*”. Telos, Segunda Época, Nº 57, Octubre-Diciembre 2003.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: “*Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*”. Comares, Granada, 1999.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: “*El futuro escenario normativo del sector audiovisual*”; en *Medios de Comunicación Tendencias’06*; disponible en <http://www.infoamerica.org/TENDENCIAS/tendencias/tendencias06/pdfs/14.pdf>.

SOUVIRON MORENILLA. J.M.: “*El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*”. Comares, Granada, 1999.

STATZKY, H.: “*Article 85 and the Rule of Reason*”. *CML Rev.*, 1984, núm. 21, pgs. 639-646.

STATZKY, H.: “*The Merger Control Regulation of the European Economic Community*”. *Journal of Reprints for Antitrust and Economics*, vol. XXII, núms. 1 y 2, pgs. 251-276.

STAUDENMAYER, D.: “*Les relations entre les articles 85 et 86 du Traite CE et le Règlement Communautaire de Controle des Concentrations*”. *CDE*, núm. 3-4, 1994, p. 380.

STEINDEL, C.; STIROH K.J.: “*Productivity: What Is It, and Why Do We Care About It?*”, Federal Reserve Bank of New York, Staff Reports nº122, (abril) (2001).

STEPTOE M.L.; WILSON D. L.: “*Developments in Exclusive Dealing*”, *Antitrust*, 1996, p 25 ss

STIFLER, G. J.; SHERWIN, R. A.: “*The extent of the market*”. *JLE*, núm. 3, 1985, p. 555.

STUCCHI, G.: “*Innovación tecnológica y mercado audiovisual en Europa. Ante los cambios cualitativos inminentes*” (campusred.net/telos/anteriores/num_039/cuaderno_central3.html).

SUBIOTTO, R.; SIRAGUSA, M.: *“El control europeo de las operaciones de concentración de empresas”*. Gaceta Jurídica de la CE. Marzo 1992, pág. 49.

TAYLOR, K.: *“The State of Digital Cinema”*, Wired, abril (2005).

TEECE D. J.: *“Economic of Scope and the Scope of the Enterprise”*. Journal of Economic Behavior and Organization, 1980, 1, pp. 223 y ss.

TELSER: *“Why should Manufactures want Fair Trade?”*, Journal of Law and Economics, 3, 1960.

TEMPLE LANG: *“Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under article 86 EEC treaty”*, en Common Market Law Review, vol. 16, n. august de 1979.

TEROL GÓMEZ, R.: *“El control público de las telecomunicaciones”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

THATCHER, M.: *“The politics of telecommunications: national institutions, convergence and change”*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

TONAZZI, A.: *“Competition policy and the commercialization of sport broadcasting rights: the decision of the Italian Competition Authority”*. Int. J. of the Economics of Business , vol. 10, núm. 1, 2003, pgs. 17-34.

TORRES LÓPEZ, M. A.: *“El dominio público radioeléctrico”*, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 37, enero-marzo 2000.

TRUCHET, D.: *“Label de service public et statut du service public”* ; en Actualité Juridique-Droit Administratif, vol. 1, pp. 427-439, 1982.

TRUCHET, D. VS. DELCROS, B.: *“Les ondes appartiens elles au domain public?”*. Núm. 2, 1989 de la Revue Francaise du Droit Administratif.

TUOVINEN, T.: *“Concentrative and cooperative joint ventures in EEC Competition Law”*; trabajo presentado en la Universidad de Londres para la obtención del grado de LLM en 1992 bajo la supervisión de Valentine Korah.

ULMER, P.: *“Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (Sektion 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, Sektion 37a Abs. 3 GWB)”* WuW, 474 y ss. (1980).

ULMER, P.: *“Mehr Wettbewerb? Bemerkungen zum BachfragemachtGutachten der Monopolkommission, WuW, 331 (1976) y Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (Sektion 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, Sektion 37a Abs. 3 GWB)”* WuW, 474 y ss. (1980)

UNGERER, H.: *“Application of EU Competition Rules to Broadcasting - The Transition from Analogue to Digital”*, Speech (No. 2004-013) given at the Universita di Napoli, 22 September 2004, p. 1.

UNGERER, H.: *“Comments on telecommunications regulatory reform in the European Community”*, en MAJONE, G. (editor), *“Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States”*, páginas 101-109, Pinter Publishers, Londres, 1990.

UNGERER, H.: *“Competition Policy and the Issue of Access in Broadcasting Markets: The Commission Perspective”*, Speech delivered on the occasion of the conference *“Broadcasting Competition Law”*, Brussels, 14 January 2003.

UNGERER, H.: *“Competition Rules and the Media - Are they determinant or complementary?”*, Speech delivered on the occasion of the conference *“European Union Media Law and Practices”*, Istanbul, 1 April 2005.

UNGERER, H. y COSTELLO, N. P. (1989): *“Las telecomunicaciones en Europa”*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 1989.

URI, N. D.; HOWELL, J.; RIFKIN, E. J.: *“On defining geographic markets”*. Applied Economics, vol. 17, 1985, p. 959.

URI, N. D.; HOWELL, J.; RIFKIN, E. J.: *“Geographic markets, causality and railroad deregulation”*. Review of Economics and Statistics, núm. 67, 1985, p. 422.

URÍA: *“Teoría de la concentración de empresas”*, RDM, 24/1949, pgs. 315-343.

- VAN EIJK, N.A.N.M.**, *"New European Rules for the Communications Sector"*, European Audiovisual Observatory (ed.), IRIS Plus 2003-2, Strasbourg.
- VAN LOON, A. y LANGE, A.**: *"Concentración multimedia. La reglamentación actual en Europa"*, Telos, nº 25, marzo-mayo 1991.
- VAN DER MEERSCH/WAELBROECK**: *"Droit des communautés européennes"*. Les Nouvelles. Bruxelles: Larcier, 1969.
- VAN GERVEN**: *"Principes du droit des ententes de la Communauté Economique Européenne"*; Bruxelles: Ed. Bruillant, 1966.
- VAN OMMESLAGHE**: *"La aplicación des articles 85 et 86 du Traite de Rome aux fusions, aux groupes de sociedades et aux entreprises communes"*, en RTDE, 1967.
- VANDERSANDEN, G.** (dir.): *"L'espace audiovisuel européen"*. Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles (1991)
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (1999)**: *"La obligación de interconexión de redes de telecomunicación"*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- VELJANOVSKI, C.**: *"It's official - BSkyB is a nice monopolist"*. ECLR, núm. 5, 1997.
- VERLOOP, P. J. P.**: *"Merger Control in the EEC. A Survey of the European Competitions Law"*, 2.^a ed., Dordrecht, 1992.
- VEROUDEN**: *"Vertical Agreements and Article 81 (1) EC: the evolving Role of economic Analysis"*, ALJ, 71.
- VIALLE, P.** (1998): *"Stratégies des opérateurs de télécoms"*, Éditions Hermès, Paris (Francia).
- VICENT CHULIÁ, F.**: *"Concentración y unión de empresas ante el derecho español"*. Madrid, 1971.
- VILLAR EZCURRA, J.L.**: *"Servicio público y técnicas de conexión"*. C.E.C., Madrid, 1980.
- VOGELENZANG**: *"Abuse of a Dominant Position in Article 86; the Problem of Causality and Some Applications"*, Common Market Law Review, vol. 13, February, 1976, pág. 62.
- VOIGT, S.; SCHMIDT, A.**, *"The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?"*, [2004] CMLRev.
- WAELBROECK**: *"La notion d'entreprise(s) en position dominante et les méthodes de control en droit comparé, en La réglementation du comportement des monopoles et entreprises en position dominantes en droit communautaire"*, De. Van Damme, 1977.
- WAELBROECK/FRIGNANI**: *"Derecho europeo de la competencia"*. Barcelona: Bosch, 1997.
- WAELBROECK, M., y FRIGNANI, A.**: *"Concurrence"* (Commentaire J. Mégret, 4), versión española de I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales, Derecho Europeo de la Competencia, Bosch, Barcelona, 1997.
- WAREGNE, J. M.**: *"Le GATT et l'audiovisuel"*. Courrier hebdomadaire, Centre de recherche et d'information socio-politique, Brussels, 1994.
- WERDEN, G. J.**: *"The use and misuse of shipments data in defining geographic markets"*. AB, núm. 4, 1981, p. 719.
- WERDEN, G.**: *"Demand elasticities in antitrust analysis"*, Antitrust Law Journal, vol 66, pp. 363-414 (1998).
- WHISH, R.**: *"Regulation 2790/1999: The Commission's 'New Style' Block Exemption For Vertical Agreements"*, Common Market Law Review, 37, 2000.
- WHISH, R.**: *"Competition Law"*, 4th edn. Butterworths, 2001
- WHISH**: *"Competition Law"*, London/Edimburgh: Butterworths, 1989 (Secondo edition).
- WHITE, L.**: *"Wanted: a market definition paradigm for monopolization cases"*, New York University Center for Law and Business Working Paper, No. 99-002 (1999).
- WIEACKER, F.**: *"El principio general de la buena fé"*. Civitas, Madrid, 1977.
- WILDMAN, S. S. y SIWEK, S. E.**: *"The Economics of Trade in Recorded Media Products in a Multilingual World: Implications for National Media Policies"*, en E. M. NOAM y J. C.

MILLONZI (eds.): *The International Market in Film and Television Programs*, Albex, Nueva York, 1993.

WILLIAMSON, P. J.: *“Dominación oligopolística y la política comunitaria sobre las concentraciones”*, publicado en *Economía Europea*, núm. 57, 1994.

WILLIG, R.: *“Mergers Analysis, Industrial Organization Theory and Merger Guidelines”*. Brookings Papers, 1991, pp. 281-332.

YAGÜEZ, A.: en voz «abuso de Derecho», en *EJB*, Madrid, 1995.

ZACHMANN, J.: *“Le controle communautaire des concentrations”*. LGDJ, París, 1994.

ZAMORA CABOT, F. J.: *“Algunas claves actuales del Derecho antitrust de los Estados Unidos”*. RDM, 1986, pgs. 367-422.

ZIMMER: *“Ende gut, alles gut? - Bemerkungen zur 7. GWB Novelle”*, WuW (2005).

ZURIMENDI ISLA, A.: *“Las restricciones verticales a la libre competencia”*. Dijusa 2006.

ZURIMENDI ISLA, A.: *“El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”*. Revista para el análisis del derecho (Indret), Barcelona, enero de 2007.

MATERIALES

AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTITRUST LAW: *“The 1992 horizontal merger guidelines: Commentary and text”*. Chicago, 1992.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTITRUST LAW: *“Proving antitrust damages: Legal and economic issues”*. Chicago, 1996.

ARTHUR ANDERSEN: *“Outlook of the development of technologies and markets for the European Audiovisual sector up to 2010”*.

ARTHUR ANDERSEN: *“Outlook of development of the Market for European audiovisual content and of the regulatory framework concerning production and distribution of this content”*. Study on behalf of the European Commission, DG Education and Culture, June 2002.

ARTHUR D. LITTLE: *“WiMAX vs. WiWAIT: Will Mobile also dominate Broadband?”*. Mobile Broadband Wireless Report 2004.

ARTHUR D. LITTLE: *“Cable Review” – “Study on the competition implications in telecommunications and multimedia markets of (a) joint provision of cable and telecom networks by a single dominant operator and (b) restrictions on the use of telecommunications networks for the provision of cable television services”*. International, 1997.

ARTHUR D. LITTLE: *“Study on the Scope of the Legal Instruments under EC Competition Law available to the European Commission to implement the Results of the ongoing review of certain situations in the telecommunications and cable television sectors”*. Coudert, 1997.

BIPE CONSULTING: *“Digital Switchover in Broadcasting - Informe final”*. Estudio para la Comisión Europea de 12.4.2002 publicado por la DG Sociedad de la Información.

BIRD & BIRD, *“Market Definition in the Media Sector – Comparative Legal Analysis”*, (Diciembre 2002), estudio realizado para la DG IV de la Comisión.

BOOZ-ALLEN & HAMILTON: *“Study on pluralism and concentration in media. Economic Evaluation”*, Bruselas, Comisión Europea, 1992.

CARAT CRYSTAL y BIRD & BIRD 2002: *“Etude Sur Le Développement Des Nouvelles Techniques Publicitaires”*, Rapport Final avril, Carat Crystal y Bird & Bird.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, Informes anuales desde 2006.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, *“Informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología en Relación con el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local (DT 2004/146), 5 de febrero”*.

COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES/CONSELL DE L’AUDIOVISUAL DE CATALUNYA (CMT/CAC): *“La Televisión Digital Terrenal en España. Situación y Tendencias”*. En: <http://www.audiovisualcat.net/investigacion/tdt-cast.pdf>.

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación *“A forward-looking spectrum policy for the European Union second annual report”*, COM (2005) 411.

COMISIÓN EUROPEA: Comunicación *“A market-based approach to spectrum management in the European Union”*, COM(2005) 400.

COMISIÓN EUROPEA: *“Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico”*. COM(2009) 586.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Conectando Europa a alta velocidad: evolución reciente del sector de las comunicaciones electrónicas”*; COM/2004/0061 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Conectando Europa a alta velocidad: estrategias nacionales de banda ancha {SEC(2004) 599}”*; COM/2004/0369 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la transición de la radiodifusión analógica a la digital (de la conversión al sistema digital al cierre del analógico)”* [SEC (2003)992]. COM/2003/0541 Final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones - Interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva”*. [SEC(2004)1028]. COM/2004/0541 Final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de mayo de 2005 sobre la aceleración de la transición de la radiodifusión analógica a la digital”*. COM (2005) 204 final - no publicada en el Diario Oficial.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones - Reforzar el mercado interior de la televisión móvil”*. COM (2007) 409.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe) - Consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas”*; COM/2007/0401 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión al Consejo de 2 de febrero de 2006 sobre la revisión de la interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva con arreglo a la Comunicación COM(2004) 541 de 30 de julio de 2004”*. COM (2006) 37 - no publicada en el Diario Oficial.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de 19 de julio de 1994 «Europa en marcha hacia la sociedad de la información: plan de actuación»”*. COM/94/347FINAL.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación, de 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: «eEurope - una sociedad de la información para todos»”*. COM/99/0687 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Comunicación de la Comisión de 13 de marzo de 2001: «eEurope 2002: impacto y prioridades - Comunicación al Consejo Europeo de primavera de Estocolmo del 23 y 24 de marzo de 2001»”*. COM/2001/0140 Final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión, de 28 mayo 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Plan de acción eEurope 2005: una Sociedad de la información para todos». COM/2002/0263 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, «eEuropa 2002: accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido». COM/2001/0529 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión, de 18 de febrero de 2004, sobre la revisión intermedia del plan de acción eEurope 2005”. COM/2004/0108 Final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: «Retos para la Sociedad de la información europea con posterioridad a 2005». COM/2004/0757 Final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, Parlamento Europeo, Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «i2010 - una Sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo». COM/2005/0229 Final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión”. Versiones de 2001 (DO C 320 de 15.11.2001, p. 5/11) y de 2009 (DO C 257 de 27.10.2009, p. 1/14).

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa”, Diario Oficial C 281 de 26.09.1996

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - El futuro de la política reguladora europea en el sector audiovisual”. COM/2003/0784 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación - Resultados de la consulta pública sobre el Libro verde”. COM/99/0108 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Reglamento y Mercados de Comunicaciones Electrónicas Europeas 2003 - Informe sobre la aplicación del paquete regulador de comunicaciones electrónicas de la UE [SEC(2003) 1342]”; COM/2003/0715 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones – Informe sobre el Mercado Único Europeo de las Comunicaciones Electrónicas 2007 (Décimotercer Informe) SEC(2008) 356}”; COM(2008) 153 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2004 [SEC(2004)1535]”, COM/2004/0759 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Regulación y mercados de las comunicaciones electrónicas en Europa 2005 (11º Informe) [SEC(2006)193]”; COM/2006/0068 final.

COMISIÓN EUROPEA: “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones - Regulación y mercados

de las comunicaciones electrónicas en Europa 2006 (Duodécimo informe) {SEC(2007) 403}”; COM/2007/0155 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*”. COM/2006/0334 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual*”. COM/2001/0534 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Comunicación al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital»*”. COM/99/0657 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las revisiones de los mercados con arreglo al marco regulador de la UE (segundo informe) - Consolidación del mercado interior de las comunicaciones electrónicas {SEC(2007) 962}*”. COM/2007/0401 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Comunicación de la Comisión relativa a los obstáculos que impiden un acceso generalizado a los nuevos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información a través de plataformas abiertas en los ámbitos de la televisión digital y las comunicaciones móviles de tercera generación*”. COM(2003) 410 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Comunicación sobre la naturaleza de los servicios de voz en Internet con arreglo al Derecho comunitario*”. Diario Oficial n° C 369 de 22/12/2000 p. 0003 – 0005.

COMISIÓN EUROPEA: “*Contribución de la pantalla panorámica y la alta definición a la popularización de la televisión digital en el mundo*”. Documento de trabajo de 13 de enero de 2004 de los servicios de la Comisión; SEC (2004) 46.

COMISIÓN EUROPEA: “*Cuarto informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo a la aplicación de la Directiva 89/552/CEE «Televisión sin fronteras»*”. COM/2002/0778 Final.

COMISIÓN EUROPEA: “*El desarrollo del mercado de la televisión digital en la Unión Europea - Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, el Comité Económico y Social, y el Comité de las Regiones”. COM/99/0540 Final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Commission staff working document - Annex to the communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on accelerating the transition from analogue to digital broadcasting*”. COM (2005) 204 Final. SEC/2005/0661.

COMISIÓN EUROPEA: “*Commission staff working document. Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*”; Brussels, 7 July 2005.

COMISIÓN EUROPEA: “*Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo , al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Informe sobre la realización y los resultados del programa MEDIA II (1996-2000)*”. COM/2003/0802 final.

COMISIÓN EUROPEA: “*Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo , al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Informe sobre la realización y los resultados provisionales de los programas MEDIA Plus y MEDIA-formación (2001-2005) y sobre los resultados de la acción preparatoria «Crecimiento y sector audiovisual: iniciativa i2i audiovisual»*”. COM/2003/0725 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Informe de la Comisión - XXXº Informe sobre la política de competencia 2000”*. SEC/2001/0694 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Informe de la Comisión - XXXI Informe sobre la política de competencia 2001”*. SEC/2002/0462 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Informe de la Comisión - Primera parte - XXXII Informe sobre la política de competencia 2002”*. SEC/2003/0467 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Informe de la Comisión - Primera parte - XXXIII Informe sobre la política de competencia – 2003”*. SEC/2004/0658 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Informe de la Comisión – XXXIV Informe sobre la política de competencia 2004”*. SEC/2005/0805 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“Vigésimo informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho Comunitario (2002)”*. COM/2003/0669 final.

COMISIÓN EUROPEA: *“V informe sobre la política de la competencia de 1976”*.

COMISIÓN EUROPEA: *“Octavo informe de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones – Telecomunicaciones en Europa - Reglamentación y mercados”*; 2002 (COM/2002/0695 final).

COMISIÓN EUROPEA: *“Libro Blanco sobre el Deporte de la Comisión Europea”*; disponible en: http://ec.europa.eu/sport/whitepaper/wp_on_sport_es.pdf.

COMISIÓN EUROPEA: *“Libro verde sobre los servicios de interés general”*. COM/2003/0270 final.

COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Verde de la Comisión sobre Política de Frecuencias en el contexto de las políticas de telecomunicaciones, radiodifusión, transporte e I&D”*. COM 1998.

COMISIÓN EUROPEA: *“Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información sobre sus consecuencias para la reglamentación. En la perspectiva de la sociedad de la información”*. COM (97) 623 final.

COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones”*. COM/87/290FINAL DEL 16/12/87.

COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Verde sobre un planteamiento común en el ámbito de las comunicaciones por satélite en la Comunidad Europea”*. COM/90/490 FINAL DEL 28/11/90.

COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Verde sobre un planteamiento común en el campo de las comunicaciones móviles y personales en la Unión Europea”*. COM/94/145FINAL

COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Verde sobre la liberalización de las infraestructuras de telecomunicaciones y redes de televisión por cable”*, Partes 1.ª y 2.ª. COM/94/0440 FINAL y COM/94/682 FINAL.

COMISIÓN EUROPEA, *“Libro Verde sobre opciones estratégicas para reforzar la industria de programas en el contexto de la política audiovisual de la Unión Europea”*, COM/94/96/FINAL.

COMISIÓN EUROPEA: *“Memorandum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1965”*. Bruselas; Communauté économique européenne, collection Etudes, série Concurrence, n° 3, documento 8182/1/VII/1966/5, 1966.

COMISIÓN EUROPEA, *“Recomendación de 6 de abril de 2005 relativa a las comunicaciones electrónicas de banda ancha a través de la red eléctrica”*. Diario Oficial n° L 093 de 12/04/2005 p. 0042 – 0044).

COMISIÓN EUROPEA: *“Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo por la que se adopta el programa plurianual de la Comunidad para fomentar el desarrollo de la industria europea de los contenidos multimedia y la utilización de éstos en la naciente sociedad de la información*

(INFO2000)”. COM(95)0149 - C4-0383/95 - 95/0156(CNS) (Procedimiento de consulta). DO C 117 de 22.4.1996, p. 37.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA), Memorias anuales de actividades desde 2000.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, “*Concentraciones verticales y conglomeradas: Líneas Directrices del análisis*”. Apuntes de Juan Espinosa para la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia. Madrid, 18-29 de febrero de 2007.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: “*Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*”. DO C 97 de 28.4.2007, p. 27/32.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: “*Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — i2010 — Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo*”; COM(2005) 229 final (DO C 110 de 9.5.2006, p. 83/88).

COMPETITION DIRECTORATE GENERAL OF THE EUROPEAN COMMISSION (ed.), Compilation “*EU competition policy in the media sector*” (March 2005). Publicado en: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/ecompile_2005.pdf

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: “*Resolución del Consejo, de 27 de junio de 1994, relativa a un marco para la política comunitaria en materia de difusión de señales digitales de video*”. Diario Oficial N° C 181 de 02/07/1994 P. 0003 – 0004.

CUATRECASAS, “*Market Definitions in the Media Sector - Comparative Legal Analysis*”, (Portugal y España, Noviembre 2003 y Marzo 2004).

DELOITTE: “*Informe Deloitte Annual Review of Football Finance*”; mayo de 2007. disponible en http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/UK_ARFF_2007_Highlights.pdf.

EL PAÍS.COM: “*La Red desafía el reinado de la televisión*”; Sociedad; 02/01/2010.

EL PERIÓDICO DE LA PUBLICIDAD: edición de febrero de 2010.

EUROFICTION: “*Ficción televisiva en Europa*”. Informe de 2001.

EUROPEAN INSTITUTE FOR THE MEDIA, “*Report on media ownership and pluralism in the 25 EU Member States*”, prepared for the European Parliament Committee on Citizens’ Freedoms, Justice and Home Affairs.

EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY (ed.), “*Regulating Access to Digital Television – Technical bottlenecks, vertically integrated markets and new forms of media concentration*”, IRIS Special 2004.

EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY: “*Yearbook, Vol. 2. Estrasburgo: European Audiovisual Observatory*”, 2004.

EUROPEAN PARLIAMENT: “*Report on the risks of violation, in the EU and especially in Italy, of freedom of expression and information (Article 11 of the Charter of Fundamental Rights)*”, 22 Abril 2004.

FEDERACIÓN DE CINES DE ESPAÑA (FECE): “*El Sector de Exhibición Cinematográfica: Factores que distorsionan la Libre Competencia en España. Comparación con Europa*” (2006).

FENITEL: “*Propuestas de actuación en el ámbito de la Televisión Digital Terrenal y Estado del parque de las instalaciones colectivas de TV*”. FENITEL, Madrid, 27 de enero. En www.fenitel.es (abril 2005).

FORRESTER: “*Half of Europe [H]ill have DTV in 2009*” (2004).

FUNDACIÓN AUNA: “*Informe sobre el desarrollo de la Sociedad de la Información en España «España 2003»*”.

FUNDACIÓN ORANGE: “*Informe España 2009*”.

GAPTEL: “*Banda Ancha*”; en Red.es, Julio 2004.

GAPTEL: “*Comunicaciones móviles e inalámbricas*”; Septiembre de 2005; editado por Red.es.

GAPTEL: “*Contenidos digitales: nuevos modelos de distribución online*”; en Red.es; junio 2006.

GAPTEL: “*Televisión Digital*”. Madrid: Red.es, 2005.

GAPTEL: “*Productividad, crecimiento económico y TIC*”, editado por Red.es, Marzo de 2004.

GLOBAL COMPETITION REVIEW: “*Telecoms and media 2005: an overview of regulation in 47 jurisdictions worldwide*”.

GRETEL: “*Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*”. COIT. Madrid, 1998.

GRETEL: “*Convergencia, competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*”, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid, 2000.

GRETEL: “*Nuevo diseño europeo de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet*”, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid, 2002.

GRETEL: “*El Sector Audiovisual y su Evolución. La explotación de los contenidos audiovisuales en la transición a los nuevos medios digitales. Creación e industria de contenidos, escenarios y retos futuros del sector TIC, propiedad intelectual y derechos de los usuarios*”, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid, 2005.

GRETEL: “*Los derechos relacionados con la creación en el mundo digital. Una revisión de Creative Commons*”. Revista BIT, febrero-marzo 2005. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. Madrid, 2005.

GRUPO CONSULTORES: “*Estudio de Calidad de los Medios 2009*”.

GRUPO DE ALTO NIVEL DE POLÍTICA AUDIOVISUAL: Cáp. IV de su Informe: “*Del sistema dirigista a la competencia de mercado: las perspectivas de la industria audiovisual en Europa Central y Oriental*”; el Informe completo se encuentra disponible en <http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies>.

GROUP D’ETUDE 1965-1967: “*Les monopoles dans le Marché Commun (l'article 37 du traité de Rome)*”. Milano: Giuffrè, 1968.

HOGAN & HARTSON; ANALYSYS: “*Preparing the Next Steps in Regulation of Electronic Communications - A contribution to the review of the electronic communications regulatory framework*”. Estudio de julio de 2006.

IDATE/ENTER: “*DigiWorld2007*”. Parte Internacional dirigida Hélène Ollivier y Didier Pouillot/ Parte nacional española dirigida por Enrique Badía.

INSTITUTE OF EUROPEAN MEDIA LAW (ED.): “*Digital Broadband Services in Europe – Business Models and their European and National Legal Framework*”. EMR series of publications, Vol. 27, Baden-Baden, 2003.

LIGA INTERNACIONAL DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: “*Resolución sobre la primera cuestión: ¿en qué medida el Derecho e la competencia se aplica o debería aplicarse a los mercados oligopolísticos*”, 181 *Revue Internationale de la Concurrence*, 4 y ss. (3.1996).

LONDON ECONOMICS; PRICE WATERHOUSE COOPERS: “*An assessment of the regulatory framework for electronic communications: growth and investment in the EU e-Communications sector*”. Estudio de julio de 2006.

NERA: “*The role of market definition in monopoly and dominance inquiries*”, OFT Economic Discussion Paper, No. 2 (2001), disponible en <http://www.of.gov.uk/>.

OBSERVATORIO EUROPEO DEL SECTOR AUDIOVISUAL: *“L’insertion de spots publicitaires courts lors des matches de football”*, disponible en: http://www.obs.coe.int/online_publication/expert/ad_football.html).

OCDE: *“Failing Firm Defence”*; París, 1996; Págs. 6 y Ss.: *“Does the failing firm defence apply as well to failing divisions?”*; disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/>.

OCDE: *“The esencial facilities concept”*, OECD/GD, (96), 113, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf> [on line, 20 de febrero de 2003]

OCDE: *“Perjuicios causados por los cárteles y aplicación de sanciones eficaces”*. Resumen 2002 disponible en <http://www.oecd.org>.

OCDE: *“Universal Service and Rate Restructuring in Telecommunications”*. OCDE (1991), París.

OCDE: *“Universal Service Obligations in a Competitive Telecommunications Environment”*. OCDE (1995), París.

OFCOM: *“Pay TV Market investigation”*, Anexo 10, página 10, disponible en la dirección electrónica http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/market_invest_paytv/.

OFFICE OF FAIR TRADING: *“Competition Law Guideline: Market Definition”*, (2004) disponible en <http://www.oft.gov.uk/>.

OFTTEL: *“Interconnection and Interoperability (A Framework for Competing Networks): A Statement by the Director General of Telecommunications”*. OFTEL (1997), Londres.

INSTITUTE OF EUROPEAN MEDIA LAW (ed.), *“Digital Broadband Services in Europe – Business Models and their European and National Legal Framework”*, EMR series of publications, Vol. 27, Baden-Baden, 2003.

PARLAMENTO EUROPEO: *“Report on the risks of violation, in the EU and especially in Italy, of freedom of expression and information (Article 11 of the Charter of Fundamental Rights)”*. 22 Abril 2004.

PARLAMENTO EUROPEO: *“Resolución sobre el pluralismo y los medios de comunicación”*. Diario Oficial n° C 166 de 03/07/1995 p. 0133.

PARLAMENTO EUROPEO: *“Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre «El desarrollo del mercado de la televisión digital en la Unión Europea - Informe en el contexto de la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión»”*. COM (1999) 540 — C5-0114/2000 — 2000/2074(COS). Diario Oficial n° C 067 de 01/03/2001 P. 0050 – 0053.

PwC: *“Informe de PwC sobre transacciones en el mercado tecnológico 2010”*.

PYRAMID RESEARCH: *“Positioning WiMAX. How WiMAX stands up to DSL, Cable, WiFi and 3G (2005)”*.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Informe de 2001 sobre los elementos esenciales del análisis de las concentraciones económicas.

SES ASTRA: Estudio de situación en 30 países europeos a lo largo del periodo 1998-2003.

TELEFÓNICA: *“Sociedad de la Información. España 2005”*; *“Sociedad de la Información. España 2006”*.

UIT: *“The changing role of government in an era of telecom deregulation”*. December 1993.

UIT: *“Informe sobre el desarrollo mundial de las telecomunicaciones/TIC 2006”*.

UIT: *“Interconnection regulatory issues”*. Briefing Report n° 4. June 95.

UIT: *“New approaches to spectrum management”*, en actualidades de la uit, 2/2004.

UIT: *“Shaping the future mobile Information Society: the case of the Republic of Korea”* (2004).

UIT: “*World Information Society Report 2007*”, United Nations Conference on Trade and Development Beyond WSIS.

WEBSITES

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO: <http://boe.es/>
CINCO DÍAS: <http://www.cincodias.com/>
COLEGIO OFICIAL DE INGENIEROS DE TELECOMUNICACIÓN: <http://www.coit.es/>
COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: <http://www.cmt.es/>
COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: <http://www.cncompetencia.es/>
DIARIO ABC: <http://www.abc.es/>
EL MUNDO: <http://elmundo.es/>
EL PAÍS: <http://www.elpais.com/>
EL PROGRESO DE LUGO: <http://elprogreso.galiciae.com/>
EXPANSIÓN: <http://www.expansion.com/>
LA GACETA DE LOS NEGOCIOS: <http://www.negocios.com/>
LA RAZÓN: <http://www.larazon.es/>
LAVERDAD.ES: <http://www.laverdad.es/>
JORNAL DE NEGÓCIOS: <http://www.jornaldenegocios.pt/>
LIBERTAD DIGITAL: www.libertaddigital.com/
MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO: <http://www.mityc.es/>
NOTICIAS JURIDICAS: <http://noticias.juridicas.com/>
OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: <http://observatorio.red.es/>
PORTAL INTERNACIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: <http://www.uaipit.com/>
PÚBLICO.ES: <http://www.publico.es/>
REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: <http://rae.es/>
RED.ES: <http://www.red.es/>
THE GUARDIAN: <http://www.guardian.co.uk/>
UNIÓN EUROPEA: <http://europa.eu/>
UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES: <http://www.itu.int/>
WALL STREET JOURNAL: <http://online.wsj.com/>
WESTLAW: <http://nuevo.westlaw.es/wles/>
WIKIPEDIA: <http://es.wikipedia.org/>